

CONSTITUCIÓN, SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

José Palomino Manchego*

Catedrático de la Facultad

Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

SUMARIO: *I.- Justificación del tema. II.- Significado semántico. III.- Evolución histórica. IV.- ¿Qué concepto utilizar? V.- Valor normativo de la Constitución. VI.- Constitución, sistema de fuentes y supremacía constitucional. VII.- La teoría de las fuentes y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. VIII.- Reflexión final. IX.- Conclusiones.*

I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Es importante señalar que para ingresar al mundo del Derecho Constitucional, *prima facie*, se requiere de modo inexcusable, una conceptualización previa del contenido y

* Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, UIGV, USMP y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).

alcance de la palabra *Constitución* (preferentemente con mayúscula). Un buen ejemplo de ello constituye el reciente libro del profesor de la Universidad de Santiago de Compostela José Julio Fernández Rodríguez que lleva por título *La inconstitucionalidad por omisión* (Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998; antecede Prólogo de Francisco Fernández Segado). En el presente libro Fernández Rodríguez entiende perfectamente que el soporte de los presupuestos conceptuales, desde la mira metodológica radica en el *concepto de Constitución*. Para lo cual, asume con firmeza una posición: el concepto normativo de la Constitución.

De ahí que el problema consiste en averiguar qué es lo que significa la palabra Constitución, sobre la base de significados relevantes; esto es, los que se encuentran directamente relacionados con la comunidad política o bien con la doctrina o doctrinas que la describen (Rolando Tamayo y Salmorán).

Todavía se sigue recordando la famosa frase de Ferdinand Lassalle pronunciada el 5 de abril de 1862 ante una agrupación ciudadana de Berlín, en pleno Reino de Prusia:

«De nada sirve lo que escriba en una *hoja de papel* (se refiere a la Constitución), si no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder». (Cfr. *¿Qué es una Constitución?*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1984, pág. 116. Antecede Estudio Preliminar de Eliseo Aja).

El mensaje de Lassalle hoy en día invita a una reflexión permanente, empero, debe ser analizado desde un contexto histórico.

II. SIGNIFICADO SEMÁNTICO

La locución *Constitución* proviene del latín *constitutio*, que, a su vez, proviene del verbo *constituere*: instituir, fundar. El verbo era de uso corriente. Por el contrario, su sustantivación no formaba parte del lenguaje ordinario y fue adquiriendo progresivamente, en la evolución de la terminología jurídica de los romanos, unos significados técnicos. Es necesario, por lo tanto, distinguir claramente el verbo y la utilización común de la *constitutio* y los significados especiales del sustantivo. (Giovanni Sartori, *Elementos de teoría política*, Alianza Universidad, Madrid, 1992, pág. 13).

Como alcance previo, de lo que luego vamos a desarrollar, conviene recordar lo que dice el *Diccionario de la Lengua Española* sobre la Constitución: «Ley fundamental de la organización de un Estado».

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La historia del constitucionalismo se ve reflejada en las siguientes líneas tendenciales: *Constitucionalismo inglés*: Carta Magna (1215), Petición de derechos (1628), Acta de Habeas Corpus (1679), y Declaración de derechos (1689).

Constitucionalismo americano: Período de 1776 a 1787. En ese recorrido nacen las famosas Declaraciones de derechos o *Bills of rights* (ejm. Virginia, Pensilvania, Delaware, Mariland, etc.) y la primera Constitución (federal o de la Unión) escrita del mundo expedida en 1787.

Constitucionalismo francés: Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en cuyo artículo 16 se apuntaba: «Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada y la separación de poderes no está definitivamente determinada no tiene una Constitución».

En el siglo XX, y precisamente en los decenios posteriores a la guerra mundial de 1914, la situación de consenso general se modificó rápida y radicalmente. ¿Por qué? En parte se fue afirmando progresivamente un *positivismo* jurídico muy atento a la «forma» y menos atento a la sustancia de los problemas. En parte porque las dictaduras de los años veinte y treinta intimidaron a los juristas, los constriñeron a no expresarse, y de este modo, con frecuencia, a redimir con una palabra «buena» (*Constitución* era un término elogioso) los errores de una mala *praxis*.

Sin embargo, conviene hacer una precisión a fin de no caer en confusiones. En la historia constitucional se suele recordar el famoso periodo de Weimar o la llamada República de Weimar (1919-1933) en cuyo espacio se desarrolló lo mejor del mundo de la cultura durante la primera centuria. Ahí floreció, entre otras manifestaciones del saber humano, la construcción de la dogmática constitucional moderna, y cuyos representantes está integrado por Hans Kelsen (1881-1973), Carl Schmitt (1888-1985), Hermann Heller (1891-1933) y Rudolf Smend (1882-1975). Con razón Peter Häberle a este *cuartetto* los denominó «los gigantes de Weimar». Cada uno de ellos contribuyó sobremedida para consolidar la «doctrina o teoría de la Constitución», cuya denominación, para hacerlo más ágil, se podría aceptar, por razones pedagógicas.

¿Por qué? Simplemente porque forma parte del Derecho Constitucional, y éste a su vez del Derecho Público, y éste del Derecho en general. Con lo cual se demuestra que el Derecho es unidad (García Belaunde). Por tanto, las grandes divisiones interdisciplinarias, y cuyo conjunto completa el estudio del *ordenamiento jurídico* del Estado, han sido frecuentemente empleadas con fines operativos y prácticos.

IV. ¿QUE CONCEPTO UTILIZAR?

El concepto de *Constitución* (es decir, la parte dogmática y la parte orgánica) es uno de los que ofrecen mayor pluralidad de formulaciones. Todo esto explica que la palabra *Constitución* vaya frecuentemente acompañado de un adjetivo y se hable así de Constitución jurídica o Constitución «real», de Constitución política o de Constitución normativa, de Constitución material o de Constitución formal, de Constitución empírica o de Constitución ideal, de Constitución en sentido amplio o en sentido restringido. O, lo que viene propugnando hoy en día el profesor portugués Gomes Canothilo, la «Constitución dirigente».

Por lo demás, continúa siendo útil la tipología que en la década de los cincuenta abocetó Manuel García-Pelayo:

a) Concepto racional normativo

Concibe la Constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se desarrollan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. Y, como tal, la Constitución es un sistema de normas. Esta idea es la que mayor importancia ha tenido en la formación de la Ciencia del Derecho Constitucional.

b) Concepto histórico tradicional

Surge en su formulación consciente como actitud polémica frente al concepto racional, o, dicho de un modo más preciso, como ideología del conservatismo frente al liberalismo. El revolucionario mira al futuro y cree en la posibilidad de conformarlo; el conservador mira al pasado y tiende a considerarlo como una orden inmutable. Cuando esta oposición política se traslada al plano teórico, se integra en otra antinomia ya comenzada a producirse en el seno del siglo XVIII, pero que se hace patente en el primer tercio del siglo XIX; la oposición entre razón e historia, entre racionalismo –o naturalismo– e historicismo. De este modo el *substratum* intelectual de este tipo de Constitución será el historicismo.

c) Concepto sociológico

Es la proyección del sociologismo en el campo constitucional. Entendemos por tal una concepción científica y una actitud mental que de manera más o menos intensa y extensa relativiza la política, el Derecho y la cultura a situaciones sociales. Más de pronto, la doctrina diferencia a la Constitución en sentido formal de la Constitución en sentido material.

La Constitución en sentido *formal* (formalizar el orden jurídico fundamental de la sociedad en un documento serio: Karl Loewenstein) comprende todas las reglas dotadas de la eficacia reconocida por el ordenamiento a las disposiciones contenidas en la Constitución a las producidas por las posibles fuentes equiparadas.

Mientras que la Constitución en sentido *material* (tal como fue la *politeia* en la teoría política griega) es el conjunto de principios incorporados por las fuerzas políticas y sociales en un cierto momento histórico (poder constituyente), son prevalentes en el país y sostienen el régimen político vigente (Costantino Mortati, Alessandro Pizzorusso).

V. VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución es ante todo una norma, porque su contenido vincula o pretende vincular jurídicamente tanto a los detentadores del poder estatal como a los destinatarios del mismo. Tiene por consiguiente, una orientación eminentemente bilateral.

La razón de ese valor normativo, tiene, sin embargo, variantes que están más allá de la simple articulación formal del ordenamiento jurídico, pues la supremacía que con ordinaria frecuencia se predica de la Constitución, solo se justifica si se repara tanto en su *origen y contenido*, como en el papel o rol que le corresponde cumplir en el mundo del Derecho.

Por el primero de estos factores, es decir, por el relativo a su *origen*, una Constitución es distinta de cualquier otra, en la medida en que aquella es producto o resultado no de la voluntad de los poderes constituidos u ordinarios, sino de la voluntad del Poder Constituyente creador por excelencia, y único, extraordinario e ilimitado por naturaleza.

En la medida en que la Constitución es resultado de la intención popular, depositada en el poder soberano que la representa, su significado es mucho más relevante que el de cualquier otra expresión jurídica. Ninguna otra norma puede, por consiguiente, equipararsele, pues toda expresión del Derecho que no tenga su nacimiento en la voluntad constituyente carece de los mismos supuestos de legitimidad que acompañan a una Constitución.

Por el segundo de los factores enunciados, es distinta una constitución, porque su *contenido*, a diferencia de cualquier otro tipo de norma, pretende la regulación del poder político en cuanto elemento fundamental del Estado. Bajo dicho supuesto, tal ordenación, se suele traducir en tres aspectos: *organización, limitación y justificación*. Mientras que la idea de *organización* se refiere a la configuración funcional de

los órganos entre los cuales se distribuye estatal y la de *limitación* al reconocimiento de derechos fundamentales como esferas de libertad reconocidas sobre los individuos y respecto de las cuales el poder no puede penetrar o cometer excesos, la de *justificación*, por su parte, se vincula a los objetivos que el poder político se traza como obligaciones o programas a cumplir. Cualquier norma fundamental, estructura pues su contenido bajo esa configuración trialista.

El último factor que permite justificar la razón de supremacía que acompaña a una norma fundamental y la consecuencia de su carácter normativo, es la del papel o rol que le corresponde cumplir. A ese nivel, la Constitución se identifica como la primera de las fuentes del Derecho, y fuente no solo en términos formales sino también materiales.

Se dice que la Constitución es fuente formal en la medida en que establece el *modus operandi* en la creación del Derecho o el modo cómo nacen o se generan las diversas expresiones normativas. Quiere ello significar que la Constitución señala, en términos generales, quiénes son los órganos legitimados para crear Derecho (Congreso, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, etc.), la estructura que poseen (unicameral para el caso del Congreso, etc.), la competencia que se les reconoce (leyes para el órgano Legislativo, decretos para el órgano Ejecutivo, jurisprudencia para el órgano judicial, etc.), así como el procedimiento específico en la elaboración del Derecho (votaciones por mayorías simples, absolutas o calificadas en el caso del Congreso, decisiones o acuerdos en el caso del Ejecutivo, debido proceso formal en el caso de la judicatura, etc.)

Se dice que la Constitución es también fuente material, en la medida en que no obstante habilitar la creación del Derecho en todas las direcciones, representa a su vez, el parámetro de validez del resto de normas del ordenamiento. De modo tal, ninguna otra expresión normativa podrá sustraerse del contexto marcado por la norma fundamental y, por el contrario, solo será válida una norma o cualquier otra expresión del Derecho, en la medida en que no se salga de los cauces marcados por la Constitución. Son, en consecuencia, estas razones de *origen*, *contenido* y *función*, y no argumentaciones meramente formalistas, las que han permitido edificar la teoría de la supremacía constitucional, y por consiguiente, la correlativa necesidad de predicar su carácter indiscutiblemente normativo al interior del mundo jurídico.

VI. CONSTITUCIÓN, SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y SISTEMA DE FUENTES

Desde una acepción etimológica, la expresión fuentes del Derecho se refiere a todo aquello de lo que el Derecho procede, o sea, al origen de las normas jurídicas. El proceso de creación del Derecho, en realidad, es el que alude al concepto de fuentes

del Derecho, es decir, a las distintas manifestaciones del Derecho en un ordenamiento dado.

El momento cumbre de la Constitución radica cuando se constituye en fuente de fuentes. El rol que desempeña la Constitución en el ordenamiento jurídico debe ser materia de atención por parte del operador-intérprete, ora el Juez. En especial, debe poner énfasis a la coherencia lógica de las normas jurídicas dentro de cada uno de los Estados modernos. Para lo cual, se debe tener presente dos sistemas de articulación: a) el principio de jerarquía normativa, y b) el principio de competencia o distribución de materias.

Grafiquemos con un ejemplo. La Constitución de 1993 en su artículo 51, establece lo siguiente: «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente». De igual forma, el artículo 138 *in fine* apunta: «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

He aquí el principio (estructural) de jerarquía formal o normativa, que consiste en que a las normas se les asignan diferentes rangos, ya sea superior o inferior, según la forma que adopten (Ignacio de Otto). Vale decir, hay diversas categorías de normas jurídicas que tienen diferente rango (prelación), relacionándose de manera jerárquica entre sí. Ahora bien, el respeto al principio de jerarquía normativa determina la *validez* de las normas jurídicas. Una norma que contradice a otra superior carece de fuerza normativa y adolece de un vicio de invalidez *ab origine*. De otro lado, el principio de jerarquía normativa es decisiva para determinar la vigencia temporal de las normas: *lex posterior derogat anteriori*.

Y, el principio (estructural), de competencia o distribución de materias supone, en su formulación más genérica, que cada norma sea dictada por el órgano que posea la potestad normativa, es decir, por el órgano correspondiente. Este principio demuestra también que en un mismo nivel jerárquico existen diversas categorías de normas.

Sobre la supremacía constitucional, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que a partir de la consideración de la Constitución como norma jurídica, vinculante a todo poder (político o privado) y a la totalidad de la sociedad, la supremacía constitucional en el Estado Constitucional significa que «una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella, no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder deviene entonces en un poder constituido por la Constitución y, por con-

siguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo»¹. De tal manera, «La Constitución es, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al «Derecho de la Constitución», esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51º), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45º) o de la colectividad en general (artículo 38º) puede vulnerarla válidamente»².

Finalmente, cabe señalar que la *supremacía* de la Constitución se complementa con el instituto de la *rigidez* constitucional³ que supone que la Constitución establece sus propios procedimientos de reforma, diferenciándose así de las fuentes legales e impidiendo que la modificación de sus preceptos pueda ser llevada a cabo por el legislador. Es más, la Constitución se agota en el acto constituyente⁴.

VII. LA TEORÍA DE LAS FUENTES Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el Exp. N° 047-2004-AI/TC, publicada el 8 de mayo de 2006, en el Proceso de Inconstitucionalidad iniciado por el Gobierno Regional de San Martín contra la Ley N° 27971 (Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por la Ley N.º 27971), desde el fundamento jurídico N° 7 al 49, desarrolla el tema del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano.

Así, en esta sentencia el Alto Tribunal desarrolla, en primer lugar, el concepto de *Constitución como norma jurídica*, como fuente de Derecho, como fuente de fuentes, y finalmente, desarrolla los *principios de ordenación* del sistema de fuentes.

¹ STC 5854-2005-AA, fundamento jurídico N° 3, *in fine*.

² *Ibidem*, fundamentos jurídicos N° 5 y 6.

³ Al respecto, *vid.* Pablo Lucas Verdú: «Naturaleza, contenido y consecuencias de la rigidez constitucional», en *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, t. II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959, págs. 107-132. Su lectura me ha aclarado muchas dudas. Más de pronto, *vid.* Alessandro Pace y Joaquín Varela: *La rigidez de las constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

⁴ *Cfr.* Francisco Balaguer Callejón (Coordinador): *Derecho Constitucional*, vol. I, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999, pág. 109.

Sin que sea necesario repetir lo señalado por la citada sentencia, veamos resumidamente los conceptos jurisprudenciales desarrollados por el Tribunal Constitucional⁵.

7.1. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA

La Constitución contiene las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y que actúan como parámetro de validez del resto de las normas; en esa medida, 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 estatal⁶.

7.2. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE DERECHO

Con relación a la Constitución como fuente de nuestro «Derecho nacional», debe remarcarse que constituye el fundamento de todo el «orden jurídico» y la más importante fuente normativa. 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 constitucionales⁷.

7.3. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE FUENTES

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. Desde el vértice del ordenamiento jurídico, 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)⁸.

7.4. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE DERECHO: MODO DE PRODUCCIÓN JURÍDICA

En el presente punto el Tribunal Constitucional señala la relación entre el poder constituyente y su condición de titular para crear o producir la norma *normarum* de nuestro ordenamiento jurídico⁹.

Así, el poder constituyente originario, por ser previo y sin control jurídico, tiene la capacidad de realizar transmutaciones al texto constitucional, ya que este órgano

⁵ Cfr. Tribunal constitucional del Perú, «Gaceta del Tribunal Constitucional. Sentencias Normativas N° 0047-2004-AI/TC», Edición N° 2, abril-junio, Lima, Perú, 2006.

⁶ STC 0047-2004-AI/TC, fundamento jurídico N° 9.

⁷ *Ibidem*, fundamento jurídico N° 10.

⁸ *Ibidem*, fundamento jurídico N° 11.

⁹ *Ibidem*, fundamentos jurídicos N°s. 12-14.

representativo es el encargado de crear la Constitución. Ello es así porque aparece como una entidad única, extraordinaria e ilimitada formalmente.

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, ha reconocido que existen algunas características del poder constituyente que pueden también ser consideradas como las reglas básicas para la formulación de una Constitución: es único, extraordinario e ilimitado.

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 32º inciso 1 y 206º de la Constitución establecen las reglas básicas para ello. Otorgando tal facultad al Congreso de la República y al pueblo directamente a través del referéndum. Según esta línea jurisprudencial, la reforma constitucional está sujeta a límites formales y límites materiales.

7.5. LAS FUENTES DE DERECHO REGULADAS POR LA CONSTITUCIÓN: MODOS DE PRODUCCIÓN JURÍDICA

El sistema de fuentes regulado por la Constitución consagra diversos tipos normativos. Principalmente, las normas con rango de ley y aquellas de rango reglamentario. Así tenemos¹⁰:

7.5.1. Fuentes normativas o formas normativas

7.5.1.1. Fuentes normativas o formas normativas con rango de ley:

- **Las leyes:** ley de reforma constitucional, ley ordinaria, ley de presupuesto de la República, ley de la cuenta general de la República y ley orgánica.
- **Resoluciones legislativas.**
- **Tratados:** tratados con habilitación legislativa, tratados ordinarios y convenios internacionales ejecutivos.
- **Reglamento del Congreso.**
- **Decretos legislativos.**
- **Decretos de urgencia.**
- **Las ordenanzas regionales.**
- **Las ordenanzas municipales.**

¹⁰ *Ibidem*, fundamentos jurídicos N°s. 16-30.

7.5.1.2. Fuentes normativas con rango distinto a la ley

El Presidente de la República es el órgano constitucional encargado de producir los reglamentos, decretos y resoluciones, para lo cual, requiere de la intervención de sus ministros (art. 120° de la Constitución). 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 art. 118° de la Constitución, es evidente que tales reglamentos también constituyen fuente normativa porque desarrollan diversos ámbitos de sus leyes orgánicas o leyes de creación¹¹.

7.5.1.2.1. La jurisprudencia. La solución por la vía pacífica los conflictos jurídicos que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado, está encomendada fundamentalmente al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional y, con sus particularidades, al Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral.

Cabe apuntar, sin embargo, que el Tribunal Constitucional «es el órgano de control de la Constitución, no es uno más y esa es su principal función». Sólo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos (art. 204° de la Constitución), y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional. 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, resulta ser claro que para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de Derecho denominada jurisprudencia. Esta afirmación se confirma cuando la propia Constitución, en el inciso 8 del art. 139°, reconoce el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En efecto, es inherente a la función jurisdiccional la creación de Derecho a través de la jurisprudencia.

7.5.1.2.2. La costumbre. Esta noción alude al conjunto de prácticas políticas jurídicas espontáneas que han alcanzado uso generalizado (elemento objetivo) y conciencia de obligatoriedad en el seno de una comunidad política (elemento subjetivo).

¹¹ *Ibidem*, fundamentos jurídicos N°s. 31-45.

7.5.1.2.3. Los principios generales del Derecho. Esta noción alude a la pluralidad de postulados o proporciones con sentido y proyección normativa o deontológica que, por tales, constituyen parte 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.

7.5.1.2.4. El contrato. El contrato, al expresar la autonomía de la voluntad como fuente de Derecho tiene su fundamento en las siguientes disposiciones constitucionales: inciso 14° del art. 2°, art. 62°, inciso 3° del art. 28°. De otro lado, la convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

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

7.6. PRINCIPIOS DE ORDENACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES

El ordenamiento jurídico implica un conjunto de normas vigentes vistas en su ordenación formal y en su unidad de sentido. Por ello, existen 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 (es el caso de los criterios de competencia y de jerarquía). *b)* Criterios que realizan la coherencia en el momento de aplicación del Derecho, especialmente en la aplicación judicial (es el supuesto de los criterios de especialidad, cronológico y de prevalencia)¹².

7.6.1. Principio de jerarquía. El principio de jerarquía (art. 51° de la Constitución) implica el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto de normas jurídicas. 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.

¹² *Ibidem*, fundamentos jurídicos N°s. 46-68.

El principio de jerarquía puede ser comprendido desde dos perspectivas. Primero, la jerarquía basada en la cadena de validez de las normas; y, segundo, la jerarquía basada en la fuerza jurídica distinta de las normas.

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:

- **Relación ordinamental:** La prelación jerárquica aparece entre normas vigentes en un mismo ordenamiento constitucional.
- **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.
- **Intersección normativa:** La prelación jerárquica aparece cuando la legítima capacidad regulatoria de una norma contraría al mandato u ordenación de contenidos de otra norma.

El principio de jerarquía opera en la creación, abrogación o derogación y, aplicación de las normas. De allí, que a partir de este principio complementado con el principio de competencia (que se abordará posteriormente) se pueda establecer las siguientes categorías normativas y sus subsecuentes grados:

1. 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 art. 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.

2. Segunda categoría. Las leyes y las normas con rango 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.

3. Tercera categoría. Los decretos y las demás normas de contenido reglamentario.

4. Cuarta categoría. Las resoluciones.

4.1. 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.)

4.2. 2do. y demás grados descendentes: Las resoluciones dictadas con sujeción al respeto del rango jerárquico intrainstitucional.

5. Quinta categoría. Los fallos jurisdiccionales y las normas convencionales. 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.

6.6.2. Principio de competencia

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

6.6.3. La plenitud jurídica

Esta noción significa que todo hecho de implicancia intersubjetiva se encuentra sometido al ordenamiento jurídico, aun cuando no haya alcanzado regula-

ción preceptiva. Así, se hace referencia a una propiedad consustancial al ordenamiento jurídico para resolver cualquier conflicto que se le plantee. 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.

Las reglas de aseguramiento de la plenitud jurídica pueden ser de enlace, de exclusión, de competencia circunscrita y, de los modos de integración.

6.6.3.1. Las reglas de aseguramiento de la plenitud jurídica

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 2º 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 especifica 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 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.

6.6.3.2. La conexión jurídica de la plenitud jurídica

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

1. Enlace por relaciones de fundamentación y derivación.
2. Enlace por el contenido de las normas:
 - 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.
 - 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*.
 - 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).

VIII. REFLEXIÓN FINAL

La Constitución al ser un conjunto de normas jurídicas y a la vez un código de valores creada por un poder constituyente, impone al Estado y a la sociedad en general un modo determinado de organización y convivencia. La Constitución tiene la peculiaridad que dentro del orden jurídico de un Estado es ella la que reserva para sí la supremacía jurídica, en tanto no existe otro órgano o ente en el Estado y en la sociedad que tenga poderes absolutos o que esté por encima de ella.

La Constitución vincula en igual medida a los órganos e instituciones del Estado y a la ciudadanía en general, sus normas son de observancia obligatoria y su vulneración o incompatibilidad conlleva necesariamente la inconstitucionalidad.

La supremacía de la Constitución se evidencia, por un lado, en que la Constitución dentro del ordenamiento jurídico se desenvuelve como la fuente de las fuentes del Derecho. Es la norma *normarum*, establece el sistema de creación y reproducción de las normas jurídicas y además prevalece por sobre todas las normas que existan o se creen dentro del ordenamiento jurídico. Por otro lado, tiene la peculiaridad de decretar la inconstitucionalidad de las leyes que se muestren incompatibles con ella, dero-gándolas y expulsándolas del ordenamiento.

De tal manera, la Constitución, ya sea por el ente que lo creó o por el lugar que ocupa dentro del ordenamiento jurídico, siempre es vinculante y opera por sobre las demás normas jurídicas existentes.

IX. CONCLUSIONES

Hagamos ahora, de manera sucinta, una evaluación final de todo lo expuesto. Se puede convenir que, el concepto de Constitución (que históricamente tenía la labor de delimitar el poder político) debe concebirse, teniendo en mira dos principios rectores: a) la *supremacía constitucional* y b) la *rigidez constitucional*. El devenir histórico es parte sustancial en la evolución de la Constitución, y como tal, es una realidad que debe aceptarse.

Por otro lado, el operador judicial está en la obligación de superar el desajuste que siempre se presenta, entre la norma constitucional y la realidad constitucional, y de esta manera superar el *utopismo* (no prometer lo irrealizable); el *gatopardismo* (es decir cuando las promesas constitucionales simulan un cambio que en definitiva sólo se opera en las palabras); y el *fariseísmo* (o sea, cuando la Constitución, impecable catálogo de ilusiones, sólo tiene por objeto ser exhibida en el mercado del Derecho Constitucional Comparado) (Néstor Pedro Sagüés).

A su vez, la Constitución es, cualitativamente, diferente de las demás normas jurídicas en razón de su contenido. Un buen ejemplo de este argumento sería el siguiente: la Constitución es elaborada por el constituyente, mientras que la ley (al igual que otros actos jurídicos) es hecha por el legislador ordinario.

Sin embargo, precisemos que el intérprete-aplicador (Juez) no puede olvidar que el Derecho Constitucional (como disciplina jurídica cuyo marco de atención es la Constitución) tiene tres dimensiones, a saber: a) *normativa*; b) *fáctica* y c) *axiológica*. Con lo cual, evita caer en un normativismo puro.

En tal sentido, se viene sosteniendo que la Constitución es un «Código de valores» (Francisco Fernández Segado). Vale decir, por su naturaleza *per se*, es una norma

axiológica que define valores superiores, nucleares del ordenamiento jurídico. De ahí que las ideas de permanencia, dinamicidad y vivacidad constitucional tendrán que ser sus respectivas consecuencias.

Solamente así, la Constitución se desarrolla como un conjunto coherente de preceptos, y como tal, asume una toma de posición valorativa. En fin, los valores constitucionales (*justicia, libertad*) hacen que el Código Político-valorativo se amolde a realidades cambiantes, a través de una función técnico-jurídica que realiza el operador intérprete, a saber, el Juez de la constitucionalidad.