

## XI. LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Están referidas fundamentalmente a las normas que crean obligaciones dentro de un ordenamiento constitucional determinado.

Las *fuentes materiales* son los hechos sociales, políticos, históricos, económicos y culturales que dan origen a una determinada expresión normativa.

Las *fuentes formales* son aquellas que están al interior del propio Derecho, y que se hallan estructuradas en la famosa pirámide normativa que Hans Kelsen hizo suya. La Constitución se ubica en el pináculo de la pirámide, y luego, descendiente y subordinadamente se articulan una serie de normas.

(Son fuentes excepcionales, la costumbre, en el Derecho Comercial; y la negociación colectiva, en el Derecho Laboral).

*El primer nivel jerárquico corresponde a la Constitución.* Toda normatividad, a la larga, tiene su fundamento en ella. Sin embargo, y paralelamente, nuestra propia Constitución ha considerado en su mismo nivel a los Tratados Internacionales que versen sobre derechos humanos.

Como ya hemos visto, esto se estableció en atención al contexto político y social que se vivió durante la elaboración de la Carta de 1979, que estuvo signado por la violación reiterada de los derechos fundamentales.

Los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos que el Perú ha adoptado son los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, así como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados ambos en 1966. Asimismo, hemos ratificado el Pacto de San José de Costa Rica, aprobado en 1969.

*El siguiente nivel normativo corresponde a la Ley.* Debemos incluir en este nivel las leyes y los tratados internacionales, todos ellos, con excepción de los que corresponden a derechos humanos, —y en ese orden— los tratados internacionales de integración con otros Estados latinoamericanos, y luego los demás tratados.

La Constitución establece en su artículo 101 que “en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”.

Si la ley es anterior al tratado, automáticamente la ley es dejada de lado. Si la ley es posterior al tratado, ésta no queda derogada. Simplemente, en caso de conflicto, prevalecerá el tratado. No significa que la deroga ni que tenga un rango superior, sino que la inaplica.

El artículo 101 de la Constitución prevé este conflicto, en el cual prevalece el tratado. Es decir, admite una *coexistencia* entre ley y tratado. No se puede, por otro lado, modificar unilateralmente convenios o tratados internacionales.

(De acuerdo al artículo 104, el Presidente de la República, puede sobre materias de su exclusiva competencia, celebrar o ratificar convenios internacionales sin el requisito previo de la aprobación del Congreso. Esto es lo que se conoce como tratados ejecutivos o abreviados, nacidos de la práctica política norteamericana. Pero la Ley 25397 les ha otorgado rango de decreto supremo).

Debemos mencionar también a los Decretos Legislativos que son verdaderas leyes dadas por el Ejecutivo, previa habilitación legislativa. Su numeración, sin embargo, es distinta a la de las leyes.

Mención aparte merecen las sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales, que al declarar inconstitucional una ley, total

o parcialmente, obliga al Congreso a derogar lo estatuido en dicha sentencia. De no ser así, con la publicación de la sentencia, se entenderá derogada la norma en cuestión.

## 1) Leyes Orgánicas

Constituyen una categoría normativa *sui generis*. Son muy pocas, en realidad:

- i) De Municipalidades (art. 258).
- ii) Del Ministerio Público (art. 251).
- iii) Del Poder Judicial (Disposición Transitoria décimo primera y décimo tercera).
- iv) Del Tribunal de Garantías Constitucionales (art. 303).
- v) De las Fuerzas Armadas (art. 277).
- vi) De las Fuerzas Policiales (hoy Policía Nacional, art. 277).
- vii) De creación de las Regiones (Disposición Transitoria novena).
- viii) De los organismos del Sector Público (art. 140)

La Constitución ha querido, y así lo ha dispuesto, que determinadas instituciones, organismos, o categorías sean creados mediante leyes orgánicas.

Si bien su tramitación corresponde a la de cualquier ley, el quórum requerido para su aprobación es especial: *más de la mitad del número legal* de miembros de cada Cámara.

(En el constitucionalismo europeo se ha creado la categoría de la ley orgánica como una norma intermedia entre la Constitución y la ley).

En el Perú no se dio mucho afinamiento teórico a la categoría de ley orgánica. Simplemente, se le asignó la creación o estructuración de determinadas instituciones. Pero en la práctica pasó algo peor: determinadas normas que, por previsión constitucional, debían ser leyes orgánicas, han sido promulgadas mediante Decretos Legislativos, con lo que se ha terminado por distorsionar este modelo, pues *no podían ser materia de legislación delegada*, ya que la propia Constitución les ha insti-

tuido un quórum especial para su aprobación por el *Legislativo*. Para efectos prácticos, la especificidad de la ley orgánica ha perdido toda su importancia en el actual contexto constitucional.

La eventual derogación de una ley orgánica debería ser hecha mediante otra ley orgánica u otra ley ordinaria que cumpla con el quórum especial que dispone el artículo 194 de la Constitución, lo que lamentablemente no se ha observado.

## 2) Decretos-Leyes

Son las leyes que dictan los gobiernos de facto.

(En otros países, como España, Italia, Brasil y Venezuela, el decreto-ley es la legislación de urgencia que da el Ejecutivo ante situaciones de emergencia o gravedad, o cuando el Congreso está en receso).

Cuando los gobiernos *de facto* acceden al poder, clausuran de inmediato el Congreso y concentran los poderes Ejecutivo y Legislativo; es decir, actúan como dictaduras.

Los decretos-leyes se aprueban, previa discusión, por el Consejo de Ministros, que hace las veces de Parlamento.

(La numeración de leyes y decretos-leyes, en nuestro país, es correlativa).

Se ha discutido mucho acerca del valor y legitimidad que guardan los decretos-leyes, al ser emanación de gobiernos espúreos.

Al respecto, existe una vieja postura que veía en los decretos-leyes unas normas de emergencia, fruto de situaciones anormales, que tenían pleno vigor y validez; pero que valían en la medida que fueran objeto de ratificación por el próximo gobierno constitucional que se instalase. Y así ocurrió durante la época del General Sánchez Cerro o del General Odría. La jurisprudencia era de parecer similar.

El criterio ha cambiado. Hoy se admite la plena vigencia de los decretos-leyes, a menos que sean expresamente dejados de lado por leyes posteriores.

(En 1980, recién instalado el nuevo gobierno constitucional de Fernando Belaunde, se pretendió revisar la frondosa legislación dictada durante el Gobierno Militar anterior. Este intento no prosperó).

### 3) Resoluciones Legislativas

Siguen la numeración correlativa de las leyes y los decretos-leyes. Son fundamentalmente, actos administrativos de las Cámaras, que generalmente se utilizan para otorgar pensiones vitalicias, dar amnistías o ascensos, aprobar tratados internacionales, etc.

### 4) Reglamento Interior de las Cámaras

Las Cámaras de Diputados y de Senadores cuentan con sendos reglamentos, recientemente modificados.

Son normas que se aprueban, pero que no guardan numeración. Regulan la actividad interna de las Cámaras, y el estatuto de sus miembros.

La Constitución les ha conferido fuerza de ley. Se trata de leyes con un alcance limitado al interior de las Cámaras Legislativas, que en otras partes se denominan Estatutos Parlamentarios. Igualmente, el Congreso cuenta con su propio Reglamento.

### 5) Leyes Regionales y Ordenanzas Municipales

Las primeras tienen como ámbito de aplicación a las *regiones*, de reciente configuración. Son promulgadas por el Presidente de la República.

Las Ordenanzas Municipales también tienen rango de ley, pero, al igual que las leyes regionales, tienen un ámbito territorial restringido; en este caso, el ámbito del gobierno municipal. Esto no impide eventuales conflictos entre ellas, que hay que afrontar con criterio moderno.

## 6) Decretos de Urgencia

Su fuente constitucional emana del artículo 211, inc. 20 del texto constitucional, que confiere al Presidente de la República la atribución de "*dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso*".

Tras muchos debates se ha llegado a la conclusión de que se trata de lo que la doctrina denomina *decretos de necesidad y urgencia*. Es decir, aquellas normas que derivan de las facultades especialísimas que tiene el Poder Ejecutivo para enfrentar situaciones de verdadera emergencia y gravedad; y sólo referidos a materia económica y financiera.

(En Italia, los decretos-leyes sólo se permiten cuando el Congreso no funciona. En España, una vez dictado un decreto-ley, éste ha de ser ratificado o derogado por el Congreso de los Diputados, con lo que se ejerce un control parlamentario posterior).

En el Perú se ha abusado de esta atribución legislativa de urgencia, y se la ha empleado para legislar sobre cualquier materia imaginable, sin ningún control previo o posterior, por la inacción del propio Parlamento.

Estas normas tienen fuerza de ley, y, de hecho, han actuado como tales: modificando partidas presupuestales, modificando la tributación, haciendo transferencias de partidas; inclusive han modificado artículos del Código Civil y del Código de Comercio.

Recientemente, y mediante Ley 25397, se ha normado el control parlamentario de este tipo de medidas, a las que ahora se les denomina *Decretos Supremos Extraordinarios*.

## 7) Decretos y Resoluciones

Los decretos supremos y las resoluciones supremas implican el ingreso al ámbito de competencia reglamentaria del Poder Ejecutivo, pues son la expresión normativa del Presidente de la República y de

sus Ministros de Estado (que representan en la práctica, a la Administración Pública).

El decreto supremo puede dictarse con o sin aprobación del Consejo de Ministros, de acuerdo al alcance del contenido de la norma.

La resolución suprema conlleva el acuerdo del Presidente de la República; la resolución ministerial supone únicamente la aprobación del ministro del ramo correspondiente.

A partir de este nivel normativo —decretos y resoluciones— ya se hace bastante difícil e intrincado proseguir la estructura jerárquica normativa (inclusive algunos dudan de que esto pueda hacerse).

Así, proponiendo alguna equiparación con dispositivos de los gobiernos regionales y los gobiernos locales, a nivel del decreto supremo —que es del Gobierno Central— tendríamos:

- Decretos Regionales,
- Decretos Ejecutivos Regionales,
- Edictos de Alcaldía,
- Decretos de Alcaldía.

Al nivel de resolución suprema, le sucederían en jerarquía:

|                                      |                                 |
|--------------------------------------|---------------------------------|
| Resolución ministerial .....         | Resolución ejecutiva regional   |
| Resolución viceministerial .....     | Resolución secretarial regional |
| Resolución directoral .....          | Otras resoluciones de la región |
| Otras resoluciones del Ejecutivo     |                                 |
| Otras resoluciones de los municipios |                                 |

Luego, vendrían las resoluciones de *entes autónomos*, que son aquellos que tienen autonomía administrativa, funcional y económica, que emiten resoluciones con validez general. Tales son los casos de CONASEV, Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Contraloría General, CONITE, entre otras.

## **8) Ambito de parte interesada**

Se trata de aquellas resoluciones que afectan a pocas personas, por estar circunscritas a determinados actos específicos. Así, tenemos las resoluciones senatoriales, a través de las cuales el Senado aprueba los ascensos militares o nombramientos diplomáticos, o de otros altos funcionarios públicos.

Resoluciones de alcance particular, que son muchas; por ejemplo, cada vez que un Acuerdo de Cámara conlleve un pedido concreto.

Resoluciones legislativas regionales, que guardan alguna equivalencia respecto a las resoluciones legislativas nacionales dadas por el Congreso, y que a diferencia de éstas tienen un alcance más específico.