

# **La función constitucional de la ley**

**Por**

**Emilio Tafur Charun**

## ***1.- Nociones previas***

El profesor García Toma (2015:27) señala que la Constitución deviene en el “fundamento de todas las fuentes de Derecho”; por tal, es la que regula la producción normativa o disciplina los modos de producción de las fuentes. El mismo autor agrega 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, así como asignando un valor específico a las normas creadas por estos. Es

decir, es la norma normarum del ordenamiento jurídico, **aunque no todas las disposiciones sobre la producción jurídica están contenidas en ella**". (El énfasis es nuestro)

De otro lado, es de indicar que la Constitución, además de ser "fuente de fuentes", es también pues "competencia de las competencias". En ambos casos existe lo que se denomina una "reserva constitucional". Esto es, la Constitución distribuye y asigna el acervo de competencias entre las instituciones públicas dotadas de autonomía ("ordenamientos jurídicos"). Acervo de competencias o materias dentro de las cuales estas instituciones, diseñadas por la Constitución, pueden desplegar, con determinado grado de libertad, el

diseño normativo de sus políticas a través de fuentes privadas e igualmente diseñadas primariamente por la Constitución.

El Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a este tema sosteniendo que:

“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 a la Constitución el carácter de norma política, también ha tenido oportunidad de enfatizar

en varias oportunidades su carácter normativo y vinculante (...).

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.**” (EXP. N. ° 0047-2004-AI/TC) (El énfasis es nuestro)

En la misma sentencia el alto Tribunal ha precisado 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.** (El énfasis es nuestro)

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)”.

Como bien anota el jurista español Javier PEREZ ROYO (1985:27),

“(..) Es opinión prácticamente unánime que una de las tareas esenciales, si no la tarea esencial de todo texto constitucional, **consiste en disciplinar las formas de producción de las normas jurídicas, precisando tanto los órganos competentes para ello, como las categorías a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de jerarquía o de competencia**”. (El énfasis es nuestro)

Sobre esta función constitucional, Eduardo García de Enterría (1983:221-222) sostiene que:

“Por eso, en la doctrina alemana, ha podido hablarse de que en la Constitución se encuentra la «competencia de las competencias» (*Kompetenz-Kompetenz*), pues su primera función es la de distribuir todas las competencias públicas y, por de pronto, en la perspectiva en que ahora estamos, en su función de supraordenamiento, distribuir los espacios competenciales de cada uno de los ordenamientos subordinados (...), el espacio competencial que cada uno va a tener como propio y en el que va a desplegar sus respectivas potestades normativas.”

No obstante todo lo que hasta aquí se ha dicho e insinuado, la Norma constitucional no agota de una sola vez el reparto de competencias y los fines que estas pueden perseguir así como el diseño de fuentes al interior del sistema. Es por ello que resulta indispensable que el legislador, generalmente orgánico, agote dicho reparto competencial y diseño de fuentes **en virtud de expresos reenvíos normativos dispuestos por el constituyente.**

Producto de todo esto es el establecimiento de un bloque de normas, materialmente constitucionales (Bloque de la constitucionalidad), al que el Tribunal Constitucional ha de recurrir “para apreciar la validez constitucional de las normas” (artículo 78 del nuevo Código Procesal Constitucional).

Siguiendo al autor español Gómez Ferrer Morant (1987:22), “nos encontramos, pues, que cuando diferentes leyes orgánicas previstas en la Constitución inciden en la distribución territorial del poder, **es la propia Constitución la que fija su posición relativa de acuerdo con la función que cumplen en el sistema jurídico**” (El énfasis es nuestro)

Por nuestra parte diremos que la función de estas leyes de agotar la distribución de competencias, establecer los fines que las mismas pueden perseguir y con todo ello la de agotar también el diseño de fuentes, no puede detentar otra naturaleza que no sea la “constitucional”. De ahí la noción de **remisión expresa** por parte de la Constitución a que se refiere

el artículo 78 del nuevo Código Procesal Constitucional.

Ahora bien, es legítimo preguntarse cómo se incardinan estas leyes en el ordenamiento jurídico; qué supone la primacía y superioridad que las termina ubicando en una posición prominente en el ordenamiento jurídico y notablemente qué efectos tiene esto en el desenvolvimiento del tráfico jurídico; qué jerarquía detentan; cómo se relacionan con otras leyes o normas también primarias cualquiera que fuere su jerarquía; cuál es su fuerza activa; cuál su fuerza pasiva. Y, fundamentalmente, qué papel juegan estas leyes cuando se cuestiona la constitucionalidad de otra norma con valor de ley, claro está, en materia competencial.

Volveremos sobre este tema, pues previamente haremos una breve reseña histórica sobre la evolución del concepto de Ley lo que es de suma utilidad para el desarrollo del tema principal de que trata este texto, esto es, las leyes que cumplen una función constitucional.

## ***2.- El dogma del concepto unitario de la Ley***

Según Santiago Muñoz Machado (2015:18-19),

“El artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, es el texto que mejor expresa la significación central de la ley en el entonces nuevo sistema constitucional: «La ley — dice— es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente, o a través de sus representantes, en su

formación. Debe ser la misma para todos, tanto cuando protege, como cuando castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales ante sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin ninguna otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos».

Para Gómez Ferrer-Morant (1987:10) “La concepción roussoniana de la Ley, como expresión de la voluntad general, le otorga un alcance potencialmente ilimitado, en la medida en que identificaba la voluntad general con la expresión de la soberanía, de alcance ilimitado, y el producto de la voluntad con la razón. De esta forma la Ley se concebía como un instrumento en defensa de la libertad y de la igualdad.”

Por su parte, Muñoz Machado (2015:12) indica que, “El concepto de ley se identificaba con el de Derecho, en cuanto que no se reconocían en el Estado otros centros de producción de normas. No se atribuye en el primer período constitucional ninguna clase de potestad reglamentaria a la Administración del Estado, ni se establecen tampoco entidades territoriales descentralizadas que tengan reconocidas potestades normativas (...). Rige, por tanto, de modo absoluto, la unidad de la ley. La inexistencia de otra clase de normas en el ordenamiento se completa con la negación de cualquier valor normativo a la jurisprudencia (se excluye, incluso, la facultad de interpretar las leyes, estableciéndose, a efectos de disponer las aclaraciones que aquellas necesiten, la

institución del référé législatif), y también con la equiparación real entre la Constitución y la ley”. Luego, el mismo Muñoz Machado (2015:20-22) agrega que, “La ley, expresión de la voluntad general, se convierte en el centro de todo el sistema constitucional, en la norma de más prestigio, y en la garantía de la libertad (...). Además la ley es el instrumento puesto a disposición del Estado para que lleve a cabo el gran objetivo revolucionario de transformar la sociedad y las instituciones del Antiguo Régimen. Es la herramienta que debe producir el extraordinario efecto de transformar una sociedad estamental y no igualitaria en otra radicalmente distinta en la que reine el principio de igualdad. (...) La ley general que monopoliza la

totalidad de la función normativa del Estado es, en correspondencia lógica con esta característica, omnipotente o absoluta en cuanto que no existe ningún ámbito material que esté excluido de su dominio. ”

Más aun, Muñoz Machado (2015:33) sostiene que, “Una nota esencial de la dogmática de la ley que impone el constitucionalismo revolucionario y que se afirma progresivamente a lo largo de los siglos xix y xx, es, como ya nos consta, que la ley es expresión de la voluntad general. Es la realización del principio democrático, según el cual, son los representantes del pueblo, libremente elegidos, los que expresan en la Asamblea legislativa sus opiniones y adoptan las decisiones fundamentales. La configuración de la ley

como expresión de la voluntad general, se recoge por primera vez en el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, según hemos recordado. En el pensamiento de Rousseau esa voluntad general es el simple sumatorio o acumulación de voluntades individuales de los ciudadanos donde reside la soberanía”.

García de Enterría (1981:35) grafica bien este momento histórico de supremacía absoluta de la Ley, señalando que:

“En el jacobinismo histórico aparece, en efecto, el mito de la Asamblea (La «Convención», expresión absoluta de la voluntad general) como el lugar donde se posa el Espíritu Santo, o en términos más secularizados, el espíritu colectivo

infallible y certero, en una suerte de unión mística lograda a través del debate incesante y de la catarsis que este procura. Es el jacobinismo, sostenido en el principio representativo absoluto de la voluntad general, el que alimenta el dogma de la soberanía parlamentaria en el constitucionalismo de tipo francés, que proscribiera resueltamente todo poder por encima de la Asamblea y, por supuesto, todo, poder judicial, simple instrumento ejecutivo de las leyes de la propia Asamblea (...)

Sin embargo, Muñoz Machado (2015:12) sostiene que, “En la inmensa mayoría de las exposiciones doctrinales sobre la ley se usa para definirla un compendio de ideas y nociones que

tienen raíces históricas perfectamente identificables **pero que resultan radicalmente insuficientes para caracterizarla en la actualidad.** Dominan en la teoría de la ley su consideración como norma general y abstracta, dictada por el Parlamento u órgano que tenga atribuida la potestad legislativa, caracterizada por ser superior a todas las demás normas, por ser irresistible y poder regular cualquier materia o asunto que el legislador decida”. Nuestro autor agrega que, “la concepción unitaria de la ley es absoluta. Ley y Derecho son conceptos equivalentes; incluso como la única clase de ley que se concibe en el período revolucionario es aquella norma clara, bien redactada, sistemática

y ordenada de que habían hablado los filósofos, también el concepto de ley se unifica con el de Código”. (El énfasis es nuestro)

Se habrá de notar que en tiempos del dogma del concepto unitario de la Ley resultaba del todo idónea la vigencia de términos como “valor de Ley”, “rango de Ley” y “fuerza de Ley”.

Volveremos sobre este tema.

Hoy en día resulta del todo insuficiente ensayar una visión unitaria que relieve la supremacía absoluta de la Ley parlamentaria. **Como bien anota Muñoz Machado, ello resulta radicalmente insuficiente para caracterizar y definir a la Ley en la actualidad.**

Cabe la pregunta, ¿A qué obedece esa notable insuficiencia?

A efectos de absolver esta pregunta recurriremos al Derecho patrio sin perjuicio que cuando sea necesario, se “aplique” también el Derecho comparado.

### ***3.- La pluralidad de fuentes normativas formales con valor de Ley y la idea de competencia***

Una de las novedades de mayor importancia aportadas por la Carta de 1993 es el diseño que la misma lleva a cabo de una pluralidad de instituciones a las que dota de autonomía – algunas de ellas de naturaleza territorial y substrato político- con capacidad

consecuentemente de generar normatividad jurídica, detentoras de competencias y materias propias y asimismo, nítidamente deslindadas de los poderes estatales clásicos. Esto se reforzará con la reforma constitucional de 2002 la misma que termina por definir el diseño de un Estado realmente descentralizado y en consecuencia de naturaleza compleja.

Es de precisar que la derogada Carta de 1979 supuso también, aunque de manera algo tímida, la construcción de un Estado complejo. Aun así, fue un importante avance, pues, dados los antecedentes, la dación de esta Carta importó en concepto del profesor Domingo García Belaunde, el estallido en mil pedazos del

esquema tríadico de Estado ante la aparición de una pluralidad de auténticos órganos e instituciones constitucionales.

Lamentablemente, debido a estrictas razones políticas que desde nuestro punto de vista, no guardaban relación con el texto constitucional, este último terminó siendo un chivo expiatorio, *culpable* de la sucesión de impasses inter-orgánicos que se dieron y que originaron, a la postre, el golpe de Estado de abril de 1992 y con él, la dación de la Constitución de 1993. (Tafur Charun 2015:13)

Dicha “pluralidad institucional” radica en la incidencia que ha de tener en el sistema de fuentes normativas y con ello cuestionar la

continuidad de la primacía de los principios tradicionales de relación entre normas que resultaban plenamente válidos y suficientes para dar respuesta a cualquier conflicto en el marco de un ordenamiento centralizado, de estructura piramidal o escalonada.

Dada la indicada pluralidad institucional, entre las cuales encontramos a los Gobiernos territoriales (Regiones y Municipalidades), los mismos que por atribución directa de la Carta de 1993 son dotados de autonomía política, sin dejar de tomar en cuenta el artículo 200.4 de la misma Constitución, y en tal virtud detentan la capacidad de dar normas con rango o valor de Ley (ordenanzas), el concepto unitario de Ley se

va diluyendo. Así, pues, existe en nuestro ordenamiento una pluralidad de normas primarias, esto es, con valor de Ley, lo que termina cuestionando el concepto de ley mismo.

De este modo, la carta de 1993 diseña como normas primarias con valor de Ley, a la Ley parlamentaria (Orgánicas y Ordinarias), a la Resolución Legislativa, al Decreto Legislativo, al Decreto de Urgencia, a la Ordenanza regional y, en fin, a la Ordenanza municipal.

En principio, cada una de estas fuentes normativas que en rigor no son otra cosa que “Leyes”, han de contar con un ámbito material y competencial así como precisar los fines que pueden perseguir, atribuidos por la Constitución

y, como luego veremos, por el Bloque de la constitucionalidad, dentro del cual desenvolverse y actuar. Tales leyes se relacionarán entre sí a través del principio de competencia y no de jerarquía.

Las competencias asignadas a los entes territoriales (Regiones y Municipalidades) no son sino la juridificación de sus respectivos fines de interés público (ahí donde existen intereses públicos también existen competencias públicas). Se configura, pues, una pluralidad de instituciones que gozan de autonomía política, funcional y territorial, y que detentan personalidad jurídica, así como potestad legislativa a nivel primario o la dación de normas

con valor de Ley, y reglamentaria, necesarias todas ellas, para asegurar su autogobierno. Es de indicar que las instituciones territoriales (auténticos poderes territoriales) son de naturaleza bifronte, pues además de tener un substrato administrativo también tienen un nítido substrato político, dada su capacidad de legislar normas primarias o con valor de Ley, y la elección de sus miembros mediante el ejercicio del sufragio por la ciudadanía toda.

De acuerdo con el principio de competencia, cada tipo de Ley tendría reservado un contenido material en exclusiva por la Constitución, de forma tal que la Ley de otro tipo que invadiera dicho contenido sería inconstitucional y, como

tal, nula. GOMEZ FERRER MORANT (1987: 17)

Bien dice Muñoz Machado (2015:18) que, “Se debe esta circunstancia a que las diferentes categorías de leyes tienen acotados ámbitos materiales que no están abiertos a la disponibilidad de otras normas, ni aunque tengan el mismo rango y se sitúen en el mismo escalón de la estructura jerarquizada del sistema normativo. **Tales acotamientos se preservan con la técnica de la competencia y no de la jerarquía** que siempre produce la consecuencia de no reconocer validez a las regulaciones que se extralimitan del ámbito material que tienen atribuido”. (El énfasis es nuestro)

Muñoz Machado (2015:36) agrega que, "Insistimos, por tanto, en que la caracterización de la ley, en el sistema de unidad de la ley, por las notas de su origen y raigambre en la voluntad popular y por la forma que adopta, **ha sido sustituida por un sistema de pluralidad de leyes en cuyo marco se diversifica el origen de las normas y se admiten diversas expresiones formales de las mismas.** Este es un cambio muy importante, pero no es menos decisiva la circunstancia de que para reconducir a la unidad el ordenamiento jurídico, evitando confrontaciones entre normas, es necesario recurrir a criterios materiales para la atribución a cada uno de los poderes normativos

originariamente legitimados en la Constitución un bloque de competencias propias. (El énfasis es nuestro)

Producto de la pluralidad de normas primarias no existe más una univocidad en lo que se refiere a la fuerza de ley. Las normas primarias que detenten esta “fuerza” no gozarán del atributo absoluto de innovar cualquier punto del ordenamiento preexistente, y tampoco podrán resistir toda fuerza innovadora de una norma ulterior que detente también este mediatizado concepto de fuerza de ley. Ello en rigor, obedece a la naturaleza competencial y material que corresponde a la ley de que se trate y que también

se vincula con los fines que esta puede perseguir por mandato del ordenamiento.

Nuestro Tribunal Constitucional ha elaborado sobre esta pluralidad de distintos tipos de “leyes”, precisando lo siguiente:

“En el constitucionalismo decimonónico, la noción de “fuerza de ley” estuvo ligada a la idea de la ley como expresión de la voluntad general, es decir, como una propiedad derivada de su ubicación como la norma cimera del ordenamiento jurídico. Ésta, a su vez, reconocía a la expresión de la voluntad popular, por medio de sus representantes –la ley–, dos cualidades. Por un lado, una fuerza activa, consistente en la capacidad ilimitada de innovar el ordenamiento

jurídico, y, por otro, una fuerza pasiva, es decir, la capacidad de resistir frente a modificaciones o derogaciones que procediesen de otras fuentes del derecho que no tuviesen sus mismos atributos.

Evidentemente, una dimensión semejante de la noción de “fuerza de ley”, hoy no es de recibo en el Estado Constitucional de Derecho. En éste, en efecto, la posición de la norma suprema ya no la ocupa la ley, sino la Constitución. Y aunque el legislador democrático goza de una amplia discrecionalidad para ejercer la función legislativa, es claro que su capacidad para innovar el ordenamiento jurídico está condicionada por los límites formales, materiales

y competencias que se deriven de la Constitución, que es la *Lex legum*.

Desde luego que no es sólo la fuerza activa de la ley la que ha tenido que replantearse a partir del establecimiento de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico. Otro tanto, ahora, cabría afirmar con relación a su fuerza pasiva. La multiplicación de fuentes normativas con el mismo rango ha supuesto que la modificación, suspensión o derogación de la ley, no necesariamente tenga que provenir de otra ley en sentido formal, esto es, de la que el Parlamento pueda aprobar; sino, también, de aquellas otras fuentes normativas que, en el ordenamiento, tienen su mismo rango, como el

decreto de urgencia o el decreto legislativo, y dentro, por supuesto, de los límites que la Constitución les impone.

En buena cuenta, la multiplicación de fuentes normativas con el mismo rango de la ley ha supuesto que, en el Estado constitucional de derecho, ya no se pueda hablar de “fuerza de ley” como una cualidad adscribible únicamente a la ley en sentido formal, sino como una que se puede predicar de todas las categorías normativas que con el rango de ley se hayan previsto en la Constitución. Una capacidad de innovar el ordenamiento, pero también de resistir modificaciones, derogaciones o suspensiones,

que varía según la fuente de que se trate”.

**(EXP. N.º 005-2003-AI/TC)**

En otra sentencia, aunque aludiendo solo a la Ordenanzas municipales, el Tribunal ha resuelto 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” (Exp. N. ° 0047-2004-AI/TC)

El artículo 51 de la Constitución dispone lo siguiente:

“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”.

Aparentemente y de una primera lectura, pareciera que este artículo diseña una pirámide jerárquica donde todas las fuentes formales están incardinadas en un riguroso plano de naturaleza vertical. No estamos de acuerdo con esta

interpretación, pues ello, señaladamente, supondría dejar de lado otros criterios de incardinación, notablemente la idea de competencia y la así llamada función constitucional.

Así las cosas, creemos que cuando el citado artículo 51 se refiere a que la “Ley” prevalece sobre normas de inferior jerarquía, entendemos que no alude únicamente a la ley formal emitida por el Congreso, sino a la pluralidad de tipos de leyes, en su mayoría provenientes de otros ordenamientos, por ejemplo del orden territorial. Todos estos tipos de Leyes están incardinadas en un plano horizontal de lateralidad y equidistantes a la Constitución. El criterio de jerarquía sí

resultará de aplicación en la relación entre la pluralidad de leyes con sus respectivas normas subordinadas (reglamentos) dentro de su propio ordenamiento. Así, por ejemplo, la relación jerárquica entre ley congresal y decreto supremo, entre ordenanza regional y decreto regional y entre ordenanza municipal y decreto de alcaldía.

Resulta valioso citar a Francisco Rubio Llorente (1983-420) cuando expresa que:

“(La Ley), que de ser concepto específico, comprensivo sólo de una clase de normas homogéneas, ha pasado a ser un concepto genérico, casi un supra-concepto, en el que se incluyen normas, que si bien proceden en todos

los casos de órganos representativos, tienen muy diversas características jurídicas.”

“ (...) Cabe pensar que este elemento o nota común de las disposiciones de distinto origen en el que el rango o el valor (de ley) consisten, **estriba sólo en la susceptibilidad, que todas estas disposiciones con rango o valor de ley tienen por igual, de ser sometidas a control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.**” (El énfasis es nuestro)

Y Rubio Llorente (1983:421) agrega sobre el mismo tema lo siguiente:

“Para despejar al menos en parte la equivocidad hay que precisar aún más el contenido del concepto, que queda así bien magro, **indicando**

**que lo que caracteriza a las normas con rango o valor de ley es el hecho de ser las únicas que pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional a través del recurso o cuestión de inconstitucionalidad”. (El énfasis es nuestro)**

Dado que Rubio Llorente lo alude en otro lugar de su texto, nosotros seguimos a Umberto Eco quien diría, “De la rosa nos queda únicamente el nombre”.

### ***3.-La función constitucional***

Pero ha de quedar en claro que tal reparto de competencias materiales, de los fines que se

pueden perseguir y, de ser el caso, el diseño de las fuentes normativas, no siempre será limpio. Pueden existir y de hecho se dan, conflictos internormativos que desde el solo texto de la Constitución no podrán resolverse. Es precisamente por ello, que el Bloque de la constitucionalidad –previa remisión expresa constitucional- ha de desarrollar y en la medida de lo posible, agotar, el reparto de competencia, los fines que puede perseguir la entidad de que se trate, y en su caso, el diseño de fuentes.

Así, pues, las normas con valor de Ley que integran el Bloque de la Constitucionalidad cumplirán *prima facie* la “función constitucional” de llevar a cabo o agotar en la

medida de lo posible, el reparto de competencias y los fines que pueden perseguir esbozados por la Constitución, y en su caso, completar el diseño de fuentes. **Para tal efecto, siempre habrá de mediar una remisión expresa de la Constitución.** Pero hay más.

De suscitarse una antinomia competencial, el Tribunal Constitucional, además de aplicar la Constitución, ponderará estas normas colisionadas con la Ley o Leyes integrantes del Bloque constitucional que corresponda. De este modo se determinará cuál es la entidad competente. No cabe duda que en este caso tales leyes al actuar como parámetros de

constitucionalidad, cumplirán *per se* una función constitucional.

Esta “función constitucional” ha sido recogida en el artículo 78 del nuevo Código Procesal Constitucional, que a la letra dice, “Principios de interpretación. Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, por remisión expresa de la constitución, 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.”

Resulta válido citar a GOMEZ FERRER MORANT (1987:23) cuando este alude al artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, artículo este que no es más que el equivalente al citado artículo 78, señalando que, **este precepto pone de manifiesto que existen determinados tipos de leyes que cumplen, de acuerdo con la Constitución, una función que las sitúa en una posición de superioridad respecto de otras.** (El énfasis es nuestro).

Se configura, pues, una sujeción más fuerte del juez a las leyes que cumplen una “función constitucional”. Esto es un aspecto que de algún

modo se refiere a la “supremacía” o “superioridad” de tales Leyes.

El Tribunal Constitucional define la función constitucional en el sentido de,

(...) desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos. TCEXP. N.º 0013-2003-CC/TC

De otro lado, resulta pertinente precisar que cuando la Constitución remite al legislador, sea

orgánico u ordinario, el agotamiento del reparto de competencias y con ello, los fines que se puedan perseguir y el diseño de fuentes, decimos que esta remisión otorga un ámbito mucho más amplio u holgado que el que detenta el reglamento con relación a la ley que el mismo reglamenta. Así, el Tribunal Constitucional ha dispuesto que:

“Siendo clara la distinción existente entre la relación Constitución-ley y la relación ley-reglamento, a diferencia de la segunda, **en la primera el legislador no es mero ejecutor de la Constitución sino el órgano que en base a los límites constitucionales goza de un amplio margen de libertad para dictar leyes, no sólo**

**desarrollando la Norma Fundamental sino, en muchos casos, concretando determinadas opciones políticas (...).” EXP. N.º 00023-2005-PI/TC (El énfasis es nuestro)**

Ahora bien, cómo justificar o hallarle razonabilidad a esta supremacía o primacía – nunca jerarquía- de las leyes que integran el Bloque de la constitucionalidad con relación al resto de las normas con rango de ley.

Al respecto, es de precisar lo siguiente:

**Las relaciones entre las leyes del Estado no pueden explicarse únicamente en virtud del principio de competencia o de jerarquía. Es preciso complementarlos con la idea de la función que cumple cada Ley en el sistema**

**jurídico, de acuerdo con la Constitución, que es la clave para dar razón de la superioridad de unas leyes sobre otras, en los supuestos en que ni uno ni otro principio permitan resolver cuál es la Ley que debe prevalecer cuando dos o más leyes inciden en la regulación de una misma materia. GOMEZ FERRER- MORANT (1987:23)**

Resulta ilustrativo, aun cuando se refiera al ordenamiento español, señalar lo que Santiago Muñoz Machado, citado por Rubio Llorente (1989:13), afirma sobre cómo opera la función constitucional, y cómo está conformado el Bloque de la constitucionalidad, el mismo que ha sido importado por el Derecho peruano:

« (Son) los instrumentos normativos que, junto con la Constitución, y como complemento de ésta, es preciso tener en cuenta en todo momento para determinar con exactitud el régimen de una determinada competencia en el sentido de si pertenece al Estado o a las Comunidades Autónomas, y en qué sentido.»

En nuestro Derecho, el profesor LANDA ARROYO (1995-230) alude al Bloque de la Constitucionalidad del modo siguiente:

“Este conjunto normativo forma un bloque de constitucionalidad, porque las normas constitucionales abiertas sobre regionalización, deben ser complementadas por el conjunto de disposiciones fundamentales sobre dicha

materia, a fin de que constituyan un parámetro para apreciar la validez y límite del ejercicio de las potestades normativas tanto centrales como regionales, señaladas en la Constitución.”

Por nuestra parte diremos que queda claro que el Bloque de la Constitucionalidad, al agotar el reparto de competencias y con ello delimitar los fines que la entidad puede perseguir además del diseño de fuentes, cumple doblemente una función constitucional, informando así todo el sistema normativo. Es por ello que la incardinación en el ordenamiento jurídico del aludido bloque no puede explicarse a través del principio de jerarquía o la idea de competencia. Dada la función constitucional que despliega tal

bloque, es esta función la que ha de dar razón sobre su incardinación o posicionamiento en el ordenamiento nacional. De lo hasta aquí expresado resulta nítido que en caso que una ley contravenga las disposiciones del bloque, ella deberá ser declarada inconstitucional y purgada del ordenamiento. Y tal inconstitucionalidad no será un agravio indirecto a la Constitución. Será una contravención directa a la Constitución, pues es ésta la que reenvía o encomienda al Bloque, mediante remisiones expresas, la tarea constitucional de culminar el reparto de competencias y el diseño de fuentes. Así, estamos ante un claro mandato o encargo constitucional, que es agraviado cuando no se

respetan las disposiciones contenidas en la Constitución y el Bloque de la Constitucionalidad producto este último de tal mandato o encargo. (Tafur Charun 2015: 31-32)

Entonces, el Bloque de la Constitucionalidad, en virtud del reenvío que ha dispuesto la Constitución de modo expreso para completar la organización del Estado, cumple una especial función de naturaleza constitucional, dentro del sistema jurídico que lo termina situando en una posición “cualitativamente superior” (nunca jerárquica) respecto no sólo a la normatividad que genere la institución a la cual regula, sino además de la generalidad de fuentes integrantes del resto de ordenamientos. Por ello estas leyes

integrantes del Bloque de la Constitucional, rigurosamente subordinadas a la Constitución, se ubican al tope de cada ordenamiento constituido por las instituciones generadoras de normatividad jurídica con valor de Ley. (Tafur Charun 2015:32)

Cuando la Constitución otorga el ejercicio de una competencia a una entidad “*de acuerdo a ley*”, ha de entenderse que tal remisión se considera hecha al Bloque de la constitucionalidad. Estamos frente a una relación entre el Bloque de la constitucionalidad y el resto de leyes “ordinarias” que es informada precisamente por el criterio de “función constitucional”. Repetimos: no estamos frente a una relación de

jerarquía o competencia. En suma, se trata una relación de “superioridad cualitativa”, inmersa en una división vertical.

De este modo y siempre con la finalidad de que no se tenga que recurrir constantemente al sofisticado mecanismo de reforma constitucional, además de la imposibilidad constitucional y fáctica de agotar las materias (fuente – competencia), es que se diseñan en los diversos sistemas jurídicos ciertas leyes ordinarias –en el sentido más lato que permite la expresión- que por su contenido y función material (constitucional) son auténticas leyes cuasi-constitucionales o interpuestas. Gómez Ferrer Morant (1987:15) hubiera aludido a “la

idea de la Constitución como un consenso entre las fuerzas políticas, que no se acaba en sí mismo”.

#### ***4.-Colofón***

a) Sobre todo lo aquí elaborado son didácticas las siguientes expresiones de RUBIO LLORENTE (1983-430):

“Lo que caracteriza a la ley como forma superior (bajo la Constitución) de creación del Derecho en un sistema democrático es su modo de elaboración en el Parlamento, a través de la discusión y de la negociación entre las distintas fuerzas políticas y en presencia constante de la

opinión pública. Las materias reguladas por ley, las que constituyen la reserva de ley, deben ser todas aquellas y sólo aquellas respecto de las que resulte esencial este procedimiento de discusión pública y transacción entre las distintas fuerzas políticas presentes en la Cámara.”

b) Y citamos a GARCIA DE ENTERRIA, cuando define el valor y la naturaleza de la ley, tal vez como quien da un grito desesperado en la noche de los tiempos y pretende preservar la memoria del bien perdido y luego de una muerte fecunda, hallar un nuevo paradigma, un concepto de ley, un nuevo concepto de ley del que, *tal vez*, únicamente nos queda el nombre:

“Es verdad que la ley no es ya el único instrumento para la regulación social, pero la ley sigue siendo insustituible. La Ley es tal porque ha sido querida por el pueblo, a través de su representación parlamentaria, y eso tiene un valor básico por sí solo. La democracia no admite ya otro sistema de regulación o, si se prefiere, las sociedades democráticas siguen siendo, y esto está en la esencia de su ideario, sociedades autorreguladas, que no admiten instancias externas, sean monarcas o poderes absolutos o ungidos por cualquier mito o por cualquier elección, o jueces pretendidamente redentores o iluminados, auto-investidos como representantes

de cualquier ideología, doctrina o tradición histórica”. (Tafur Charun 2015:89)

c) En el mismo tenor, es de citar a Francisco Caamaño Domínguez, cuando se refiere a la Ley del siguiente modo:

“Ley es la norma rectora que, dentro de un determinado ámbito de decisión, expresa jurídicamente, a través de una regulación normativa, la voluntad política de un órgano democráticamente legitimado por la comunidad para llevar a cabo ciertas políticas públicas de su interés e incumbencia. Expresado en otros términos: el concepto de autonomía política puede considerarse vinculado al de potestad legislativa, siempre que esta última sea entendida

en un sentido material, esto es, como el poder de emanar normas para la comunidad dictadas por un órgano formado por representantes de la comunidad para la que se dictan.”(Tafur Charun: 2015:90)

d) Finalmente, y tomando en parte las palabras de Santiago Muñoz Machado (2015:167) es de precisarse que las competencias que corresponden al Gobierno nacional son la concreción del interés general. Los entes territoriales por su parte ejercen las competencias que se refieren a su interés respectivo. Es normalmente muy difícil de establecer una separación absoluta entre el interés general y los intereses respectivos de cada uno de los entes

territoriales autónomos. Los intereses de estos son siempre, en alguna medida, también intereses generales. Y los intereses generales que el Gobierno nacional custodia afectan y tienen repercusiones que conciernen también a los entes territoriales. **Por todo ello, los repartos de competencias entre el Gobierno nacional y los entes territoriales no pueden emplear fórmulas de asignación que supongan una separación estricta o absoluta entre las esferas de interés de cada uno de los poderes implicados. No existe ni puede existir separación absoluta. Ha de prevalecer el principio de unidad.** (El énfasis es nuestro)

## ***Bibliografía***

García de Enterría, Eduardo. (1981). “La posición del Tribunal Constitucional en el sistema español. Posibilidades y perspectivas”. En Revista Española de Derecho Constitucional No. 1, Enero / Abril, 1981.

García de Enterría, Eduardo. (1983) “El Ordenamiento Estatal y los Ordenamientos Autonómicos: Sistema de Relaciones”. En Revista de Administración Pública, Madrid Nos. 100 – 102. .

García Toma, V. (2015). La Constitución y el sistema jurídico nacional. *THEMIS Revista De Derecho*, (67), 23-37. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14454>

Gómez Ferrer Morant, R. (1987) “Relaciones entre Leyes: Competencia, jerarquía y Función Constitucional. En Revista de Administración Pública Núm. 113. Mayo-agosto 1987.

Landa Arroyo, C. (1995) “Crisis del positivismo constitucional”. En Pensamiento Constitucional No. 6, año VI, 1995)

Muñoz Machado, Santiago. (2015) Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General. Tomo VI. La Ley. En [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.phpT?id=PUB-PB-2015-69](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.phpT?id=PUB-PB-2015-69)

Royo, Javier.(1985)“Las Fuentes del Derecho”, Madrid, Ed. Tecnos, 1985.

Rubio Llorente, Francisco. (1983) “Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley”. En Revista de Administración Pública Nos. 100 – 102, Enero / Diciembre, 1983.

Rubio Llorente, Francisco. (1989) “El Bloque de constitucionalidad”. Revista Española de Derecho Constitucional Año 9. Núm. 27. Septiembre-Diciembre 1989

Tafur Charun, Emilio. (2015) “Las fuentes de producción normativa en la Constitución de 1993. (Jerarquía, competencia y función constitucional)”. Biblioteca de Derecho Mario Castillo Freyre.