



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 213/2022

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de junio de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Augusto Alfredo Flores Marín contra la resolución de fojas 410, de fecha 8 de setiembre de 2021, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de setiembre de 2018, don Augusto Alfredo Flores Marín interpone demanda de amparo contra el Poder Judicial, más específicamente contra el Segundo Juzgado Civil Transitorio de la Provincia de Huaura, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura y la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República; asimismo, dirige su demanda contra el Ministerio del Interior y la Dirección General de la Policía Nacional del Perú.

El amparista solicita que se declare la nulidad de: (1) la Resolución 81 (f. 73), sentencia de fecha 14 de octubre de 2016, que declaró infundada en todos sus extremos la demanda contencioso-administrativa que interpuso solicitando que se acate y se dé cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto de Urgencia 213-90-EF y, por ende, que se emitan las respectivas resoluciones reconociendo las remuneraciones pensionables así como el abono de los devengados mensuales que le corresponde en función a sus grados; (2) la Resolución 91 (f. 78), sentencia de vista de fecha 5 de mayo de 2017, que confirmó la Resolución 81; y (3) la Casación 11899-2017 HUAURA (f. 82), de fecha 23 de abril de 2018, que declaró improcedente el recurso de casación interpuesto contra la Resolución 91. Alega la vulneración de sus derechos a la igualdad ante la ley, a la tutela procesal efectiva, a la remuneración y a la pensión, así como el principio *in dubio pro operario*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

Sostiene que se vulneraron estos derechos debido a que la judicatura ordinaria le negó la posibilidad de acceder al incremento salarial y pensionable contemplado en el Decreto Supremo 213-90-EF. En relación con el derecho a la igualdad ante la ley, indica que este fue vulnerado porque, a pesar de que a él se le impidió acceder a lo dispuesto en el Decreto Supremo 213-90-EF, a otras personas sí se les permitió. Asimismo, cuestiona la motivación contenida en las resoluciones judiciales indicadas, básicamente, porque expresan: (a) que el mencionado decreto supremo no tiene vigencia (a pesar de que este nunca fue derogado y que existen diversas resoluciones judiciales y administrativas que lo aplican); (b) que toda norma debe ser publicada para que surta efectos (obviando que el Decreto Supremo 213-90-EF tenía la calificación de “secreta” y, por ende, no fue publicado por razones de Estado; adicionalmente a ello, el decreto sí fue divulgado y tuvo “obligatoriedad, efectividad, vigencia y ejecutoriedad”); y (c) que el accionante no logró sustentar suficientemente su pretensión (a pesar de que adjuntó resoluciones en las que se aplicó la referida normativa, así como el Informe 2229-2008-EF/60.01, de fecha 30 de octubre de 2008, expedido por la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas, elaborado a solicitud del recurrente, en el que se indicó que el referido decreto “tenía la calificación de SECRETO y no ha sido modificado ni derogado por norma alguna”). Respecto del principio *in dubio pro operario*, aduce que si la aplicación del Decreto Supremo 213-90-EF no era clara para los jueces ordinarios, estos debieron haber optado por la interpretación que sea más favorable para el trabajador. Por último, asevera que, como consecuencia de lo anterior, finalmente se ha vulnerado su derecho a percibir los montos remunerativos y pensionables establecidos por el citado decreto supremo.

A través de la Resolución 1 (f. 105), de fecha 19 de setiembre de 2018, el Primer Juzgado Civil – Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Huaura declaró la improcedencia de la demanda, al considerar que lo alegado no se refiere al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados; sin embargo, mediante Resolución 15 (f. 283), de fecha 3 de julio de 2019, la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura declaró nula la Resolución 1 y ordenó a la judicatura de primer grado admitir la demanda a trámite y emitir nueva resolución conforme a ley.

El Primer Juzgado Civil – Sede Central de la Corte Superior de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

Justicia de Huaura, mediante Resolución 25, de fecha 18 de setiembre de 2020 (f. 332), declaró improcedente la demanda. Considera que las resoluciones cuestionadas se encuentran debidamente motivadas, se sustentan en hechos comprobados y salvaguardaron los derechos procesales de las partes; por ende, no atentan contra el debido proceso. Aduce que establecer que el Decreto Supremo 213-90-EF no se encuentra vigente no es discriminatorio. En relación con el principio *in dubio pro operario*, arguye que no existió ninguna duda, sino que se determinó en forma indubitable que el indicado decreto supremo no era aplicable al demandante. Enfatiza que el recurrente pretende cuestionar el criterio jurisdiccional de los magistrados demandados; asimismo, que se revise el fondo de la controversia, que versa principalmente sobre la vigencia del Decreto Supremo 213-90-EF, lo cual no puede plantearse en el presente proceso, pues este no constituye una tercera instancia o grado.

La Primera Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, mediante Resolución 31, de fecha 8 de setiembre de 2021, confirmó la Resolución 25. En relación con el derecho a la tutela procesal efectiva, considera que las decisiones judiciales se encuentran debidamente motivadas. Sobre la alegada trasgresión del principio constitucional *in dubio pro laboro u operario*, indica que la decisión judicial de primer grado no se basó en ninguna duda, por lo que es acertada en este extremo. En relación con los derechos a la remuneración y pensión, estima que las resoluciones inaplicaron el Decreto Supremo 213-90-EF cuestionando su vigencia, y no los supuestos establecidos en esta disposición, lo cual no cabe ser revisado a través del amparo, pues no es una instancia o grado judicial más del proceso ordinario.

FUNDAMENTOS

Petitorio y determinación del asunto controvertido

1. El recurrente interpone demanda de amparo contra las resoluciones judiciales emitidas en el marco de un proceso contencioso-administrativo seguido contra el Ministerio del Interior y la Dirección General de la Policía Nacional del Perú, vía en la que solicitó que estas instituciones acaten y den cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto de Urgencia 213-90-EF, y que, en consecuencia, emitan las resoluciones administrativas que reconozcan sus remuneraciones pensionables y el abono de los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

devengados mensuales que le corresponde en atención a los grados que desempeñó. Solicita que se declare la nulidad de la Resolución 81, sentencia de fecha 14 de octubre de 2016, emitida por el Segundo Juzgado Civil Transitorio de la Provincia de Huaura, que declaró infundada la demanda contencioso-administrativa que interpuso; de la Resolución 91, sentencia de vista de fecha 5 de mayo de 2017, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que confirmó la Resolución 81; y de la Casación 11899-2017 HUAURA, de fecha 23 de abril de 2018, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, que declaró improcedente el recurso de casación.

2. Cuestiona que no se le haya aplicado el Decreto Supremo 0213-90-EF, pues los órganos jurisdiccionales indicaron que este jamás fue publicado y, por ende, que no entró en vigor. En lo esencial, el recurrente alega que el mencionado decreto no fue publicado porque tenía la condición de secreto, que hasta el momento no ha sido derogado por lo que se encuentra vigente y, además, que ha sido aplicado en beneficio de otras personas por distintos órganos administrativos y jurisdiccionales. Considera que, con base en lo antes indicado, fueron vulnerados sus derechos a la igualdad ante la ley, a la tutela procesal efectiva, a la remuneración y a la pensión, así como el principio *in dubio pro operario*.

Sobre la procedencia del amparo contra actuaciones y resoluciones judiciales

3. Nuestro ordenamiento constitucional admite la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales. Si bien la Constitución prescribe que el amparo “[n]o procede contra (...) resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular” (artículo 200, inciso 2), se ha entendido tempranamente que *a contrario sensu* sí cabe el amparo contra resoluciones judiciales cuando provengan de “procesos irregulares”.
4. El artículo 9 del Nuevo Código Procesal Constitucional indica, de manera más específica, que el amparo contra resoluciones judiciales firmes procede cuando hayan sido dictadas con “manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva”. De manera complementaria, este Tribunal ha enfatizado que a través de los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

procesos de amparo contra resoluciones judiciales pueden cuestionarse decisiones judiciales que vulneren no únicamente los derechos procesales constitucionales mencionados en el artículo 9 del Nuevo Código Procesal Constitucional, sino cualquier derecho fundamental. De este modo, la “irregularidad” de una resolución judicial o el “manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva” que habilita a presentar una demanda de amparo contra resolución o proceso judicial conforme a la Constitución, se produciría “cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental y no sólo en relación con los supuestos contemplados en el artículo 4 del CP Const. [ahora artículo 9 del nuevo Código Procesal Constitucional]” (cfr. Resolución emitida en el Expediente 03179-2004-AA/TC, fundamento 14).

5. En el presente caso, el recurrente cuestiona las resoluciones judiciales debido a que, según sostiene, han transgredido sus derechos a la igualdad ante la ley, a la tutela procesal efectiva (y, de manera más específica, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales), a la remuneración y a la pensión, y el principio *in dubio pro operario*.
6. En relación con el derecho a la igualdad ante la ley, el recurrente argumenta que hay otras personas a las que, a diferencia de lo ocurrido con él, sí se les aplicó y reconoció el régimen dispuesto por el Decreto Supremo 0213-90-EF. Al margen de la discusión sobre si las decisiones cuestionadas se encuentran bien o mal motivadas, en los hechos se alega que se habría vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, porque otros casos sustancialmente iguales fueron resueltos de manera distinta. Para realizar esa evaluación, en un siguiente apartado será necesario explicitar cuál es el contenido constitucionalmente protegido del *derecho a la igualdad en la aplicación de la ley*, así como las pautas que este Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia para evaluar si, efectivamente, existió una trasgresión del mencionado derecho, para luego de ello proceder a analizar la vulneración *iusfundamental* que se denuncia.
7. En relación con los demás derechos invocados (tutela procesal efectiva, con especial énfasis en la motivación de resoluciones judiciales; remuneración y pensión, así como el principio *in dubio pro operario*), todas esas alegaciones están relacionadas con la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

objeción que formula el recurrente a la fundamentación judicial que concluye la falta de vigencia del Decreto Supremo 0213-90-EF. En efecto, de manera sucinta, se advierte que el recurrente cuestiona los argumentos planteados por la judicatura sobre este asunto y, por ello, considera que las resoluciones se encuentran deficientemente motivadas (pues no se tomó en cuenta lo planteado y acreditado por el recurrente), y que lesionaron el principio *in dubio pro operario* (pues, si no era claro si debía aplicarse el Decreto Supremo 0213-90-EF, debió tomarse la decisión que sea más beneficiosa para el justiciable), todo lo cual finalmente ha repercutido negativamente en su pretensión de que se le reconozca las remuneraciones pensionables y el abono de los devengados mensuales correspondientes en atención a sus grados.

8. Ahora bien, sentado lo anterior, es necesario preguntarse si este extremo planteado por el recurrente puede discutirse en esta vía. Al respecto, como ya fue explicado en diversas ocasiones, la judicatura constitucional no puede avocarse a conocer cualquier problema o cuestionamiento relacionado con la justificación de decisiones judiciales, en la medida en que “la competencia de la justicia constitucional está referida a asuntos de relevancia constitucional” (cfr. Sentencia 00445-2018-PHC/TC). En este sentido, como tantas veces se ha indicado, los procesos constitucionales no pueden ser utilizados como una especie de “cuarta instancia” en la que se continúen discutiendo asuntos de mera legalidad, que ya fueron resueltos por los jueces o juezas de la jurisdicción ordinaria, a menos de que exista una cuestión constitucional involucrada que sea de competencia de la judicatura constitucional en los términos precisados antes.
9. De una revisión de lo pretendido, una primera impresión sugeriría que la discusión propuesta por el demandante podría parecer reservada a la judicatura ordinaria, pues a ella le corresponde la determinación de las disposiciones legales pertinentes aplicables a casos como este, en los que se discute la actualización o el pago de devengados de pensiones o remuneraciones; máxime cuando es claro que la discusión gira en torno a la aplicabilidad o no de una norma de rango infralegal (el Decreto Supremo 0213-90-EF). Sin embargo, tal como fue indicado, la judicatura constitucional adquiere competencia si las decisiones judiciales tienen connotaciones que se relacionan, de manera manifiesta, con



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

cuestiones de carácter constitucional o, más precisamente, si se trata de supuestos de motivación constitucionalmente deficitaria (es decir, cuando se presentan los denominados déficits referidos a derechos fundamentales u otros bienes constitucionales).

10. Como fue expuesto previamente, los órganos jurisdiccionales han considerado que el Decreto Supremo 0213-90-EF no se encuentra vigente, debido a que nunca fue publicado. Desde luego, esta cuestión tiene una innegable relevancia constitucional, en la medida en que está relacionada con la adecuada determinación de la premisa normativa y, adicionalmente, alude a un déficit relacionado con el principio de legalidad (en efecto, si en una resolución judicial se llega a aplicar una norma inexistente o derogada, el silogismo judicial carecería de su premisa normativa y, por ende, existiría una indebida motivación). Asimismo, lo anterior está estrechamente relacionado con una perspectiva de la Constitución entendida como “fuente de fuentes”, es decir, como “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” (Sentencia 00047-2004-AI/TC, fundamento 9).
11. Por tanto, también respecto de este extremo corresponde emitir un pronunciamiento sobre el objeto y contenido (acerca del fondo de la controversia), para lo cual resultará necesario realizar previamente algunas precisiones relacionadas con la publicidad y la vigencia de las normas, que coadyuven a evaluar y resolver adecuadamente la cuestión planteada.

Derecho fundamental a la igualdad y la igualdad en la aplicación de la ley

12. El derecho a la igualdad aparece reconocido en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución. Entre las diversas posiciones que se encuentran garantizadas por este derecho deben mencionarse, siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los derechos a la *igualdad en el contenido de la ley* (las normas deben tratar por igual los supuestos iguales y regular tratos diferenciados únicamente cuando ello se encuentre constitucionalmente justificado); a la *igualdad en la aplicación de la ley* (la administración y la judicatura deben aplicar de igual manera el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

Derecho, y resolver de igual modo, cuando se enfrenta a supuestos sustancialmente iguales); a la *no discriminación* (no cabe tratamientos diferentes con base en las denominadas “categorías sospechosas”, aquellas mencionadas expresamente en la Constitución y otras análogas); así como a la *igualdad material o sustantiva* (contenido que es realizado a través de medidas temporales de igualación positiva, políticas de inclusión social, trato deferente a grupos o personas que enfrentan desigualdades estructurales, ajustes razonables individualizados, etc.). Debe además tenerse presente que este Tribunal ya ha precisado que el derecho a la igualdad también implica el *respeto de las diferencias* y, por ende, tiene como correlato la obligación de garantizar el igual respeto a cada quien, no obstante (o, mejor aún, debido a) las diferencias individuales o colectivas (Sentencia 03158-2018-PA/TC, fundamento 16).

13. En el presente caso, el demandante aduce que se habría vulnerado, específicamente, su *derecho a la igualdad en la aplicación de la ley*, pues en otros casos sí se habrían otorgado los derechos contenidos en el Decreto Supremo 0213-90-EF, no obstante, a él se le ha negado ello en sede judicial.
14. Este Tribunal ha precisado en su jurisprudencia que el derecho a la *igualdad en la aplicación de la ley* exige que un mismo órgano jurisdiccional, al aplicar una ley o una disposición de una ley, no lo haga de manera diferenciada, o basándose en condiciones personales o sociales de los justiciables (Sentencia 01172-2013-PHC/TC, fundamento 2). En este sentido, la aplicación de la ley “se dirige a garantizar que, en la aplicación de las leyes a casos sustancialmente análogos, los justiciables reciban un pronunciamiento jurisdiccional que no anide tratamientos diferenciados que carezcan de base objetiva y razonable” (Sentencia 01211-2006-AA/TC, fundamento 20).
15. En similar sentido, este Tribunal ha expresado que los órganos administrativos o judiciales “al momento de aplicar la ley, no deban atribuir una consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales”, sino que “la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

encuentren presentes en la ley” (Sentencia 00004-2006-AI/TC, fundamento 124). De este modo, se ha declarado que “Ningún particular puede ser discriminado o tratado diferenciadamente por los órganos –judiciales o administrativos– llamados a aplicar las leyes” (Sentencia 01755-2006-AA/TC, fundamento 3).

16. Sobre la igualdad en la aplicación de la ley, es necesario precisar que, de similar manera a cómo el Tribunal Constitucional ha formulado el *test de igualdad* en relación con la *igualdad en el contenido de la ley*, con el propósito de analizar si se produjo o no alguna vulneración *iusfundamental*. En el caso de la *igualdad en la aplicación de la ley* también se ha formulado un específico examen, con la finalidad de verificar si ese derecho se encuentra *prima facie* comprometido y, de ser el caso, si la eventual intervención *iusfundamental* es compatible o no con la Constitución.
17. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (cfr. Sentencia 02039-2007-AA/TC, fundamento 9, Sentencia 01279-2002-AA/TC, fundamento 4; Sentencia 01408-2017-PHC/TC, fundamento 10 y 11) este *test de igualdad en la aplicación de la ley* está compuesto del siguiente modo:
 - (a) La aplicación de la ley debe provenir de un mismo órgano (Resolución 04775-2006-AA/TC, fundamento 4, y Resolución 00759-2005-AA/TC, fundamento 4). Más específicamente, ha indicado que “no sólo es preciso que se trate del mismo órgano judicial, sino que, adicionalmente, éste tenga la misma composición, de modo que la no expresión de las razones del cambio de criterio refleje el tratamiento arbitrario que el derecho a la igualdad no tolera, lo que no sucede en todos aquellos casos en los que pese a tratarse del mismo órgano judicial colegiado, la composición de sus jueces es distinta, pues en tales casos el cambio de criterio del órgano debe considerarse como ejercicio de la autonomía judicial que también la constitución garantiza a todos los jueces del Poder Judicial” (Resolución 02373-2005-AA/TC, fundamento 3; cfr. Sentencia 04293-2012-PA/TC, fundamento 23 y Sentencia 01211-2006-AA/TC, fundamento 25).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

- (b) Debe existir identidad sustancial entre los supuestos de hecho resueltos (Sentencia 04235-2010-PHC, fundamento 52). Al respecto, en su jurisprudencia, este Tribunal Constitucional ha precisado que debe existir “una sustancial identidad entre los supuestos de hecho resueltos por el órgano administrativo en forma contradictoria”, y ha resaltado además que “[t]al identidad de los supuestos de hecho (...) no tiene por qué ser plena. Basta que existan suficientes elementos comunes como para considerar que los supuestos de hecho enjuiciados son jurídicamente iguales y que, por tanto, debieron merecer una misma aplicación de la norma” (Sentencia 01279-2002-AA/TC, fundamento 4).
 - (c) Debe demostrarse la existencia de una “línea constante” de interpretación y aplicación de las normas (Sentencia 04993-2007-AA/TC, fundamento 32), que hace de “término de comparación válido” para el caso de la igualdad en la aplicación de la ley. En efecto, como ha dicho el Tribunal, en este caso el término de comparación se refiere a “la existencia de una o varias decisiones, previas o de la misma fecha, donde ante hechos similares y frente a una norma aplicable, el caso se haya resuelto de una manera contraria a la resolución judicial que se cuestiona” (Sentencia 01211-2006-AA/TC, fundamento 24).
 - (d) No debe existir una adecuada motivación que justifique el cambio de tendencia. En este sentido, debe verificarse si se ofrece alguna motivación que justifique el cambio de criterio o la diferencia de trato entre unos casos y otros. Es por ello que no se encuentra justificada la decisión administrativa o jurisdiccional que resuelve un caso equivalente en sentido distinto, “sin expresar razones objetivas y razonables que justifiquen el tratamiento diferenciado realizado” (Sentencia 01211-2006-AA/TC, fundamento 30).
18. En lo que corresponde al presente caso, este Tribunal observa que si bien el recurrente ha adjuntado algunas resoluciones judiciales, estas han sido emitidas por órganos muy diversos entre sí (Quinta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, Juzgado Mixto del Módulo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

Básico de Justicia de Motupe, Juzgado Civil de Tarapoto, Juzgado Mixto Penal Unipersonal de San Ignacio de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque), respecto de causas muy distintas entre sí (e inclusive adjuntó diversas resoluciones directorales), por lo que es claro que, con base en el *test de igualdad en la aplicación de la ley*, dichas resoluciones (que no provienen del colegiado cuestionado, las cuales no se refieren todos ellos a casos sustancialmente iguales, que no acreditan jurisprudencialmente una línea constante, etc.) no pueden ser tomadas en cuenta como un parámetro de comparación válido.

19. De este modo, se constata que en el presente caso el demandante no ha cumplido con ofrecer un “término de comparación válido” para acreditar que se vulneró el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y, por ende, no ha acreditado la vulneración *iusfundamental* alegada, por lo que debe declararse infundada la demanda en este extremo.

Sobre la publicidad de las normas y su importancia en el Estado Constitucional

20. En el marco de un Estado constitucional, es decir, uno en el que la Constitución tiene una fuerza normativa real, que irradia sus contenidos a los diversos espacios de la sociedad y las diversas áreas del Derecho, y que tiene a la persona humana como su fundamento y límite, no se admiten poderes absolutos, arbitrarios o irrefrenados. En este sentido, todo acto de poder debe entenderse como necesariamente regulado o sometido a la Constitución y, además de ello, estos deben encontrarse debidamente justificados, es decir, que el ejercicio del poder público exige a las autoridades “brindar razones” y no actuar de manera arbitraria.
21. En el sentido expuesto, actualmente existen diversos ámbitos que forman parte de los contenidos más representativos del constitucionalismo contemporáneo, entre los que se encuentran, por ejemplo, ideales tales como los del *sometimiento del poder político al Derecho* (como herencia del Estado de derecho, el gobierno ya no es más “de los hombres” sino ahora “de las leyes”), la *construcción esencialmente democrática del Derecho* y de la *configuración del poder* (el poder político emana del pueblo y le debe cuentas a él), y de la *creación del Derecho constreñida por*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

límites sustantivos, en el sentido de que el Derecho y actos de gobierno no pueden ser producidos de cualquier modo ni tener cualquier contenido (por ejemplo, este no puede trasgredir derechos fundamentales y existe el deber de motivar los actos de poder). Todos estos contenidos se encuentran amparados en la Constitución, en especial, de manera expresa, en sus artículos 1, 38, 39, 44, 45 y 51.

22. Ahora bien, en este mismo orden de ideas, una forma consolidada de impedir la arbitrariedad estatal está relacionada con el principio de publicidad en relación con las actuaciones de la autoridad, como forma democrática de ejercer y legitimar el poder. En este sentido fue que se expresó en su momento Norberto Bobbio¹:

Siempre ha sido considerado como uno de los puntos fundamentales del régimen democrático, el que todas las decisiones y, en general, los actos de los gobernantes deban ser considerados por el pueblo soberano. El régimen democrático ha sido definido como el gobierno directo del pueblo o controlado por el pueblo (¿cómo podría ser controlado si estuviese escondido?). Aun cuando el ideal de la democracia directa es abandonado como anacrónico con el nacimiento del gran Estado territorial moderno (...) y es sustituido por el ideal de la democracia representativa (...), el carácter público del poder entendido como no secreto, como abierto al público, permanece como uno de los criterios fundamentales para distinguir el Estado constitucional del Estado absoluto. De esta manera se señala el nacimiento o el renacimiento del poder público en público.

23. Desde luego, si bien esta publicidad se refiere a los diversos actos de gobierno o del poder político, tiene entre sus manifestaciones más destacadas a la publicidad de las normas legales. En efecto, se entiende que las disposiciones legales solo podrían ser exigidas si han sido puestas en conocimiento de los destinatarios, en especial si se trata de normas regulativas (que establecen mandatos, prohibiciones o permisiones) y, más aún, si estas tienen un contenido de carácter sancionador. Diversos bienes constitucionales se encuentran vinculados con este deber de publicidad; por ejemplo, el principio de legalidad, la seguridad y la certeza jurídicas, el principio de transparencia, los principios democrático y republicano, la autonomía personal, etc.

¹ BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1986, p. 68.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

24. Y es que, como es obvio, “la exigencia constitucional de que las normas sean publicadas en el diario oficial *El Peruano*, está directamente vinculada al principio de seguridad jurídica, pues solo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, su posibilidad de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de estos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas” (Sentencia 00017-2005-AI/TC, fundamento 13).
25. En relación con el deber de publicidad de las leyes, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional más emblemática sobre esta materia es la emitida en la Sentencia 02050-2002-AA/TC. En el fundamento 24 de dicha resolución se deja en claro que:

[L]a publicación de las normas en el diario oficial *El Peruano* es un requisito esencial de la eficacia de las leyes y de toda norma jurídica, a tal extremo que, una norma no publicada, no puede considerarse obligatoria.

Detrás de la exigencia constitucional de la publicación de las normas se encuentra el principio constitucional de la publicidad, que es un principio nuclear de la configuración de nuestro Estado como uno “Democrático de Derecho”, como se afirma en el artículo 3 de la Norma Fundamental. Y es que lo que verdaderamente caracteriza a un sistema democrático constitucional es su naturaleza de “gobierno del público en público” (N. Bobbio), en el cual, por tanto, en materia de derecho público, la regla es la transparencia, y no el secreto.

26. Como también fue indicado en dicha ocasión, esta publicidad de las normas no se refiere únicamente a la “ley”, en sentido literal, es decir, al producto normativo típicamente emitido por el Congreso de la República, sino a la ley en sentido lato; en buena cuenta, comprende a diversos actos normativos de carácter general, incluyendo las disposiciones de rango infralegal. Más claramente, el Tribunal precisó que la referencia contenida en el artículo 109 de la Constitución (“La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial”) si bien se hace referencia a la “ley”, “dicha frase debe entenderse, *prima facie*, a cualquier fuente formal del derecho y, en especial, aquellas que tienen una vocación de impersonalidad y abstracción” (Sentencia 02050-2002-AA/TC, fundamento 24). En este mismo sentido aparece el artículo 51 de la Constitución *in fine*, que prescribe, de modo general e indubitable,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

que “La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

27. Además, en torno a la profunda incompatibilidad entre el Estado constitucional contemporáneo y la ausencia de publicación de normas, el Tribunal Constitucional ha declarado de manera rotunda en la Sentencia 00950-2000-HD/TC, fundamento 8, que:

[N]o puede pasar desapercibido a este supremo intérprete de la Constitución, el hecho de la absoluta incompatibilidad con el Estado Constitucional de Derecho la existencia de leyes y dispositivos normativos, en general, no publicados, debido a su presunto carácter reservado o secreto (...) [E]n un Estado Constitucional de Derecho, tal como el que fundamenta la Constitución en su artículo 3, resulta absolutamente incompatible con éste, la existencia de normas no publicadas y “reservadas”, pero, por otra parte, es preciso señalar que la publicación de la norma constituye un principio relativo a la propia validez de la misma, tal como se infiere del artículo 109 de la Constitución, por lo que resulta incompatible con ésta la existencia de dispositivos no publicados, y “reservados”.

Distinción entre vigencia, validez, aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas

28. Como ya fue expresado, además de la importancia material de asegurar la publicidad de las disposiciones normativas de carácter general, en atención a su rol dentro de un Estado democrático y constitucional, se trata además de un criterio constitutivo para reconocer la existencia o pertenencia de una norma al ordenamiento jurídico. Al respecto, efectivamente, en nuestro sistema jurídico la publicación de las disposiciones legales se encuentra reconocida como un requisito *sine qua non* para que una norma entre en vigor.
29. Señalado lo anterior, es necesario reconocer que en este ámbito puede generarse confusiones entre algunas nociones relacionadas entre sí, como lo son las de vigencia, validez, aplicabilidad y eficacia jurídicas. Esta distinción conceptual es importante, en atención a los efectos prácticos que, en el ámbito de la resolución de controversias constitucionales, se sigue de diferenciar tales categorías e identificar apropiadamente los supuestos que les corresponden.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

30. Si bien el Tribunal Constitucional en algunas ocasiones ha hecho referencia a estas distinciones (cfr. Sentencias 00017-2005-AI/TC, 00014-2003-AI/TC y 02050-2002-AA/TC) y, de manera especial, se ha referido a la distinción entre validez y vigencia, es importante insistir en tales diferenciaciones, estableciendo precisiones adicionales que coadyuven a superar algunos problemas o dificultades que pudieran surgir, de cara a la resolución de casos concretos.
31. De este modo, en primer lugar, este Tribunal Constitucional dejó establecido de manera extensa, en la Sentencia 00017-2005-AI/TC, fundamentos 2 a 6, lo siguiente:

El Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0014-2003-AI/TC (FJ 15), que el concepto de *validez* alude a la relación de compatibilidad entre dos normas de distinto rango. Así, una norma es válida siempre que haya sido creada conforme al *íter* procedimental que regula el proceso de su producción jurídica, es decir, observando las pautas previstas de competencia y procedimiento que dicho ordenamiento establece (validez formal), y siempre que no sea incompatible con las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores (validez material).

Sin embargo, la validez de una norma no debe confundirse con la cuestión relativa a su “pertenencia” al sistema normativo. Esta última incluye a las normas válidas e, incluso, a las inválidas, pues, tratándose de estas últimas, existe una presunción de validez que subsiste en tanto no se expida un acto jurisdiccional que la declare inválida. Y es que si bien, por definición, toda norma válida se considera vigente, no necesariamente toda norma vigente es una norma válida.

Para que una norma jurídica se encuentre *vigente*, sólo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente, en tanto que su *validez* depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso [formal y material] de su producción jurídica.

La vigencia de una norma jurídica depende, *prima facie*, de que haya sido aprobada y promulgada por los órganos competentes, y además de que haya sido publicada conforme lo establece el último extremo del artículo 51 de la Constitución. Cumplido este procedimiento, se podrá considerar que la norma es eficaz. De este modo, el efecto práctico de la *vigencia* de una norma es su *eficacia*. “Que una norma



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

sea eficaz quiere decir que es de cumplimiento exigible, es decir, que debe ser aplicada como un mandato dentro del Derecho”.

32. Con base en la mencionada jurisprudencia, que recupera lo que había establecido este Tribunal en anteriores ocasiones, es pertinente hacer algunas precisiones adicionales en aras de continuar esclareciendo este asunto. De este modo, será necesario distinguir, como ya fue adelantado, entre la *vigencia* o *existencia* de una disposición jurídica, su *validez* o conformidad sustantiva con el ordenamiento jurídico, su *aplicabilidad*, entendida como deber de utilizar dicha norma en un caso concreto, y la *eficacia* de las normas, es decir, su aceptación o cumplimiento social.
33. De este modo, la *vigencia* (o llamada también *validez formal*) hace referencia a la pertenencia de una disposición normativa a un determinado ordenamiento jurídico (el cual, precisamente, se encuentra conformado por el conjunto de normas vigentes que lo integran). Ahora bien, para considerar que una determinada disposición se encuentra vigente, es decir, que existe jurídicamente, pues forma parte del ordenamiento jurídico, es necesario verificar que se hayan seguido las condiciones formales de incorporación previstas por el propio sistema jurídico.
34. En el caso peruano, además de la aprobación conforme a los procedimientos y las competencias preestablecidas, la Constitución prescribe, de manera expresa e indubitable, que “La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado” (artículo 51); que “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial” (artículo 109), y finalmente que “La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos” (artículo 103).
35. También en torno a la publicidad de las normas como criterio de pertenencia o vigencia, se tiene la ya citada Sentencia 00017-2005-AI/TC, fundamento 6 a 7, que precisa lo siguiente:

La publicación de las normas como *conditio iuris* para su eficacia

El Tribunal ya ha establecido en anterior oportunidad que, aun cuando la publicación forma parte de la eficacia integradora del procedimiento legislativo, la ley tiene la condición de tal (es decir, queda constituida) una vez que ha sido aprobada y sancionada por el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

Congreso de la República. En efecto, tal y como se desprende de una interpretación sistemática del artículo 51, *in fine*, y del artículo 109 de la Constitución, la publicación determina la eficacia, vigencia y obligatoriedad de la norma, pero no su constitución, pues esta tiene lugar con la sanción del órgano que ejerce potestades legislativas.

Por lo tanto, los cuestionamientos que puedan surgir en torno a la publicación de una norma no deben resolverse en clave de validez o invalidez, sino de eficacia o ineficacia. Una ley que no haya sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia. Y sobre aquello que no ha cobrado vigencia, no es posible ejercer un juicio de validez en un proceso de inconstitucionalidad, pues no será posible expulsar del ordenamiento jurídico aquello que nunca perteneció a él.

36. En este caso, aunque la citada sentencia hace referencia a la expresión “eficacia”, queda claro que se establece que una disposición legal no publicada no cobra vigencia; es decir, no pertenece al ordenamiento jurídico y, por ende, no existe jurídicamente. En otras palabras, el Tribunal Constitucional precisa que, respecto de lo que no pertenece al ordenamiento legal, no puede discutirse su validez.
37. Dicho esto, es necesario precisar que, si bien a través de los criterios de validez se incorporan “disposiciones” jurídicas al ordenamiento, ello no significa que esa finalmente sea la única forma en la que se identifican cuáles son todas las “normas” jurídicas que, en último término, forman parte de un sistema jurídico.
38. Como también ha sido mencionado muchas veces en reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, las “disposiciones jurídicas” son los enunciados gramaticales, esto es, las palabras o signos lingüísticos con los que se comunican las regulaciones emanadas de la autoridad, y las “normas” son los significados o sentidos interpretativos que se le otorga a tales disposiciones. De este modo, un sistema jurídico está *prima facie* compuesto por un conjunto amplio de normas que pueden extraerse interpretativamente de las disposiciones jurídicas. Sin embargo, además de las normas directamente estatuidas (interpretaciones obvias de las disposiciones jurídicas), en un sistema jurídico existen asimismo otras normas, que pueden encontrarse vinculadas solo indirectamente con las disposiciones jurídicas (por ejemplo,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

las normas creadas mediante la interpretación analógica o las establecidas mediante el criterio *a contrario*, por mencionar dos casos conocidos y frecuentes) u otras que son “normas implícitas”, las cuales no se deducen inmediatamente de disposiciones explícitas (tal sería el caso, por ejemplo, del reconocimiento de un derecho fundamental no enumerado o, incluso, el reconocimiento de un “contenido nuevo” dentro de un “derecho viejo”), las cuales son normas construidas interpretativa o argumentativamente.

39. Por otro lado, se encuentra además la idea de *validez* (en sentido estricto; también *validez material*). Al respecto, una norma jurídica es válida cuando es compatible o se encuentra conforme con otras normas del sistema, en especial las de igual o mayor jerarquía. Ello en mérito a que un sistema jurídico pretende ser coherente y unitario en su contenido, y, por ende, es necesario procurar que las normas sean entendidas en un sentido no contradictorio o, en su defecto, es imperativo que el sistema prevea una manera de expulsar aquellas normas que resulten contradictorias frente a otras que deban preferirse, con la finalidad de depurar dicho sistema.
40. De esta manera, se considera que una norma es válida si su contenido es coherente con las otras normas del ordenamiento jurídico y que es inválida si este se opone o contradice con ellas, sobre todo cuando estas son de mayor jerarquía. Con lo anotado, es claro que, por ejemplo, un vicio de inconstitucionalidad “material” o “formal” que se discute a través del proceso de inconstitucionalidad hace alusión a un problema de validez de una determinada fuente de rango legal; sin embargo, para poder discutir la validez de una disposición primero, esta tiene que existir jurídicamente. Si una disposición no existe jurídicamente, tal como fue recordado antes, no tiene sentido discutir judicialmente su conformidad sustantiva o formal con las normas de un sistema al cual no pertenece.
41. En sentido complementario, es necesario precisar que una disposición jurídica vigente (conforme a criterios de validez formal) permanece integrando al ordenamiento jurídico, incluso pese a que su contenido sea sustantivamente inconstitucional (conforme a criterios de validez sustantiva), mientras que una autoridad competente no la haya expulsado del ordenamiento jurídico (por ejemplo, el Tribunal Constitucional, a través de una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

sentencia de inconstitucionalidad). De este modo, pueden existir – como en la práctica ocurre frecuentemente– normas vigentes, pero que carecen de validez (sustantiva), en la medida en que esta última no haya sido declarada por una autoridad con competencia para hacerlo.

42. Finalmente, es menester hacer referencia a la *eficacia* de las normas jurídicas. Una norma es eficaz cuando ella es aceptada, acatada, cumplida socialmente. En este sentido, antes que referirse a una cuestión esencialmente normativa, la eficacia alude más bien a una situación fáctica. Así entendida la eficacia, como un acatamiento de hecho, queda claro entonces que la relación entre eficacia y vigencia es contingente. Dicho en otras palabras, que resulta necesaria: de este modo, pueden existir normas vigentes que no se acaten, es decir, que carecen de eficacia; así como pautas que se acatan, pero que no han sido incorporadas formalmente como normas en el ordenamiento jurídico.
43. Con base en lo anterior, se advierte que en el ámbito de la teoría del derecho suele hacerse referencia a los distintos tipos de relación entre las nociones de validez y de eficacia. En este sentido, por ejemplo, se mencionan habitualmente los supuestos de “derogación” de las normas por desuetudo (es decir, “por desuso”). De otro lado, y esta vez con respecto a normas jurídicas que tienen eficacia, pero no han sido incorporadas al ordenamiento jurídico a través de los mecanismos formalmente preestablecidos por este, se tiene el caso emblemático de las constituciones. Y es que las constituciones, al ser las normas fundantes de un ordenamiento y sistema jurídicos y, por ende, a partir de las cuales recién podría identificarse el derecho vigente y válido, no pueden encontrarse sometidas a los mismos estándares de pertenencia formal ni de validez material. Dicho en otros términos, las constituciones son normas eficaces debido a su legitimidad y acatamiento, y no porque hayan sido incorporadas a través de mecanismos formalmente establecidos por normas superiores para tales efectos (esto es, precisamente, lo que permite afirmar la existencia jurídica y eficacia de, por ejemplo, la actual Constitución peruana de 1993).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

44. Precisamente, sobre esto ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional, en la conocida Sentencia 00014-2003-AI, fundamentos 16 a 17:

Sin embargo, este criterio de validez, formulado básicamente para explicar el caso de las normas infraconstitucionales, no puede ser trasladado acríticamente al caso de la Constitución, dado que ésta es la norma suprema del ordenamiento jurídico. Esa posición jerárquica no es el único elemento que la diferencia del resto de las normas jurídicas. También lo son las formas y procedimientos para su elaboración, que, como se sabe, implican un proceso constituyente democrático, sujeto a reglas extrañas al orden normativo preexistente.

La Constitución no está sujeta a una evaluación de validez formal, dado que no existe un precepto [superior] que haga las veces de una norma sobre su producción jurídica, en virtud de ser ella misma el fundamento y cúspide de todo el ordenamiento jurídico de un Estado. Y es que la Constitución “define el sistema de fuentes formales del derecho... es la primera de las normas de producción, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes... es la expresión de una intención funcional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa...” (Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ra. Edición, Civitas, Madrid 1985, pág. 50). De manera que no adquiere esa validez a partir de que haya sido emitida por un órgano investido con dicha potestad y de acuerdo a un procedimiento previsto por el Derecho vigente, pues es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente, cuyo titular es el Pueblo. En efecto, al Poder Constituyente no se le pueden imponer límites formales, pues se encuentra más allá del Derecho positivo; y, siendo un poder *extra ordinem*, se fundamenta en sí mismo y en las valoraciones sociales dominantes.

Por las mismas razones, tampoco puede ser objeto de una evaluación de validez material, pues no existe una norma superior sobre ella, que determine sus contenidos mínimos. Lo anterior, desde luego, no significa que cualquier documento pueda ser considerado como una Constitución. Ésta debe ser obra del Poder Constituyente y, en su texto, como expresa el artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, debe mínimamente reconocerse y garantizarse los derechos esenciales del hombre, así como la separación de poderes, que son los valores primarios del Estado Constitucional.

45. Una vez establecida la Constitución, ya se cuenta con una “regla de reconocimiento”, conforme a la cual pueden identificarse cuáles son las normas jurídicas que forman parte del ordenamiento jurídico peruano. En efecto, compartiendo lo que ha expresado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

calificada doctrina, esta regla de reconocimiento actualmente puede enunciarse del siguiente modo: “Son normas del derecho peruano la Constitución de 1993 y todas las normas producidas de conformidad con ella, y son obligatorias”².

46. Además de lo dicho, otra noción relevante es la de la *aplicabilidad* de las normas legales. Al respecto, ocurre que la sola vigencia de una disposición no significa que esta vaya a ser inmediatamente aplicable y, por el contrario, de manera complementaria, existen normas jurídicas que no forman parte del ordenamiento jurídico, pero que sin embargo resultan aplicables.
47. En este orden de ideas, y en aras de precisar esto último, existen, en efecto, normas que no se encuentran vigentes en nuestro sistema (es decir, que no forman parte de él conforme a criterios formales de pertenencia) y que, sin embargo, resultan aplicables en una circunstancia concreta (tal sería el caso de la legislación penal derogada que debe aplicarse ultraactivamente cuando es más favorable al reo). Además, ocurre que existen casos de normas que se encuentran vigentes, que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, pero que no son aplicables (como ocurre en el caso de las normas en situación de *vacatio legis*).
48. Precisamente, respecto de este último supuesto, se tiene la Sentencia 00017-2019-PI, en la cual este Tribunal Constitucional se pronunció en torno a si las normas formalmente pertenecientes al ordenamiento jurídico (vigentes), pero no aún aplicables por encontrarse en el periodo de *vacatio legis*, pueden ser sometidas a control de constitucionalidad abstracto mediante el proceso de inconstitucionalidad. En dicha decisión, en sus fundamentos 10 a 14, este Tribunal sostuvo que:

[C]omo se ha indicado en anteriores oportunidades, para que una norma jurídica se encuentre vigente, solo es necesario que se haya producido siguiendo el procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico, es decir, que el órgano competente la haya aprobado y, además, que se publique conforme lo establece el último extremo del artículo 51 de la Constitución. Cumplido este procedimiento, se podrá

² MORALES, Félix. *La regla de reconocimiento del sistema jurídico peruano. Estudio analítico de las fuentes del derecho peruano*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2018, p. 103.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

considerar que la norma se encuentra vigente (...)

En el presente caso, este Tribunal advierte que el órgano competente ha emitido las disposiciones cuestionadas siguiendo el procedimiento correspondiente y estas se han publicado en el diario oficial *El Peruano*, según lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución, y se puede afirmar que se encuentran vigentes a tenor del artículo 109 citado.

Una situación distinta es la relativa a las condiciones necesarias para su plena aplicación en el ordenamiento jurídico, lo cual no se confunde con su vigencia, pese a que ese ha sido el *nomen iuris* empleado en ambas normas cuestionadas para precisar a partir de qué momento serían aplicables.

En ambos casos, su aplicación se supeditaba a la verificación de un hecho específico, lo cual no impide que se deban considerar como normas vigentes. Por esta razón, este Tribunal puede realizar el control de su constitucionalidad.

49. Hechas todas estas diferencias y precisiones, corresponde ahora sí, pronunciarse sobre el objeto y contenido de la pretensión alegada (abordar el fondo de la presente controversia), que precisamente se refiere al caso de una supuesta norma no publicada (el Decreto Supremo 0213-90-EF), pero que habría tenido cierta eficacia, en la medida que se habría empleado para otorgar derechos remunerativos y previsionales.
50. Antes de ingresar al fondo del asunto, es necesario reiterar que si bien la justicia constitucional no es competente para determinar cuál es el mejor derecho ordinario aplicable al caso, sí puede evaluar si el Decreto Supremo 0213-90-EF es o no aplicable, tomando en cuenta que se trata de una regulación que *prima facie* no forma parte del ordenamiento jurídico, al no haber sido publicada. Siendo así, el análisis del Tribunal Constitucional se centrará en esta cuestión.
51. Asimismo, es importante mencionar que este Tribunal Constitucional, en diversa jurisprudencia, venía empleando el Decreto Supremo 0213-90-EF tomándolo como vigente (lo que también ocurrió en el ámbito de la administración pública, de la legislación y de la judicatura ordinaria), aunque sin haber evaluado, de manera específica, si dicho decreto había sido debidamente publicado y, por ende, sin que haya tenido ocasión de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

analizar cuáles serían las consecuencias jurídicas de que no se haya cumplido con dicho presupuesto de existencia.

52. Al respecto, en la gran mayoría de casos en los que se citó el Decreto Supremo 213-90-EF, las demandas fueron declaradas improcedentes y no existió mayor análisis sobre las normas invocadas. En algunos supuestos excepcionales, aunque el recurrente sí cuestionó directamente la vigencia del Decreto Supremo 0213-90-EF, las demandas fueron declaradas improcedentes, por tratarse de supuestos basados en la mera discrepancia con la fundamentación contenida en las resoluciones cuestionadas (Sentencias interlocutorias 04027-2019-PA/TC y 01362-2019-AA/TC). Otros varios casos también fueron desestimados, pero debido a que los recurrentes ya venían recibiendo el pago con base en el referido decreto supremo o porque los recurrentes no se encontraban en el supuesto fáctico previsto por dicha regulación (Sentencias 02372-2013-PA/TC, 02302-2012-PA/TC, 01493-2012-PA/TC, 03942-2015-PA/TC, 02307-2012-PA/TC, SID 00222-2021-PA/TC, 03008-2014-PA/TC). En otros casos más se detalló, por ejemplo, que el Decreto Supremo 0213-90-EF había sido dejado temporalmente sin efecto (Sentencias 02689-2010-AC/TC, 02372-2013-PA/TC, 02302-2012-PA/TC, 01493-2012-PA/TC) o que había sido expresamente derogado (Sentencias 03123-2013-PA/TC, 02309-2011-PA/TC, SID 07018-2013-PA/TC, 01884-2018-PA/TC, 01437-2020-AC/TC, 04839-2014-AC/TC, Auto 00765-2017-AC/TC), por lo que en tales casos tampoco correspondió amparar la pretensión. Inclusive el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la conformidad constitucional del Decreto Legislativo 1132, que “derogó” el Decreto Supremo 0213-90-EF (Sentencia 00008-2016-PI y 00002-2016-PI), sin que surgiera ningún debate sobre la existencia jurídica del mencionado decreto. Por último, en el marco de un proceso de *habeas data*, en el que se solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas que informe hasta qué fecha aplicó el Decreto Supremo 0213-90-EF y cuál fue la disposición que lo derogó, el Tribunal Constitucional tampoco analizó la vigencia de la citada norma, pese a reconocer que la referida disposición no llegó a ser publicada (Sentencia 04505-2017-HD/TC, fundamento 7).
53. En este orden de ideas, y en aras de emitir una resolución que sea



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

congruente con lo expresamente planteado, corresponde ingresar a analizar lo referido a la vigencia o no del Decreto Supremo 0213-90-EF. Al respecto, en primer lugar, se verifica que el Decreto Supremo 0213-90-EF fue emitido estando vigente la Constitución de 1979, la cual, tanto en lo que concierne a la importancia de la publicidad en el marco de un Estado constitucional, como en torno al requisito formal de que las disposiciones legales sean publicadas en el diario oficial para que entren en vigor, tenía una regulación equivalente a la actual. Por ende, no era posible obviar dicho requisito elemental de validez formal para la vigencia de las normas, sin cuyo cumplimiento definitivamente una disposición no podía integrar el ordenamiento jurídico.

54. En este sentido, y aun si se quisiera contradecir lo anterior, no tendrían sustento aquellas eventuales alegaciones en torno a un carácter supuestamente secreto o reservado de lo regulado por razones de seguridad pública o defensa nacional, por ejemplo, con base en lo que disponía el Decreto Supremo 001-68/JC. Dicha argumentación no se sostiene porque, en primer lugar, el aplicado Decreto Supremo 0213-90-EF contiene básicamente disposiciones referidas a remuneraciones, bonificaciones, beneficios y pensiones, las que no cabe considerar como materias relacionadas con la seguridad pública o con defensa nacional. En segundo término, y eso sin duda es más importante, es necesario reconocer que la existencia de tales decretos secretos, con prescindencia de cualquier otra consideración que se pudieran plantear, resulta manifiestamente contraria a la Constitución de 1979, por las razones que fueron expresadas *supra*.
55. Asimismo, si bien es claro que dicha regulación fue empleada a lo largo del tiempo, y en esa medida ha tenido cierta eficacia, dicho acatamiento, en el plano de los hechos, no supone su incorporación en el ordenamiento jurídico. Al respecto, como ha sido precisado ya, la publicación en el diario oficial *El Peruano* era, de manera indubitable, una condición mínima para su existencia jurídica, y ella jamás se produjo.
56. En este orden ideas, este Colegiado advierte que el llamado “Decreto Supremo 0213-90-EF” contiene regulación que nunca estuvo vigente en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que las resoluciones judiciales cuestionadas no han cometido ninguna



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 03389-2021-PA/TC
HUAURA
AUGUSTO ALFREDO FLORES
MARÍN

infracción *iusfundamental* al explicitar dicha situación. En este sentido, se constata que el recurrente, en realidad, formula una discrepancia en relación con lo decidido por las resoluciones cuestionadas, pero dicho desacuerdo no significa que las decisiones judiciales hayan incidido de manera negativa, directa e injustificada en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados (a la tutela procesal efectiva, a la motivación de resoluciones judiciales, a la remuneración y pensión), por lo que también corresponde declarar infundada la demanda respecto de este extremo de la demanda.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo contra las resoluciones judiciales cuestionadas por la parte demandante.

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA
MORALES SARAVIA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
PACHECO ZERGA
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH

PONENTE GUTIÉRREZ TICSE