



## **INFORME DE ADJUNTÍA N° 001-2008-DP/AAC**

**ANÁLISIS DEL DECRETO SUPREMO N° 004-2008-ED,  
QUE APRUEBA "POLÍTICAS SECTORIALES PARA LA  
CONTRATACIÓN DE PERSONAL DOCENTE EN LAS  
INSTITUCIONES EDUCATIVAS PÚBLICAS DE  
EDUCACIÓN BÁSICA Y EDUCACIÓN TÉCNICO-  
PRODUCTIVA".**

*Lima, Febrero de 2008*

## **CONTENIDO**

### **PRESENTACIÓN**

#### **I. COMPETENCIA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO**

#### **II. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y SU PROMOCIÓN A TRAVÉS DE POLÍTICAS DE ESTADO.**

- 2.1. El derecho a la educación en las normas internacionales y nacionales
- 2.2. El establecimiento de una política educativa que favorezca la meritocracia y la igualdad de oportunidades
  - 2.2.1. La Ley General de Educación y la Ley N° 29062
  - 2.2.2. El Proyecto Educativo Nacional
  - 2.2.3. El Plan Estratégico Sectorial Multianual del Sector Educación 2007-2011
- 2.3. Relación del Decreto Supremo N° 004-2008-ED con las políticas públicas del Sector Educación
  - 2.3.1. Necesidad de fomentar el consenso para evaluar la incorporación del requisito de tercio superior.
  - 2.3.2. Consistencia técnica de la medida.

#### **III. ANALISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO SUPREMO N° 004-2008-ED**

- 3.1. Contenido del Decreto Supremo N° 004-2008-ED
- 3.2. Ámbito de aplicación del Decreto Supremo N° 004-2008-ED
- 3.3. El derecho de acceso a la función pública docente en condiciones de igualdad
- 3.4. El principio de reserva de ley para el establecimiento de restricciones al acceso a la función pública docente en condiciones de igualdad
- 3.5. Análisis de razonabilidad y proporcionalidad del caso concreto
  - 3.5.1. Principio de razonabilidad
  - 3.5.2. Principio de proporcionalidad
    - a) Examen de idoneidad
    - b) Examen de necesidad
    - c) Examen de proporcionalidad en sentido estricto

#### **IV. ANALISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS ORDENANZAS REGIONALES QUE INAPLICAN EL DECRETO SUPREMO 04-2008-ED**

### **CONCLUSIONES**

### **RECOMENDACIONES**

## PRESENTACIÓN

En atención a las competencias que le han sido asignadas en el artículo 162º de la Constitución, relacionadas con la protección de derechos fundamentales, la Defensoría del Pueblo está particularmente atenta a las diversas manifestaciones de la labor estatal dirigidas a promover el derecho a la educación en favor de la ciudadanía.

Así, a lo largo de estos años hemos formulado puntuales recomendaciones destinadas a mejorar la acción estatal en materia educativa, así como analizado diversos componentes del derecho a la educación. En ese sentido, en el Informe Defensorial N° 131 “Gratuidad en las Escuelas Públicas: Un compromiso pendiente” abordamos la problemática de las dificultades de acceso de la población de escasos recursos a los servicios educativos.

En esta perspectiva, la Adjuntía en Asuntos Constitucionales, con la colaboración de la Adjuntía para la Administración Estatal, la Unidad de Políticas Públicas, la Oficina Defensorial de Lima y el Programa de Descentralización y Buen Gobierno de la Defensoría del Pueblo, ha elaborado el presente estudio del Decreto Supremo N° 04-2008-ED, que aprueba “Políticas Sectoriales para la contratación de personal docente en las Instituciones Educativas públicas de educación básica y educación técnico-productiva”, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 12 de enero de 2008, en la medida que establece un requisito controversial (la pertenencia al tercio superior de méritos en los estudios superiores) como requisito de acceso a la función pública docente.

De este modo, el presente informe profundiza en el análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de esta medida en relación con el derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, pero haciendo énfasis también en una perspectiva de establecimiento y continuidad de una clara política de Estado en materia de mejora de la calidad de la educación pública.

Con este objetivo, el informe contiene una descripción inicial de algunos avances que se han ido generando para configurar una política pública en materia educativa. Luego se analizan aspectos relacionados con la constitucionalidad de la norma que establece los criterios para la contratación, así como las posibles consecuencias de su inaplicación en el ámbito regional. Finalmente, al amparo de nuestro mandato constitucional formulamos recomendaciones a las diversas instituciones del Estado involucradas en la problemática.

La Defensoría del Pueblo considera que corresponde al Congreso y al Ministerio de Educación, cada uno en el marco de su mandato constitucional, sopesar y asumir las recomendaciones que aquí se formulan.

Lima, febrero del 2008.

**BEATRIZ MERINO LUCERO**  
Defensora del Pueblo

## I. COMPETENCIA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

La Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional autónomo que tiene como función defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, así como supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la adecuada prestación de los servicios públicos, conforme lo establece el artículo 162º de la Constitución y el artículo 1º de su Ley Orgánica, Ley N° 26520.

En cumplimiento de este mandato, la Defensoría del Pueblo mantiene una especial preocupación por el seguimiento de la política de Estado en materia educativa, bajo la óptica de que la educación pública constituye un derecho fundamental de todos los ciudadanos del Perú, especialmente los niños y niñas, y que de su calidad depende lograr el objetivo constitucional de promover el desarrollo integral de la persona humana, a través de una educación que la prepara para la vida y el trabajo, fomentando la solidaridad, tal como lo prevé el artículo 14º del texto constitucional, que es concordante con el inciso 2º del artículo 26º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>1</sup>.

Por ello, si el objetivo de la educación es el desarrollo integral de la persona, resulta fundamental que el Estado garantice que sea impartida bajo los más altos estándares de calidad, por lo que resulta fundamental que se adopte una política integral que prevea medidas garantistas de una educación pública de calidad. Así, no cabe duda que uno de los aspectos sobre los que es indispensable incidir está representado por la calidad del ejercicio de la función pública docente, que de modo específico se encuentra regulado en el artículo 15º de la Constitución, que establece que la ley fija los requisitos para el desempeño como docente. Asimismo, el mismo artículo menciona que el Estado procura *“la evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanentes”* del magisterio.

Es en este espíritu que la Defensoría del Pueblo brinda este aporte para contribuir a establecer con precisión la consistencia de las decisiones emanadas de la autoridad estatal, específicamente de las contenidas en el Decreto Supremo N° 004-2008-ED, publicado en el diario oficial El Peruano el 12 de enero de 2008.

Esta labor se hace más urgente si se tiene en consideración el amplio debate generado en relación con la norma citada, que incluye posiciones discrepantes entre el Gobierno Nacional y diferentes Gobiernos Regionales que han emitido –o han anunciado la emisión- de ordenanzas regionales que inaplican el referido decreto supremo en sus correspondientes ámbitos territoriales, por considerarlo inconstitucional.

## II. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y SU PROMOCIÓN A TRAVÉS DE POLÍTICAS DE ESTADO

El análisis de cualquier medida relacionada con la política educativa, así como en relación con cualquier otro tipo de lineamiento de acción estatal o gubernamental,

---

<sup>1</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

supone considerar el marco normativo que plantea al Estado las principales directrices que orientan su relación con la ciudadanía.

Adicionalmente, de manera simultánea, las situaciones sociales (sobre todo en áreas tan sensibles, como lo es la educación de la población) van generando consensos en los diagnósticos y las propuestas en los diversos sectores interesados de las problemáticas sociales, creándose corrientes de opinión mayoritarias que paulatinamente se van insertando en el debate público y en las opciones estatales para abordar los desafíos que la realidad presenta cotidianamente.

De esta forma, en países que no se han caracterizado por la continuidad en sus políticas sectoriales, se va generando la necesidad de establecer con carácter de permanencia grandes lineamientos de política estatal que trasciendan las gestiones gubernamentales y atiendan un horizonte de mediano y largo plazo para producir las transformaciones que la ciudadanía – y las generaciones posteriores – esperan y necesitan.

El análisis del Decreto Supremo N° 004-2008-ED que establece las políticas sectoriales para la contratación de personal docente en las instituciones educativas públicas debe alinearse necesariamente con la política sectorial definida por el Estado, específicamente, a través del marco normativo y de documentos de gestión previamente formulados y aprobados por las autoridades educativas competentes.

En el presente capítulo se expondrán los principales contenidos que orientan la acción estatal en materia educativa, tanto desde la tarea normativa como desde las labores de diagnóstico y planificación que han alimentado el establecimiento de las políticas educativas en los últimos años. Se busca, de esta forma, enmarcar el análisis del referido decreto supremo, con el fin de precisar su correspondencia con los principales lineamientos del Estado en materia educativa.

## **2.1. El derecho a la educación en las normas internacionales y nacionales<sup>2</sup>**

Al ser los tratados internacionales parte del derecho nacional, tal como lo establece el artículo 55° de la Constitución Política, y al ostentar las normas relativas a derechos fundamentales un carácter de criterio de interpretación (Cuarta Disposición Final y Transitoria del Texto Constitucional) de las normas de derecho interno, corresponde individualizar aquellas que configuran el contenido del derecho a la educación, y establecer, desde el enunciado normativo, los principios de la función docente. Este análisis arrojará elementos suficientes para determinar si los requisitos establecidos en el Decreto Supremo N° 004-2008-ED guardan armonía o no con los lineamientos de política educativa previamente definidos.

Como punto previo, debe tenerse en cuenta que los tratados internacionales sobre derechos humanos que regulan el derecho a la educación reconocen a la función docente como elemento indispensable de este derecho. Así, la concreción del derecho a la educación implica tener profesores bien calificados y con salarios competitivos.

---

<sup>2</sup> Para acceder a un análisis detallado de los fundamentos jurídicos del derecho a la educación puede consultarse DEFENSORIA DEL PUEBLO, "Gratuidad en las Escuelas Públicas: Un compromiso pendiente – Informe Defensorial N° 131". Lima, febrero 2008.

En virtud de tales derechos el Estado no sólo se compromete a respetarlos y protegerlos sino también a adoptar y aplicar todo tipo de medidas que conduzcan a su realización. Desde una visión integral de los derechos humanos, las medidas que se deben adoptar no pueden ser aisladas y coyunturales, sino todo lo contrario, deben tener continuidad, responder a un plan que involucre a todos los órganos del Estado y que contemple la evaluación y control del mismo con un enfoque de derechos.

En ese sentido, al ser las políticas públicas un plan de acción con un contenido propositivo definido por las autoridades públicas para atender una determinada problemática social, constituyen una de las herramientas de acción política del Estado para regular y optimizar su funcionamiento a favor del bienestar de la población. Por ello, las políticas que el Estado implemente sobre la formación docente o la carrera pública magisterial deben garantizar el respeto efectivo de los derechos fundamentales de los profesores y profesoras.

De esta forma, partiendo del análisis de algunos instrumentos internacionales, se puede llegar a precisar los contenidos que vinculan el derecho a la educación con la función de los docentes.

Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>3</sup> establece en su artículo 26º, inciso 2, que la educación tiene por objeto *“el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”*.

Complementariamente, el artículo 13º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales amplía los contenidos de este derecho, lo que constituye una guía de acción para promover el derecho a la educación. La Observación General N° 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, desarrolla esa norma, señalando como características esenciales del derecho a la educación, los conceptos de “aceptabilidad” y de “adaptabilidad”.

Por medio del concepto de “aceptabilidad” se fijan los criterios que permiten establecer niveles adecuados de calidad en la educación, de la cual el fortalecimiento de las capacidades de los docentes es elemento fundamental. Por medio del concepto de “adaptabilidad”, se fija como lineamiento que las medidas y políticas educativas deben tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de las sociedades y de los alumnos en contextos culturales y sociales variados. Este concepto alude a la necesidad de implementar medidas que promuevan, del mismo modo, la calidad en la educación.

En relación con nuestro ordenamiento constitucional, los diversos contenidos del derecho a la educación se encuentran normados en los artículos 13º al 19º de la Constitución de 1993. El artículo 15º del texto constitucional establece la reserva de norma legal para fijar los requisitos para el desempeño de la función magisterial.

---

<sup>3</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Igualmente, establece la obligación del Estado de procurar la *“evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanentes”* de quienes acceden a la misma.

Adicionalmente, el artículo 16º de la Constitución ha encomendado al Estado la coordinación de la política educativa, así como la formulación de los lineamientos generales de los planes de estudios y el establecimiento de los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Asimismo, le asigna como obligación la supervisión del cumplimiento y la calidad de la educación.

Del contenido de las normas internacionales y nacionales reseñadas se desprende una serie de pautas esenciales que plantean al Estado la necesidad de garantizar una educación de calidad, para lo cual es requisito indispensable un recurso humano capacitado e idóneo.

## **2.2. El establecimiento de una política educativa que favorece la meritocracia y la igualdad de oportunidades**

Planteado el marco general, corresponde aproximarnos a los diversos lineamientos de política establecidos en instrumentos normativos específicos, así como en documentos de planificación y gestión expedidos en los últimos años, los mismos que han señalado criterios para el acceso a la función pública magisterial.

### **2.2.1. La Ley General de Educación y la Ley N° 29062**

La Ley N° 28044, Ley General de Educación, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 29 de julio de 2003, constituye la norma que establece los lineamientos generales del Sistema Educativo Nacional, así como las atribuciones y obligaciones del Estado, por lo que se constituye la norma orientadora y rectora para fijar las principales acciones del Estado en materia educativa. Avala la importancia de esta norma el amplio debate generado para su promulgación y el compromiso de los diversos sectores políticos para lograr que se constituya en ley de la República.

Es así que el artículo 13º de esta ley, al establecer los factores que interactúan para lograr la calidad de la educación, fija como uno de ellos (inciso “e”) a la carrera pública docente *“que incentive el desarrollo profesional y el buen desempeño laboral”*.

Por otro lado, cabe considerar que esta ley asigna al Estado –entre otros– un rol concertador y articulador de la educación nacional (artículo 21º, inciso a). Dentro de este lineamiento, claramente, corresponde a las autoridades educativas propiciar espacios de acción más aún cuando las políticas educativas se hayan inmersas en el desarrollo de un proceso de descentralización que supone la delegación de competencias de alcance nacional hacia las regiones. Este contexto amerita un especial esfuerzo para prevenir conflictos.

Complementando esta visión, el artículo 56º de la Ley General de Educación señala que la permanencia en la carrera pública docente exige *“idoneidad profesional, probada solvencia moral y salud física y mental”*. Establece además en su artículo 57º que *“el ingreso a la carrera se realiza mediante concurso público”*. Se establece así como

requisito el poseer título de profesor o licenciado en educación, otorgado por una institución de formación docente acreditada en el país o en el exterior.

Con posterioridad, mediante Ley N° 29062, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 12 de julio de 2007, se modificó la Ley del Profesorado, estableciendo un nuevo marco para la Carrera Pública Magisterial. De esta forma, desde el ámbito normativo se establecieron normas sobre el perfil del docente y el objetivo de la carrera, indicándose, entre otras, que las finalidades de esta carrera (artículo 6°) son:

- Garantizar la idoneidad de los docentes y su buen desempeño para atender el derecho de cada alumno a un **maestro competente**.
- Promover **el mejoramiento sostenido de la calidad profesional e idoneidad del profesor** para el logro del aprendizaje y del desarrollo integral de los estudiantes.
- Valorar el mérito en el **desempeño laboral**.
- Generar las condiciones para el ascenso a los diversos niveles de la Carrera Pública Magisterial, en **igualdad de oportunidades**.

Si bien esta norma corresponde específicamente al desarrollo de la Carrera Pública Magisterial, los criterios establecidos son plenamente aplicables al régimen de contratación temporal de docentes, pues forman parte de la misma política educativa que se desarrolla a continuación.

### 2.2.2. El Proyecto Educativo Nacional

La Ley General de Educación dispone en su artículo 7° la creación de un Proyecto Educativo Nacional, al mismo que define como *“el conjunto de Políticas que dan el marco estratégico a las decisiones que conducen al desarrollo de la educación. Se construye y desarrolla en el actuar conjunto del Estado y de la sociedad, a través del diálogo nacional, del consenso y la concertación política, a efectos de garantizar su vigencia. Su formulación responde a la diversidad del país”*.

El documento elaborado al amparo de este mandato se ha constituido en una fuente importante para el establecimiento de políticas educativas. Así, el Proyecto Educativo Nacional<sup>4</sup> elaborado por el Consejo Nacional de Educación<sup>5</sup>, aprobado por Resolución Suprema N° 001-2007-ED, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 7 de enero de 2007, se constituye en un desarrollo de la 12ª Política de Estado del Acuerdo Nacional. Elaborado en base a numerosos aportes y luego de un debate de alcance nacional, conjuga dentro de sí la propuesta de formulación y ejecución de políticas educativas integrando en sus objetivos a los diversos actores del proceso educativo.

<sup>4</sup> “Proyecto Educativo Nacional al 2021: La Educación que queremos en el Perú”. En: <http://www.minedu.gob.pe/DeInteres/xtras/PEN-2021.pdf>.

<sup>5</sup> Órgano especializado, consultivo y autónomo del Ministerio de Educación, creado por el artículo 81° de la Ley N° 28044, Ley General de Educación, y reglamentado por Resolución Ministerial N° N° 494-2002-ED, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 4 de agosto de 2002.

En el Proyecto Educativo Nacional se plasma una propuesta de visión, prioridades, opciones y decisiones que constituyen una política de Estado. Este trabajo se concreta en una matriz de objetivos estratégicos y de políticas educativas con plazos, logros y resultados verificables que deben comprometer a todas las instancias del poder político y movilizar a la sociedad entera. Entre las políticas educativas desarrolladas por el mencionado Proyecto se encuentran las referidas a formación docente y a la carrera magisterial.

Así, en su tercer objetivo estratégico denominado “Maestros bien preparados que ejercen profesionalmente la docencia” señala como una política esencial la implementación de una carrera pública magisterial, a fin de asegurar el desarrollo profesional docente, revalorando su papel en el marco de una carrera pública centrada en el desempeño responsable y efectivo, así como de una formación continua e integral. El Consejo Nacional de Educación parte por reconocer que se ha sobredimensionado la carrera magisterial por la proliferación de profesionales en educación y de centros de formación<sup>6</sup>.

A partir de este contexto, los resultados que se persiguen con dicho objetivo estratégico son dos:

- **Establecer un Sistema Integral de Formación Docente** a través de la realización de las siguientes políticas:
  - o Mejorar y reestructurar los sistemas de formación inicial y continua docente de los profesionales de la educación
  - o Generar estándares claros sobre la buena docencia y acreditar instancias de formación y desarrollo profesional docente, condicionando a su acreditación la capacidad de certificar a los docentes.
  - o Reestructurar y fortalecer la formación docente en servicio, articulada con la formación docente inicial
  
- **Renovar la Carrera Pública Magisterial**, a fin de contribuir de manera eficiente al logro esperado en los resultados de aprendizaje de los estudiantes y en el desempeño profesional docente. Para conseguir este resultado el proyecto contempla la realización de las siguientes políticas:
  - o Evaluar a los docentes para el ingreso y permanencia en la Carrera Pública Magisterial y su asignación laboral<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> “Al año 2005 se registraban 285 847 maestros en el sistema educativo nacional (...).En general, anualmente egresan 30 mil docentes de los centros de formación, cuando sólo se necesita alrededor de 3 100 al año para atender a los nuevos matriculados y más de 3 700 para atender las plazas de los que se retiran. El problema, sin embargo, no se limita a la desorbitada cifra de egresados de la carrera docente, ni al poco control que ha habido para autorizar el funcionamiento de institutos pedagógicos de dudosa calidad —de un total de 120 institutos superiores pedagógicos públicos evaluados por el Ministerio de Educación sólo 29 alcanzaron un logro «óptimo-satisfactorio»— o en la vigencia de una carrera pública cuyos mecanismos de progreso están basados en la antigüedad antes que en la evaluación de los méritos de cada uno. El problema abarca el desfase histórico del modelo de enseñanza que prevalece en la educación básica respecto del desarrollo de la pedagogía a nivel mundial, así como en la deficiente formación profesional, que perpetúan una enseñanza basada en el copiado, el dictado y la repetición”.

<sup>7</sup> El Proyecto Educativo Nacional contempla como principales medidas para llevar a cabo esta política las siguientes:  
a) Ingreso a la carrera pública solo para docentes que provienen de instituciones acreditadas. El proceso de ingreso incluye una etapa inicial de inserción.

- Vincular los ascensos e incrementos salariales al desempeño profesional y las condiciones de trabajo.
- Promover la revaloración social de la profesión docente, en base al reconocimiento de sus buenas prácticas.

De esta manera, el Proyecto Educativo Nacional establece criterios que guían la acción del Estado en cuanto a la función docente. Estos criterios son igualmente aplicación a toda medida estatal que favorezca el ingreso a aquellas personas a la función magisterial.

### **2.2.3. El Plan Estratégico Sectorial Multianual del Sector Educación 2007-2011**

Para canalizar los Objetivos Estratégicos del Proyecto Educativo Nacional el Ministerio de Educación aprobó mediante Resolución Ministerial N° 0190-2007-ED, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 25 de mayo de 2007, el Plan Estratégico Sectorial Multianual -PESEM- del Sector Educación 2007-2011.

En este documento de gestión se establecen los ejes de equidad y calidad en la educación como prioridades y orientaciones sectoriales en los que debe concentrar su acción el Ministerio de Educación. Para garantizar la calidad de la educación el PESEM señala, entre otros, dos Objetivos Estratégicos que guardan relación con la formación docente y la Carrera Magisterial. Dichos objetivos son:

- i) Mejorar la formación inicial y en servicio de los docentes
- ii) Mejorar y estimular el desempeño profesional de los docentes

Para conseguir estos Objetivos Estratégicos el PESEM considera que el Ministerio de Educación debe orientar sus esfuerzos a:

- Desarrollar el Programa de Formación Inicial Docente;
- Desarrollar el Programa Nacional de Formación y Capacitación Docente;
- Desarrollar el Programa Nacional de Evaluación Docente;
- Articular el desempeño profesional como requisito para ascender e ingresar a la Carrera Pública Magisterial;
- Implementar progresivamente la Nueva Carrera Pública Magisterial.

- 
- b) Programa nacional de evaluación y certificación profesional docente en todo el país, las cuales serán requisito para permanecer en la nueva carrera pública y –en algunos casos- para acceder a aumentos de remuneraciones o bonificaciones.
  - c) Mecanismos técnicos, transparentes y equitativos de evaluación del desempeño docente, que posibiliten la promoción profesional
  - d) Programa de selección de docentes más competentes para lugares de mayor necesidad y menor desarrollo, acompañado de un programa de fortalecimiento e incentivos para docentes asignados a zonas de menor desarrollo.
  - e) Ajuste en la jornada de trabajo magisterial, hasta llegar a 40 horas de trabajo efectivas a la semana, de las cuales no más de las ¼ partes deben dedicarse directamente a la docencia directa.

Como se puede advertir, en la medida que el Proyecto Educativo Nacional constituye el instrumento oficial que orienta las políticas de educación para el largo plazo, el PESEM establece las políticas sectoriales y las acciones para su implementación que se encuentran articuladas con dicho proyecto.

En ese sentido, tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Educación, han venido emitiendo una serie de normas para la implementación de dichas políticas, que están referidos a los derechos sindicales de los docentes, la contratación docente, la Nueva Carrera Pública Magisterial, entre otras.

### **2.3. Relación del Decreto Supremo N° 004-2008-ED con las políticas públicas del Sector Educación**

Luego de haber hecho un recuento de las políticas sobre el ingreso a la función docente establecidas en la normatividad y los documentos descritos, corresponde analizar la pertinencia del Decreto Supremo N° 004-2008-ED y analizar si la oportunidad y forma en que se ha dado, y sus principales contenidos, son coherentes con los lineamientos de política ya fijados por el Estado peruano.

Como es sabido, el mencionado decreto establece en su artículo 1º, inciso 1, como política sectorial que es *“requisito fundamental para ser contratado como docente a partir del año lectivo 2008...ser profesor egresado, dentro del tercio superior del cuadro de méritos promocional de las Instituciones de Educación Superior No Universitaria y facultades de Educación de las Universidades del País”*. La finalidad de dicha política de acuerdo a lo señalado en la parte considerativa del citado Decreto Supremo es garantizar la calidad de las instituciones públicas, así como la idoneidad de los docentes y autoridades y su buen desempeño para atender el derecho de cada alumno a un maestro competente.

En esta perspectiva, se busca evaluar si las decisiones que han sido materia del debate nacional en los últimos días en torno a esta norma, obedecen a una concreción de las políticas ya definidas o se alejan de los parámetros de política sectorial reseñadas.

#### **2.3.1. Necesidad de fomentar el consenso para evaluar la incorporación del requisito de tercio superior**

Un primer aspecto que se destaca a partir de la dación del decreto supremo materia del presente informe, es la existencia de posiciones divergentes respecto de la medida adoptada. En efecto, adicionalmente a la posición ya expresada por el Ministerio de Educación y demás representantes del Poder Ejecutivo se han generado diversas opiniones de los gobiernos regionales<sup>8</sup>, el sindicato de profesores<sup>9</sup> y de especialistas en temas educativos<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Luego de reunirse un grupo de Presidentes Regionales ha anunciado la no aplicación en su ámbito territorial del Decreto Supremo N° 004-2008-ED (ref.- “La República” del 12 de febrero de 2008: *“Regiones se reúnen el martes para precisar sus objeciones al DS-004”*). En este sentido, el Gobierno Regional de Lambayeque ha expedido la Ordenanza Regional N° 004-2008-GR.LAMB./CR donde instruye las Unidades de Gestión Educativas Locales que *“procedan a evaluar a todos y cada uno de los docentes que encontrándose dentro o fuera del tercio superior del cuadro de méritos promocional... postulen dentro del ámbito regional a cubrir una plaza docente por contrato”*.

En este sentido, se ha evidenciado la necesidad de un periodo de consulta previo a la expedición de la norma. Cabe mencionar que, si bien es claro que el la determinación de políticas educativas de alcance nacional es competencia del Ministerio de Educación, es necesario reconocer que la consulta de la medida a los actores involucrados en el sistema educativo, hubiera podido evitar la falta de consenso que se ha generado y, en el mejor de los casos, hubiera podido fijar medidas idóneas que cumplan el mismo objetivo que se propone en el Decreto Supremo N° 004-2008-ED, sin los actuales cuestionamientos de su constitucionalidad y eficacia.

Cabe mencionar que esta búsqueda del consenso previo no constituye una tarea simplemente facultativa. La Ley General de Educación, como ya se ha mencionado, establece que el rol del Estado es, entre otras características, “concertador” y “articulador”. Esta doble característica tiene una especial importancia, sobre todo, en la fase de generación de políticas y de medidas específicas, pues puede prevenir la existencia de efectos posteriores que generen conflicto entre los actores. De esta forma, una norma como la prescrita en el Decreto Supremo N° 004-2008-ED que supone su aplicación en los ámbitos regionales y que son susceptibles de afectar a aspirantes a ejercer la función de docentes, pudo haber contado con la opinión de los directamente involucrados (los Gobiernos Regionales) o de sus eventuales instituciones gremiales, tales como el Colegio de Profesores del Perú.

El mismo razonamiento puede aplicarse en relación con el Consejo Nacional de Educación por el carácter consultivo que se le concede por la misma Ley General de Educación (artículo 81°), que menciona que esta instancia participa en *“la formulación, concertación, seguimiento y evaluación del Proyecto Educativo Nacional, las políticas y planes educativos de mediano y largo plazo y las políticas intersectoriales que contribuyen al desarrollo de la educación”*. Dado el carácter plural y especializado del Consejo pudieron agotarse mecanismos de coordinación y consulta capaces de prevenir el resultado que ahora se aprecia.

En este sentido, corresponde incidir nuevamente en la necesidad de que las autoridades del Sector Educación fortalezcan su rol facilitador de consensos y de articulador de esfuerzos colectivos, señalado en la Ley General de Educación.

### **2.3.2. Consistencia técnica de la medida**

Otro nivel de análisis es el de la pertinencia de la medida y su coherencia con los lineamientos de política ya establecidos.

En principio podría decirse que este es el flanco más sólido de la medida, pues su objetivo es lograr la mejora de la calidad docente, punto sobre el cual coinciden todos los sectores, más aún cuando es uno de los ejes fundamentales de la Ley General de

---

<sup>9</sup> En “La República” del 16 de enero de 2008: *“SUTEP presentará demanda de inconstitucionalidad”* (sic).

<sup>10</sup> Al respecto han resultado sumamente ilustrativas las entrevistas a los especialistas Constantino Carvallo, el día 12 de febrero en el programa Prensa Libre (América Televisión), y León Trahtemberg, en “El Comercio” del 11 de febrero y en el Programa “La Hora N” (Canal N) del 14 de febrero. Cabe considerar que ambos especialistas son miembros del Consejo Nacional de Educación.

Educación, del Proyecto Educativo Nacional y del Plan Estratégico Sectorial Multianual del Sector Educación 2007-2011.

Sin embargo, un análisis que parta del diagnóstico situacional otorga elementos adicionales a tener en cuenta.

Como ya se ha mencionado, el Proyecto Educativo Nacional reconoce la existencia de un superávit de personal docente para el conjunto de necesidades educativas y cuestiona claramente la calidad de los institutos superiores<sup>11</sup>. En relación a este aspecto, la implementación de una medida como la prevista en el Decreto Supremo N° 004-2008-ED no asegura que quienes se encuentren en el tercio superior de sus respectivos centros de formación sean los mejores para desempeñar la función docente, frente a aquéllos que no pertenecen a dicho tercio, dentro de su misma institución o de otra diferente.

Esta medida no garantiza que los docentes que postulan hayan tenido una adecuada calidad formativa y por ende tengan un buen desempeño. Esto se debe a la inexistencia de un sistema de evaluación y acreditación de la calidad de la formación que se imparte en las Instituciones de Educación Superior No Universitaria y en las Facultades de Educación de las universidades del país.

Por otro lado, pertenecer al tercio superior no asegura necesariamente la adecuación al perfil que exige la labor educadora, pues puede darse el caso de postulantes que sin pertenecer al tercio tengan más experiencia y hayan obtenido una especialización pedagógica de post grado más rigurosa que la formación inicial. Esta situación puede tomar visos de mayor gravedad en el caso de personas que hayan trabajado durante mucho tiempo bajo la modalidad de contratados, y que aún cuando no pertenezcan al tercio superior, hayan desempeñado sus labores de modo adecuado e incluso sobresaliente.

Asimismo, la política sectorial contenida en el Decreto Supremo N° 004-2008-ED no aborda el problema de la calidad de la formación docente de manera integral, como sí lo hace el Proyecto Educativo Nacional y el Plan Estratégico Sectorial Multianual del Sector Educación (PESEM) 2007-2011. Debido a ello, la medida cuestionada termina siendo una política aislada respecto de las políticas educativas que estos documentos proponen.

En efecto, una de las políticas educativas consiste en la implementación de un Sistema Integral de Formación Docente, a fin de mejorar y reestructurar los sistemas de formación inicial y continua de los profesionales de la educación para lo cual se debe generar estándares claros sobre la buena docencia y acreditar instancias de formación y desarrollo profesional docente, condicionando su acreditación a la capacidad de certificar a los docentes<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> CONSEJO EDUCATIVO NACIONAL. "Proyecto Educativo Nacional al 2021. La educación que queremos para el Perú". Lima, Enero 2007. Página 85.

<sup>12</sup> CONSEJO EDUCATIVO NACIONAL. "Proyecto Educativo Nacional al 2021. La educación que queremos para el Perú". Lima, Enero 2007. Páginas 88 y 89.

La implementación de tales políticas permitirá garantizar que las Instituciones de Educación Superior No Universitaria y Facultades de Educación de las universidades del país ofrezcan un servicio idóneo sobre la base de la evaluación constante, de modo que se pueda asegurar un nivel mínimo de calidad, luego de lo cual sí se podría determinar si los docentes pertenecientes al tercio superior del cuadro de méritos promocional cuentan con una formación óptima, aunque como ya se dijo esta medida no es suficiente por sí misma para garantizar el ejercicio idóneo de la docencia.

Por su parte el PESEM establece como políticas sectoriales la implementación de Programas Nacionales de Formación y de Evaluación Docente, las cuales permitirán una mejor capacitación y calidad de los profesores que ingresen a la Carrera Pública Magisterial.

Por otro lado, se han expresado una serie de cuestionamientos materiales a la implementación de la medida prevista en el Decreto Supremo N° 004-2008-ED basados en las dificultades de tramitación por parte de quienes quieren certificar su pertenencia al pretendido tercio superior.

La casuística que genera el alcance nacional de la norma lleva a una multiplicidad de posibilidades con relación, por ejemplo, al año que debe tomarse como criterio para determinar la pertenencia al tercio superior (¿es el año inicial, el año final, el conjunto de toda la carrera?) o la posible interrupción en la carrera que pudiera haber tenido el potencial postulante (¿en base a que promoción se calcula la pertenencia al tercio superior? ¿a la de inicio o a la de finalización?).

Estas posibilidades, como otras (dificultad para acceso a registros, por paso del tiempo o lejanía), añaden al proceso de contratación de nuevos docentes una serie de dificultades que no se condicen con una política educativa que facilite el acceso a la función docente de aquellos profesionales más idóneos y efectivamente capacitados.

A consideración de la Defensoría del Pueblo, corresponde al Ministerio de Educación evaluar la política sectorial aprobada por el Decreto Supremo N° 004-2008-ED, dentro del marco de las políticas aprobadas por el Proyecto Educativo Nacional y en el Plan Estratégico Sectorial Multianual del Sector Educación 2007-2011, con el fin de establecer en su lugar mecanismos que realmente permitan al Ministerio de Educación identificar del universo de postulantes a aquellos que realmente demuestren niveles óptimos para desempeñar tan importante misión.

### **III. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO SUPREMO N° 04-2008-ED**

#### **3.1. Contenido del Decreto Supremo N° 004-2008-ED**

El Decreto Supremo N° 004-2008-ED aprobó como requisito fundamental para ser contratado como docente a partir del año lectivo 2008 en las Instituciones Educativas Públicas de Educación Básica y Educación Técnica-Productiva del país, ser profesor egresado dentro del tercio superior –y excepcionalmente dentro del 50% superior- del

cuadro de méritos promocional de las Instituciones de Educación Superior No Universitaria y de las Facultades de Educación de las Universidades del País.

Si bien, tal como se expresa en la parte considerativa del referido decreto supremo, esta medida tiene como objetivo “*garantizar la calidad educativa pública a través de la idoneidad de los docentes y autoridades educativas*”, la misma viene siendo cuestionada públicamente porque representaría una vulneración al derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

Dada la trascendencia del tema, conjuntamente con el análisis de esta medida bajo la óptica de las políticas de Estado, la Defensoría del Pueblo, en atención a su mandato constitucional, ha considerado también como imprescindible analizar su constitucionalidad.

### **3.2. Ámbito de aplicación del Decreto Supremo N° 04-2008-ED**

El Decreto Supremo N° 014-2008-ED dispone una limitación de ingreso circunscrita a la contratación de docentes en instituciones educativas públicas, sin afectar, en estricto, el ingreso a la carrera pública magisterial.

Ello es así porque de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, ésta regula el *ingreso, los derechos y deberes de los servidores públicos que con carácter estable, prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública*, características que por el propio régimen laboral, no comparten los docentes que prestan servicios bajo la modalidad de contratos de trabajo, más aún cuando el artículo 34° de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, prescribe que el ingreso a la carrera pública del profesorado se efectúa por nombramiento.

Pero que los docentes contratados no formen parte de la carrera pública, no implica que no cumplan una función pública. Así, el artículo 2° del Código de Ética de la Función Pública define como función pública a “*toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos*”.

En el caso materia del presente informe, si bien es cierto que no nos encontramos ante un proceso de acceso a la carrera pública magisterial, es evidente que sí estamos frente a un supuesto de acceso a la función pública docente, inserto bajo el ámbito de aplicación del artículo 15° de la Constitución, que prescribe que “*La ley establece los requisitos para desempeñarse como (...) profesor de un centro educativo...*”.

### **3.3. El derecho de acceso a la función pública docente en condiciones de igualdad.**

Al respecto, conviene enfatizar que el derecho a acceder a la función pública o a empleos públicos en condiciones de igualdad encontró su origen en la Declaración de Derechos del Ciudadano de 1789 que señalaba “*igual acceso a todos los empleos públicos*”, encontrando eco en otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 21) “*toda persona*

*tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país*”, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25, inciso c) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23). Esta consagración internacional permite calificar el derecho de acceso como un derecho fundamental a pesar de que no esté contemplado expresamente en la Constitución.

Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional al señalar que “(...) *la Constitución no contiene enunciado en su catálogo de derechos el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. No obstante, este derecho conforma nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte*<sup>13</sup>”.

El ejercicio de este derecho no supone que para el acceso a la función pública, se deba dejar de lado las condiciones de capacidad que la ley razonablemente exige, sino que todo ciudadano cuando cumpla con esas condiciones objetivas de capacidad y mérito, puede aspirar a acceder a todos los empleos, sin discriminación alguna.

Por ello, cuando los instrumentos internacionales aluden a condiciones generales de igualdad, debe entenderse que se refieren a que el legislador de cada país, al establecer los requisitos para acceder a un cargo público, no puede realizar diferencias de trato irracionales o arbitrarias entre los concursantes, sino que dichas condiciones deben estar referidas a los conceptos de mérito y capacidad.<sup>14</sup> Del mismo modo, la igualdad se predica sólo de las condiciones establecidas para cada cargo o función; no puede pretenderse igualdad para el acceso en cargos diferentes, de modo que pueden ser distintos los requisitos o condiciones que los ciudadanos deben reunir para aspirar a los distintos cargos o funciones<sup>15</sup>.

A su vez, este derecho tampoco significa que el Estado quede obligado a conceder empleos a quienes se lo requieran, sino sólo a garantizar la participación de todos sus ciudadanos en plano de igualdad cuando exista la necesidad de dar cobertura a algún cargo público.

Ahora, si bien es cierto que se reconoce al derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad como la concretización, en materia de función pública, del principio-derecho de igualdad, hay que tener en cuenta que este derecho es autónomo y diferente al de igualdad, pues tienen objetos de protección diferentes.

En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano al señalar que:

*“(...) este derecho es autónomo y diferente al de la igualdad. Aunque relacionado, son muy diferentes los objetos de protección de cada uno de estos derechos. En un caso es la igualdad el bien protegido, en el otro, es el acceso a*

<sup>13</sup> STC. Exp. N° 0025-2005-PI/TC Y 0026-2005-PI/TC. FJ 24

<sup>14</sup> MARTINEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Otros. *Constitución Española*. 4ª Edición, editorial Colex, 2002. Pág. 200. Como se verá más adelante, mérito y capacidad pueden ser considerados como el contenido esencial del derecho constitucional de acceso a la función pública y, por tanto, a la carrera administrativa.

<sup>15</sup> MARTINEZ DE PISON, Iñigo. *Régimen jurídico de la Función Pública y derecho al cargo*. Madrid. Editorial Civitas. S.A. 1995. Págs. 285-286

*la función pública. El único vínculo del derecho de acceso a la función pública con el de igualdad es la exigencia de que tal acceso lo sea en condiciones de igualdad; pero este particular reforzamiento de este aspecto no puede llevar a confundir una parte del derecho con el objeto o bien protegido del mismo<sup>16</sup>”.*

### **3.4. El principio de reserva de ley para el establecimiento de restricciones al acceso a la función pública docente en condiciones de igualdad**

Como hemos explicado líneas arriba, en el presente caso nos encontramos frente a la restricción del derecho de igualdad en el acceso a la función pública docente, esto es, frente a la restricción de un derecho fundamental.

Tal como lo ha explicado el Tribunal Constitucional<sup>17</sup>, el establecimiento de restricciones a un derecho fundamental debe realizarse con un apegado respeto al principio de legalidad. Este principio tiene su fundamento constitucional en el literal a) del inciso 24º del artículo 2º de la Constitución, que textualmente prescribe que *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*.

Esta exigencia también se basa, como agrega el Tribunal Constitucional, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente en el artículo 30º de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual *“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”*.

Más aún, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la satisfacción de las exigencias que demanda dicho principio de legalidad para el establecimiento de los límites sobre los derechos fundamentales requiere de la expedición de una norma con rango legal formal, esto es, expedida por el Poder Legislativo y promulgada por el Ejecutivo de acuerdo con el procedimiento preestablecido. Del mismo criterio ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener, en su opinión Consultiva N° 6/86, párrafo 26, que *“la expresión leyes (...) no puede tener otro sentido que el de ley formal”*, pese a que ha admitido también que la exigencia de la ley formal *“no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, y sujeta a control legislativo eficaz”*.

Como es evidente en el caso del Decreto Supremo N° 04-2008-ED, la restricción de acceso a la función pública docente que ésta establece no ha sido aprobada mediante una norma de rango legal, ni tampoco ha sido producto de una delegación expresa del legislador al Poder Ejecutivo, por lo que vulnera el principio de legalidad antes mencionado y, por tanto, es formalmente, inconstitucional.

Abunda en este sentido, el artículo 15º de la Constitución que dispone, de modo complementario con el literal a) del inciso 24º del artículo 2º del mismo texto

<sup>16</sup> STC. Exp. N° 0025-2005-PI/TC Y 0026-2005-PI/TC. FJ 11.

<sup>17</sup> STC 2235-2004-AA/TC, fundamentos 4 y siguientes.

constitucional, que es “*La ley (la que) establece los requisitos para desempeñarse como (...) profesor de un centro educativo*”.

### 3.5. Análisis de razonabilidad y proporcionalidad al caso concreto

Tanto la generalidad de la doctrina, como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han dejado en claro que la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Por el contrario, al lado de esta garantía normativa de los derechos fundamentales, el último párrafo del artículo 200º de la Constitución ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad<sup>18</sup>.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en relación con los requisitos especiales que se establezcan para acceder a una función pública, el Tribunal Constitucional ha señalado que el problema constitucional no reside en la admisibilidad o no del requisito<sup>19</sup> sino, fundamentalmente, en determinar si tal requisito –como el caso del tercio superior– se justifica o no, por lo que ello se debe examinar bajo el principio de proporcionalidad, puesto que si el requisito no supera este principio, resultará también inconstitucional<sup>20</sup>.

Desde esta perspectiva, si bien establecer como requisito la pertenencia al tercio superior tiene una finalidad legítima (proveer a la educación pública de docentes calificados), corresponde analizar dicha restricción sometiéndola a un test de razonabilidad y proporcionalidad, con el fin de verificar si tiene justificación constitucional.

#### 3.5.1. Principio de Razonabilidad

Por virtud del principio de razonabilidad, la doctrina y jurisprudencia constitucional exigen que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso, pues sólo la protección de fines constitucionalmente relevantes justifica una intervención estatal en el ejercicio de un derecho fundamental.

Pero, tal como sostiene Marcial Rubio Correa<sup>21</sup>, unido a este criterio, el desarrollo jurisprudencial del Tribunal ha consolidado otro que lo complementa: que el *principio de razonabilidad* exige que una medida restrictiva como la del tercio superior debe cumplir con el requisito de ser generalmente aceptada por la colectividad como una respuesta adecuada a los retos que presenta la realidad, haciendo énfasis en que dicha restricción debe estar sostenida en argumentos objetivos y no subjetivos, en valores y principios aceptados. Sostiene el autor que debe hacerse un tratamiento imparcial de las personas

<sup>18</sup> Artículo 200º.- (...)

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. (...)

<sup>19</sup> Ello si tendría sentido respecto al principio-derecho a la igualdad pues habría que determinar si el establecimiento de requisitos especiales se sustentan en motivos proscritos por la Constitución Política, como son el de raza, sexo, religión o de cualquier otra índole, entendida como aquella característica que tenga trascendencia social efectiva o un impacto en la posición del individuo dentro de la sociedad.

<sup>20</sup> STC. Exp. N° 0025-2005-PI/TC Y 0026-2005-PI/TC. FJ 57.

<sup>21</sup> RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. pág. 247.

a las que se les aplica la restricción y, cuando sea pertinente, se debe aplicar la regla de que *“donde hay la misma razón, hay el mismo derecho”*.

Así, de la lectura de la parte considerativa del Decreto Supremo N° 04-2008-ED, puede deducirse que el objetivo de la medida restrictiva de *“garantizar la calidad en las Instituciones Educativas Públicas, la idoneidad de los docentes y autoridades educativas y su buen desempeño para atender el derecho de cada alumno a un maestro competente”* tiene la finalidad de garantizar el derecho que tienen todos y todas, especialmente los niños y niñas, a recibir una educación de calidad.

A la Defensoría del Pueblo no le cabe la menor duda de que esta finalidad es válida, y que no sólo debe ser compartida sino promovida desde los diferentes estamentos del Estado y de la sociedad, pues supone el cumplimiento de la función constitucional del Estado de asegurar la provisión de una educación adecuada (artículo 15° de la Constitución), que tenga por finalidad el desarrollo integral del ciudadano (artículo 13° de la Constitución). Más aún, este objetivo debe constituir la columna vertebral de una política educativa nacional.

Ahora bien, puesto en estos términos, la certeza de que nos encontramos ante una medida mínimamente lógica para lograr el fin esperado, cede ante la falta de parámetros que nos permitan visualizar concretamente la real conexión que existe entre la medida y el fin. En efecto, el Decreto Supremo N° 04-2008-ED no contiene ni hace referencia a datos objetivos (recopilados de estudios técnicos o similares) que establezcan la indubitable relación lógica entre el requisito de tercio superior y la finalidad de contar con una mejor calidad educativa.

Ello, en principio porque no se explica cómo esta sola medida pueda servir para lograr una finalidad que está conformada por diversidad de factores, pues la garantía de una educación de calidad no se circunscribe a tener docentes capaces, sino que también está constituida por factores fundamentales como una adecuada política remunerativa, la calidad de la currícula, la provisión de material educativo adecuado, entre otros. Asimismo, si el fin se circunscribiera solamente a proveer al Estado de profesores idóneos, también se puede afirmar que la sola medida del tercio superior no agota los factores que influyen en el cumplimiento de este fin, pues entre éstos también están la rigurosa supervisión de la calidad de la educación pedagógica que los docentes reciben, y su capacitación y evaluación permanente, tal como manda el artículo 15° del texto constitucional.

En todo caso, dicha relación entre la medida y la finalidad, estaría siendo establecida, en primer lugar, de modo desconectado de los otros factores, pero además, a través de una percepción sin justificación objetiva y suficiente que permita concluir que nos encontramos ante una medida razonable en términos constitucionales.

Por lo demás, tampoco existen datos que fundamenten la razonabilidad de adoptar una medida de este tipo circunscrita sólo a la función pública docente y no a la generalidad de la función pública. De ello, no existe parámetro válido para verificar si aplicar el requisito de tercio superior a docentes y no al resto de funcionarios públicos, vulnera el principio de *“a igual razón, igual derecho”*.

De este modo, la Defensoría del Pueblo considera que la medida del tercio superior no supera el test de razonabilidad y que, por tanto, bastaría con este solo motivo, para considerarlo inconstitucional. No obstante, en el hipotético caso negado que se considerase que la medida guarda razonabilidad con la finalidad deseada, resulta necesario que dicha medida supere el test de proporcionalidad que desarrollamos a continuación.

### **3.5.2. Principio de proporcionalidad**

Tal como lo sostiene Carlos Bernal Pulido, la aplicación del principio de proporcionalidad parte del supuesto de que los derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible<sup>22</sup>. En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano<sup>23</sup> ha precisado que el principio de proporcionalidad presupone la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales, de modo que la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención en restricción.

Para ello, el principio de proporcionalidad exige, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y, por este motivo, con el fin de determinar si la afectación al derecho fundamental de acceso a la función pública docente en condiciones de igualdad es constitucionalmente proporcional al bien jurídico constitucional que se pretende proteger -la mejora de calidad de la función pública docente y del derecho de educación- es que realizamos el siguiente análisis.

#### **a) Examen de idoneidad**

El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente válido y legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél. Según este criterio, a diferencia del principio de razonabilidad, lo que se verifica aquí es si más allá de la relación lógica entre medio y fin, el medio es eficiente, efectivo, adecuado para lograr la finalidad esperada.

En este punto radica parte fundamental de las críticas que desde diversos sectores se plantean contra este proyecto. Así, se sostiene que la medida no es idónea porque presupone una homogeneidad que en la realidad no existe en el nivel de calidad de la educación de todas las instituciones de formación pedagógica, tanto universitaria como superior, por lo que –en el Perú- no se está en condiciones de asegurar que, efectivamente, quienes pertenezcan al tercio superior de una institución sean realmente

<sup>22</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad de la legislación penal*. En: Justicia Constitucional N° 3. Lima, Palestra Editores, 2007. pág. 232.

<sup>23</sup> A propósito, puede verse la STC 1209-2006-AA/TC, fundamentos 56 y 57, entre otras.

mejores docentes que aquellos que no pertenecen a dicho tercio en otras instituciones educativas, lo que supone más bien un trato desigual y arbitrario por injustificado.

En ese sentido nos pronunciamos en el Informe Defensorial “Con corrupción no hay educación” al señalar que *“existe una oferta excesiva de instituciones que ofrecen la carrera de Educación (354 institutos pedagógicos y 54 universidades que cuentan con Facultades de educación). Muchas de ellas no brindan una formación de calidad”*<sup>24</sup>.

En relación con ello y con diversas razones que se expresan, se sostiene que la medida tampoco guarda relación con la finalidad esperada, dado que la pertenencia al tercio superior no supone, necesariamente, que el docente cumpla con el perfil óptimo para asumir una labor educadora y menos que pueda cumplirla de mejor modo que otros que, no perteneciendo al tercio, tengan más experiencia y hayan obtenido, por ejemplo, una especialización pedagógica de post grado más rigurosa.

La situación se agrava en el caso de docentes que han trabajado durante algún tiempo – en algunos casos, años- en calidad de contratados, que no perteneciendo al tercio superior, han desempeñado su labor de modo suficiente y en ocasiones de modo destacado. De acuerdo con el sentido del Decreto Supremo N° 04-2008-ED, estos docentes no podrían seguir siendo contratados, pese a que tendrían acreditada capacidad para cumplir función docente. Esta situación no toma en cuenta una política pública específica en materia de selección docente, aprobada en la Ley de Carrera Magisterial, que si bien se aplica para el ámbito de los docentes nombrados, también debería ser tomada en cuenta para el ámbito de la contratación de docentes. Estos criterios de selección son:

- Evaluación de los **logros obtenidos** en función a la tarea pedagógica
- **Grado de cumplimiento de las funciones y responsabilidades** del profesor en función de la planificación curricular anual y en su contribución al logro de los objetivos de desarrollo institucional.
- **Dominio del currículo, de los contenidos pedagógicos** del área y/o nivel, de los aspectos metodológicos y de los procesos de evaluación.
- **Innovación** pedagógica

Como podrá observarse, quienes sustentan la idoneidad de la medida toman posición en base a percepciones, toda vez que no existen datos objetivos que permitan fundamentar de modo cierto que el requisito de tercio superior es adecuado para lograr la finalidad de contar con mejores docentes y con mejor calidad educativa.

Por las consideraciones expuestas la Defensoría del Pueblo considera que la medida restrictiva al acceso a la función pública docente en condiciones de igualdad no supera el test de idoneidad en relación con el bien jurídico constitucional que pretende privilegiar (la calidad de la función pública docente), motivo por el cual dicha medida resulta también en este extremo, inconstitucional.

---

<sup>24</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO. Ob.cit. Pág. 60.

No obstante, en el hipotético caso negado que se considerase que la medida es idónea para alcanzar la finalidad deseada por el Decreto Supremo N° 04-2008-ED, resulta necesario que dicha medida supere el examen de necesidad que desarrollamos a continuación.

## b) Examen de necesidad

Respecto al criterio de necesidad, el Tribunal Constitucional ha establecido que este criterio importa dos aspectos a analizarse “ a) si existen medios alternativos igualmente idóneos para la realización del objetivo y, b) si tales medios no afectan al principio de igualdad o, de hacerlo, la afectación reviste menor intensidad que la del cuestionado”<sup>25</sup>. Como lo precisa el propio Tribunal, “se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin”<sup>26</sup>.

En el presente caso, tal como lo ha expresado la Defensoría del Pueblo<sup>27</sup>, la finalidad trazada por el Poder Ejecutivo podría lograrse con otros medios igual o más eficaces como son el establecimiento de un **sistema nacional de capacitación continua** de los docentes que responda de manera selectiva a sus necesidades de actualización, así como propiciar el profesionalismo e incentivar las buenas prácticas pedagógicas de los docentes, lo cual se podría lograr estableciendo mecanismos que aseguren estándares mínimos de calificación para el ingreso de los docentes, entre los cuales podrían aplicarse políticas dirigidas a garantizar la calidad en su etapa formativa profesional (para lo cual se requiere el funcionamiento óptimo de un **sistema de control y acreditación** de instituciones de formación), o en la implementación de criterios de evaluación objetivos que garanticen que quienes ingresen cumplan el perfil requerido para el puesto, luego de lo cual se les deberá evaluar de acuerdo con los resultados y desempeño en el aula, entre otras medidas.

Específicamente, respecto al derecho de acceso a la función pública en igualdad de condiciones, el Tribunal Constitucional ha señalado “(...) una restricción innecesaria del ejercicio del mismo constituye una restricción inconstitucional (...) la restricción innecesaria se produce, en otros términos, cuando el legislador adopta un medio que restringe el ejercicio de un derecho, no obstante la existencia de otro medio que también es idóneo para realizar el objetivo, pero que, a diferencia del optado por el legislador, no restringe el ejercicio del derecho de acceso a la función pública”<sup>28</sup>.

En atención a lo anterior, la Defensoría del Pueblo concluye que el establecimiento del requisito del tercio superior para acceder a la función pública no es el único posible para lograr el objetivo de mejorar la calidad de los docentes a cargo de la educación pública, y por tanto, no supera el presente examen de necesidad.

<sup>25</sup> STC. Exp. N° 0025-2005-PI/TC Y 0026-2005-PI/TC. FJ 91.

<sup>26</sup> STC1209-2006-AA/TC, fundamento 59.

<sup>27</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO. Ob. cit. Pág. 60.

<sup>28</sup> STC. Exp. N° 0025-2005-PI/TC Y 0026-2005-PI/TC. FJ 96.

Por las consideraciones expuestas la Defensoría del Pueblo considera que la medida restrictiva al acceso a la función pública docente en condiciones de igualdad no supera el examen de necesidad en relación con el bien jurídico constitucional que pretende privilegiar (la calidad de la función pública docente), motivo por el cual dicha medida resulta también en este extremo, inconstitucional.

En suma, no habiendo superado la medida restrictiva los exámenes de idoneidad y necesidad, corresponde proseguir con el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

### **c) Examen de proporcionalidad en sentido estricto**

Una condición indispensable para realizar el test de proporcionalidad en sentido estricto es suponer que la medida ha superado los exámenes de razonabilidad, idoneidad y necesidad, pues a este nivel lo que se realiza es la medición valorativa entre lo que se afecta y lo que se obtiene. En el presente caso la medida restrictiva no ha superado ninguno de los exámenes, por lo que no correspondería realizar este examen.

Sin embargo, es conveniente evidenciar que aplicado el examen de proporcionalidad al Decreto Supremo N° 04-2008-ED, advertimos que tampoco lo supera.

Así, el Tribunal Constitucional en la STC N° 0050-2004-AI/TC, precisó que

*“(…) de acuerdo con el principio de proporcionalidad, strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental”.*

De acuerdo con el mismo Tribunal, aquí rige la ley de la ponderación, según la cual *“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”*<sup>29</sup>

A propósito de la intensidad de la afectación sobre un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha señalado que el grado de intensidad de la intervención en el mandato de igualdad de condiciones en el acceso a la función pública siempre será grave, por cuanto incide en un derecho constitucional<sup>30</sup>.

En esa medida, si la afectación del derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad es grave, el grado de realización del objetivo de contar con mejores docentes para una mejor calidad educativa, debe ser proporcional a aquella gravedad.

---

<sup>30</sup> A propósito, puede revisarse el fundamento 70 de la STC 0025-PI/TC Y 0026-2006-PI/TC.

De acuerdo con los pasos previos del test, ha quedado demostrado que la medida no es ni razonable, ni idónea, ni necesaria. Si bien puede sostenerse que el objeto constitucional que pretende proteger es sumamente valioso y, por lo tanto, podría ser correspondiente con la gravedad de la afectación, tal como se tiene dicho hasta ahora, de acuerdo con el test aquí aplicado, no existen justificación suficiente que permita concluir que la medida de establecer el requisito de tercio superior tendrá si quiera un grado mínimo de efectividad en la mejora sustancial de la educación en el Perú.

De este modo, la Defensoría del Pueblo considera que la medida restrictiva al acceso a la función pública docente en condiciones de igualdad no supera tampoco el examen de proporcionalidad en sentido estricto, por lo que en este extremo también resulta inconstitucional.

#### **IV. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS ORDENANZAS REGIONALES QUE INAPLICAN EL DECRETO SUPREMO Nº 004-2008-ED**

La expedición del Decreto Supremo Nº 04-2008-ED ha generado además de las posiciones contrarias ya referidas sobre su inconstitucionalidad e ineficacia, posiciones discrepantes por parte de diferentes Gobiernos Regionales respecto a la competencia de éstos y del Gobierno Nacional para regular las políticas de acceso a la función pública docente. Así, los medios de comunicación han informado que al menos 17 Gobiernos Regionales, han anunciado la expedición de ordenanzas regionales dirigidas a dejar sin efecto dicho decreto dentro de sus ámbitos territoriales, bajo la tesis de su inconstitucionalidad, reconociéndose competentes para regular esta materia.

Frente a ello, el Ministro de Educación ha advertido que se tomarían medidas, incluso de carácter penal, contra los Presidentes Regionales por invasión de competencias propias del Gobierno Nacional. En este contexto, los grupos parlamentarios de Unión por el Perú y el Partido Nacionalista Peruano han presentado sendos proyectos de ley, proponiendo la derogación del Decreto Supremo Nº 04-2008-ED. Asimismo, la bancada de Unidad Nacional presentaría un proyecto de ley sobre “armonización de competencias entre el Gobierno Nacional y los gobiernos regionales en materia educativa”.

La Defensoría del Pueblo, en atención a su mandato constitucional, ha considerado imprescindible analizar la constitucionalidad de la expedición de ordenanzas regionales para dejar sin efecto el decreto supremo materia de análisis. Para ello, resulta necesario determinar las competencias tanto del gobierno nacional como de los gobiernos regionales en materia de políticas de educación, específicamente en lo relativo a la contratación y/o nombramiento de personal docente, de conformidad con las normas constitucionales y la legislación vigente.

El marco normativo respecto a las competencias del gobierno nacional y los gobiernos regionales en materia de educación es extenso debido a la diversidad de leyes que regulan esta materia. Sin embargo, para una clara determinación de los ámbitos de competencia propios del Gobierno Nacional y de los Gobiernos Regionales en esta materia, conviene tener en cuenta el *principio de taxatividad* y la *cláusula de residualidad*, recogido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha 13 de julio de 2007, recaída en el Exp. Nº 00024-2006-AI, según la cual:

*“(…) las competencias regionales sólo serán aquellas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes de desarrollo de descentralización, de modo que lo que no esté señalado en ellas, será de competencia exclusiva del gobierno central. Los gobiernos regionales, por tanto, no tienen más competencias que las que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido. De ahí que se encuentren sometidos al principio de taxatividad, y que las competencias que no les han sido conferidas expresamente correspondan al gobierno nacional (cláusula de residualidad)”.*

En el caso que nos ocupa, el bloque de constitucionalidad que regula la asignación de competencia está conformado, a partir del artículo 16º de la Constitución, por el artículo 4º de la Ley Orgánica del Ministerio de Educación, artículo 26º de la Ley de Bases de Descentralización, artículo inciso a) del artículo 45º de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y del artículo 80 de la Ley General de Educación, del que se desprende que las políticas nacionales en materia de educación, básicamente en la contratación y nombramiento de personal docente, debe ser establecida por el gobierno nacional, mientras que los gobiernos regionales, a través de sus Unidades de Gestión de Educativa Local en coordinación con su Dirección Regional de Educación, deben conducir el proceso de evaluación y de ingreso del personal docente y administrativo y desarrollar acciones de personal, atendiendo los requerimientos de la Institución Educativa.

Abunda en esta conclusión, jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ya ha tenido oportunidad de pronunciarse mediante la sentencia del 24 de abril de 2006, recaída en un proceso de inconstitucionalidad (Expediente 047-2004-AI/TC, fundamento 148), en los siguientes términos:

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

En tal virtud, los gobiernos regionales no podrían expedir ordenanzas para dejar sin efecto el requisito del tercio superior exigido para la contratación de docentes en las escuelas públicas, (aún cuando el Decreto Supremo N° 004 -2008-ED sea inconstitucional), pues el establecimiento de las políticas respecto a la contratación y/o nombramiento de personal docente es una competencia del gobierno nacional, a través del Ministerio de Educación.

Conviene precisar que si bien los gobiernos regionales tienen autonomía normativa, de acuerdo con el inciso 6) del artículo 192º de la Constitución, esta autonomía no es ilimitada sino que debe ser ejercida respetando los límites territoriales y competenciales.

En ese orden de ideas, los gobiernos regionales pueden expedir ordenanzas regionales dentro de su propio ámbito territorial y de acuerdo al conjunto de materias que le hayan sido atribuidas, de forma exclusiva o compartida por la Constitución y las leyes respectivas

Siendo ello así, una ordenanza regional puede desplazar en su aplicación a una ley nacional siempre y cuando dicha ordenanza regule una materia de su competencia, de conformidad con el reconocimiento constitucional de su autonomía política.

De este modo, tal como hemos señalado, si las políticas de contratación de personal docente son de competencia exclusiva del Ministerio de Educación, los gobiernos regionales se encuentran impedidos constitucionalmente de avocarse a la expedición de normas que abarquen esta específica competencia.

En ese sentido, aún cuando el Decreto Supremo N° 04 -2008-ED es inconstitucional, como lo sostiene el presente informe, los gobiernos regionales deben abstenerse de expedir ordenanzas para dejarlo sin efecto, pues ello supone un grave quebrantamiento del Estado democrático de Derecho y del orden constitucional, que debe ser el parámetro a partir del cual los ciudadanos y sus autoridades resuelvan sus diferencias allí donde las hubieran.

Este marco constitucional exige la utilización de mecanismos democráticos para buscar la derogación o invalidación de la norma que se considera inconstitucional, tales como la presentación de una demanda de acción popular contra el Decreto Supremo, la presentación de demandas de amparo por parte de ciudadanos y ciudadanas que se consideren afectadas por la aplicación de esta norma, la participación política a través de la representación parlamentaria, vía la discusión en el Congreso de una norma que modifique o derogue la norma cuestionada, o, la propia modificación o derogación del Decreto Supremo N° 04 -2008-ED.

## CONCLUSIONES

1. La expedición del Decreto Supremo N° 004-2008-ED, que establece como política sectorial la pertenencia al tercio superior para el acceso a la contratación de profesores, si bien tiene como objetivo lograr la mejora de la calidad docente, constituye una medida que no se enmarca en una política educativa integral que el Estado tiene la obligación de implementar y desarrollar, de acuerdo con el mandato del artículo 16° de la Constitución Política.

De acuerdo con lo desarrollado en el informe, la medida no guarda coherencia con el mandato constitucional del artículo 15° y 16° de la Constitución, y con el diseño de política educativa expresada en la Ley General de Educación, Ley N° 29062 y en el Proyecto Educativo Nacional y el Plan Estratégico Multisectorial del Sector Educación 2007-2011.

Esto se pone en evidencia, porque el referido decreto supremo no explicita una base técnica sobre la cual se fundamente la conveniencia, eficiencia y eficacia de la medida para lograr el objetivo que se propone. La ausencia de parámetros o indicadores de medición de su resultado, por ejemplo, constituye una seria limitación para analizar no solo su validez técnica sino su constitucionalidad.

2. El Decreto Supremo N° 04-2008-ED, es inconstitucional, tanto por la forma como por el fondo, por vulnerar el derecho fundamental de acceso a la función pública docente en condiciones de igualdad.

Es inconstitucional por la forma porque ha establecido una restricción de ingreso a la función pública docente, contraviniendo el principio de reserva de ley para la restricción de derechos fundamentales, previsto en el literal a) del inciso 24° del artículo 2° de la Constitución, dado que no ha sido incorporado a través de una norma legal formal ni mediante delegación de facultades del Congreso, sino a través de un decreto supremo, que tiene rango infralegal, conforme lo establece el inciso 5) del artículo 200° de la Constitución.

Es inconstitucional por el fondo, porque la referida restricción constituye una medida sin fundamento constitucional, por no ser ni razonable, ni idónea, ni necesaria ni proporcional con el bien constitucional que pretende proteger (la calidad de la función pública docente y la mejora de la educación pública), de acuerdo con los parámetros fijados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se explican en el cuerpo del informe.

3. Los gobiernos regionales no tienen justificación constitucional para expedir ordenanzas dirigidas a dejar sin efecto o inaplicar el Decreto Supremo N° 004 -2008-ED, aún cuando fundamenten dicha decisión en la inconstitucionalidad del referido decreto supremo.

Ello por cuanto la competencia para fijar políticas sectoriales en materia de personal (incluido el personal docente), así como implementar la carrera pública magisterial,

es de competencia exclusiva del Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación.

En ese sentido, cualquier iniciativa dirigida a atacar la inconstitucionalidad del decreto supremo debe ser canalizada a través de las vías procesales que la Constitución y las leyes prevén y que son propias de un Estado democrático de Derecho.

## **RECOMENDACIONES**

### **RECOMENDAR al Congreso de la Republica**

1. ESTABLECER, en el marco de la discusión de las iniciativas legislativas, pautas para garantizar la capacidad y el merito en la contratación de los docentes, superando el actual conflicto generado por el Decreto Supremo N° 04-2008-ED.

### **RECOMENDAR al Ministerio de Educación**

2. DEROGAR el requisito contenido en el Decreto Supremo N° 04-2008-ED dado que es inconstitucional por la forma y por el fondo, conforme a las consideraciones desarrolladas en el presente informe.

3. PROPONER la implementación de un sistema integral de capacitación y de calidad docente, en el marco de las políticas educativas contenidas en el Proyecto Educativo Nacional y en el Plan Estratégico Sectorial Multianual del Sector Educación (PESEM) 2007-2011, haciendo uso de los mecanismos de diálogo, participación y consenso que permitan concertar y articular dichas políticas.

### **RECOMENDAR a los Gobiernos Regionales**

4. REVISAR y DEJAR SIN EFECTO aquellas ordenanzas que hayan inaplicado el requisito del tercio superior dispuesto por el Decreto Supremo N° 04-2008-ED.

Asimismo aquellas autoridades de los Gobiernos Regionales que no hubiesen emitido ordenanzas, RECORDARLES que la competencia para regular la contratación de docentes es del Gobierno Nacional, y en consecuencia, deben abstenerse de dictar ordenanzas que contradigan esta disposición. En esa medida EXHORTARLES a utilizar los mecanismos legales preestablecidos para cuestionar disposiciones que contravengan la Constitución.

### **RECOMENDAR a los Jueces de la Republica**

5. RECURRIR al control difuso de constitucionalidad regulado en el artículo 138 de la Constitución cuando conozcan eventuales procesos judiciales contra los actos de aplicación del Decreto Supremo N° 04-2008-ED. Ello en virtud a que el referido decreto es inconstitucional tanto por la forma, por vulnerar el principio de reserva de ley, como

por el fondo, por no respetar el principio de razonabilidad y proporcionalidad, de acuerdo con los criterios desarrollados en el presente informe. Asimismo recordar el mismo lineamiento a las Salas Superiores que eventualmente conozcan de procesos de acción popular promovidos contra el Decreto Supremo N° 04-2008-ED.

### **RECOMENDAR al Tribunal Constitucional**

6. RECURRIR al control difuso de constitucionalidad regulado en el artículo 138 de la Constitución cuando conozcan en vía de recurso de agravio constitucional eventuales procesos judiciales contra los actos de aplicación del Decreto Supremo N° 04-2008-ED. Ello en virtud a que el referido decreto es inconstitucional tanto por el forma, por vulnerar el principio de reserva de ley, como por el fondo, por no respetar el principio de razonabilidad y proporcionalidad, de acuerdo a los criterios desarrollados en el presente informe.