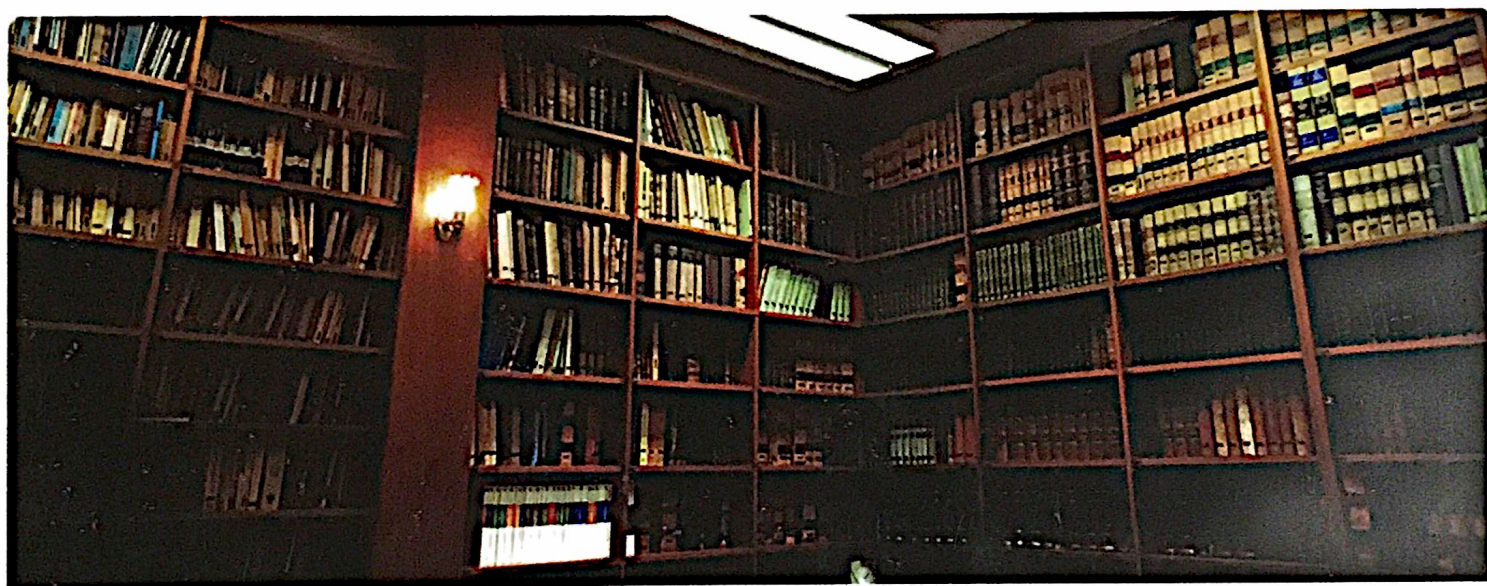


LAS FUENTES DE PRODUCCIÓN NORMATIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

(JERARQUÍA, COMPETENCIA Y FUNCIÓN CONSTITUCIONAL)

EMILIO TAFUR CHARÚN



BIBLIOTECA DE DERECHO
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE
LIMA, 2015

EMILIO TAFUR CHARÚN

Emilio Tafur Charún (Seattle, 1964) Abogado titulado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con mención Sobresaliente cum laude. En su calidad de abogado, ha trabajado para empresas transnacionales que operan en Perú. Asimismo, se ha desempeñado como contratista del gobierno estadounidense. Actualmente, está dedicado al ejercicio independiente de la profesión.

El presente libro se divide en nueve capítulos. En el primero, se estudia la Constitución como diseminadora de poder político y administrativo, así como la necesidad de la aplicación de la competencia y de la función constitucional como criterios de incardinación normativa. A continuación, se analiza el concepto de competencia y la relación competencial entre fuentes normativas privativas de un mismo ordenamiento. Seguidamente, se desarrolla la relación entre el ordenamiento nacional y la pluralidad de ordenamientos territoriales. Posteriormente, se explora la virtual desmitificación del concepto de «ley» y la potestad reglamentaria del Presidente de la República; para luego, desarrollar el concepto de autonomía y los decretos de urgencia en el aspecto relativo a la virtualidad que detentan. Además, se estudian los ordenamientos territoriales y los alcances de la autonomía política de la cual están dotados, así como las normas con rango de ley y su incardinación dentro de la estructura normativa territorial y nacional. Finalmente, se analizan los puntos de conexión entre instituciones y ordenamientos, a partir del principio constitucional de coordinación y cooperación y, con ello, la colaboración normativa entre las mismas instituciones.

**LAS FUENTES DE PRODUCCIÓN NORMATIVA
EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993
(JERARQUÍA, COMPETENCIA Y FUNCIÓN CONSTITUCIONAL)**

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

BIBLIOTECA DE DERECHO DEL **ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

Las fuentes de producción normativa
en la Constitución de 1993
(jerarquía, competencia
y función constitucional)

Emilio Tafur Charún

**LAS FUENTES DE PRODUCCIÓN NORMATIVA
EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993
(JERARQUÍA, COMPETENCIA Y FUNCIÓN CONSTITUCIONAL)**

© Emilio Tafur Charún, Autor
adso8474@yahoo.com

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Primera edición, noviembre 2015
Tiraje: 500 ejemplares

Diseño de cubierta: Katya Rosales Báscones
Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Henry Revett n.º 220 Lima - Lima - Santiago de Surco

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2015-16095

ISBN: 978-612-46837-1-8

Impreso en el Perú - Printed in Peru

A mi padre. Siempre.

A Tadeo, el príncipe católico que vino a recuperar su corona.

A ella, por ese tiempo que fue suyo y mío.

ÍNDICE

	Página
Prólogo	11
Introducción	13
1. La Constitución como fuente de fuentes y competencia de las competencias (el bloque legal de constitucionalidad)	19
2. La idea de competencia	35
3. Relación entre el ordenamiento nacional y los ordenamientos territoriales	53
4. El concepto de ley	68
5. Potestad reglamentaria del Presidente de la República (¿Existen reglamentos autónomos en el Derecho peruano?)	90
6. Administraciones públicas constitucionales de base no territorial y su potestad reglamentaria (concepto de autonomía)	103
6.1. La potestad reglamentaria de los organismos reguladores	131
7. Decretos de urgencia como medidas de intervención y subversión de competencias	144

8. Ordenamientos territoriales	171
8.1. Potestad legislativa y autonomía política	171
8.2. Potestad reglamentaria y autonomía administrativa territorial	190
9. Otros instrumentos de conexión entre ordenamientos (políticas y planes)	199

PRÓLOGO

Conozco a Emilio Tafur Charún desde febrero de 1982, fecha en la cual ambos ingresamos a la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En Estudios Generales Letras llevamos muchos cursos juntos, y lo propio ocurrió en la Facultad de Derecho, donde compartimos la mayoría de las asignaturas y horarios, habiendo egresado en la misma promoción.

No sólo lo conozco desde esa época, sino que somos amigos desde ese año.

En razón de ello, siempre seguí la trayectoria profesional de Emilio, quien ocupó cargos muy importantes en empresas de notoria presencia en el mercado peruano.

Todos quienes lo conocemos, sabemos que Emilio es un gran abogado, y que en estos últimos tiempos ha iniciado una nueva etapa en su vida profesional, incursionando en el ámbito académico, al haber escrito el libro que tan gentilmente me ha pedido prologar, el mismo que lleva por título *Las fuentes de producción normativa en la Constitución de 1993 (jerarquía, competencia y función constitucional)*.

En esta obra, el lector podrá apreciar la notoria versación del autor sobre el tema, quien ha tenido el cuidado de acudir, al momento de su elaboración, a la más autorizada doctrina sobre la materia, no sólo del Perú sino del extranjero.

Por lo demás, esta obra, con su publicación, se constituye en un libro pionero sobre el tema, el mismo que será de gran utilidad en el medio profesional para los abogados de diversas especialidades, a la par que fuente de consulta indispensable en asignaturas universitarias de Derecho Constitucional y Administrativo.

En ese sentido, la *Biblioteca de Derecho* de nuestro Estudio se honra en presentar a la comunidad jurídica peruana esta obra de tan experimentado hombre de leyes; la misma que marca —en muchos sentidos— el retorno de Emilio, por la puerta grande, a estos ámbitos del Derecho.

Y no sólo digo esto como director de la Biblioteca, sino fundamentalmente, como gran amigo de Emilio, pero honrando palabra por palabra la verdad de mis afirmaciones.

Estoy seguro de que con la lectura de esta obra el medio jurídico podrá descubrir la faceta académica de don Emilio Tafur Charún, cuyas condiciones como profesional en el Derecho, se encuentran holgadamente acreditadas en nuestro país.

Sé que Emilio tendrá el mayor de los éxitos.

Lima, julio del 2015

MARIO CASTILLO FREYRE*
Director de la *Biblioteca de Derecho*

* Mario Castillo Freyre. Magíster y Doctor en Derecho. Abogado en ejercicio. Socio del Estudio que lleva su nombre. Profesor principal (Obligaciones y Contratos) en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com

INTRODUCCIÓN

«La política es el arte de ayudar a realizarse en el futuro,
no a rendir justicia histórica del pasado».
Eduardo García de Enterría

Una de las novedades de mayor importancia aportadas por la Carta de 1993, es el diseño que la misma lleva a cabo de una pluralidad de instituciones a las que dota de autonomía —algunas de ellas de naturaleza territorial y substrato político— con capacidad consecuentemente de generar normatividad jurídica, detentoras de competencias propias y nítidamente deslindadas de los poderes estatales clásicos.

Es de precisar que la derogada Carta de 1979 supuso también —aunque de manera algo tímida—, la construcción de un Estado complejo. Aun así, fue un importante avance, pues, dados los antecedentes, la dación de esta Carta importó, en concepto del profesor Domingo García Belaunde, el estallido en mil pedazos del esquema triádico de Estado ante la aparición de una pluralidad de auténticos órganos e instituciones constitucionales. Lamentablemente, debido a estrictas razones políticas que desde mi punto de vista, no guardaban relación con el texto constitucional, este último terminó siendo un chivo expiatorio, *culpable* de la sucesión de *impases* interorgánicos que se dieron y que originaron, a la postre, el golpe de Estado de abril de 1992 y con él, la dación de la Constitución de 1993.

No obstante lo indicado, entiendo que al menos en la parte orgánica, la Constitución de 1993 supera largamente a su predecesora. Y en tal sentido es de precisar que las normas de la Constitución vigente que se

referen a la descentralización, fueron materia de reforma cuando ya se había restaurado plenamente la democracia. Esto resulta notable.

Retomando lo expuesto diré que la trascendencia de dicha «pluralidad institucional» radica en la incidencia que ha de tener en el sistema de fuentes normativas, y con ello, cuestionar la continuidad de la primacía de los principios tradicionales de relación entre normas que resultaban plenamente válidas y suficientes para dar respuesta a cualquier conflicto en el marco de un ordenamiento centralizado, de estructura piramidal o escalonada.

En tal sentido, son objetivos del presente trabajo:

- a) Establecer que el principio de jerarquía y sus variantes —*lex posteriori* y especialidad— resultan, conforme al modelo de Estado diseñado por la Carta de 1993, insuficientes para dar solución a cualquier conflicto internormativo, siendo, por tanto, imprescindible recurrir a otros criterios informativos: la idea de competencia y, en su caso, la función constitucional.
- b) A partir de dichos criterios informativos explicar los alcances, naturaleza y relaciones internormativas e interordinamentales de determinadas fuentes normativas que diseña la Carta de 1993.
- c) Tomando en cuenta todo ello, efectuar una aproximación a la estructura normativa nacional, de naturaleza compleja, de por sí innovada por una pluralidad de ordenamientos y fuentes normativas privativas de estos ordenamientos.

Para tal efecto será materia de estudio lo siguiente:

1. En el primer capítulo se estudiarán las funciones de la Constitución en cuanto «fuente de fuentes» y «competencia de las competencias». Esto es, en tanto y en cuanto diseminadora de poder político y administrativo.

2. También en el primer capítulo se incidirá en la necesidad de la aplicación de la competencia y de la función constitucional (bloque legal de constitucional), como criterios de incardinación normativa, junto con la idea de jerarquía y sus variantes, *norma posterior y la relación generalidad-especialidad*.
3. En el capítulo segundo estudiaremos el concepto de competencia y, notablemente, su virtualidad en tanto criterio de supraordinación, dado un escenario constituido por una pluralidad de ordenamientos, donde lo que prevalece, en principio, es la separación y la autonomía. Esto en cuanto a relaciones interordenamentales. También será materia de análisis la relación competencial entre fuentes normativas privativas de un mismo ordenamiento.
4. En el capítulo tercero será estudiada la relación entre el ordenamiento nacional y la pluralidad de ordenamientos territoriales. Se trata de hallar una fórmula que provea coherencia a tal relación, a partir de las bases dadas por la Constitución (en tanto supraordenamiento) y el bloque legal de constitucionalidad.
5. Dado el diseño de Estado, conformado por una pluralidad de ordenamientos, en el capítulo cuarto se procederá a explorar la virtual desmitificación del concepto de «ley». Existe una diversidad de formas legales que pueden ser calificadas como «ley», con valor de ley, equiordenadas a la Constitución, con distinta fuerza de ley activa y pasiva y, en tanto normas primarias, todas ellas directamente subordinadas a la Constitución. Tal es el caso de las ordenanzas municipales y de las ordenanzas regionales, cuyas materias o competencias no pueden ser vulneradas por actos del Gobierno nacional.
6. En el capítulo cinco se analizará la potestad reglamentaria del Presidente de la República, incidiendo en sus límites materiales

y en su capacidad para innovar el ordenamiento. Se estudiarán las diversas formas de reglamento y cuáles se adaptan a la potestad reglamentaria en el Derecho peruano.

7. En el capítulo seis se analizará el concepto de autonomía, del cual están dotados muchos organismos constitucionales autónomos de naturaleza no territorial (Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca, Seguros y AFP). Cómo se relaciona este concepto (la autonomía) con la capacidad que detentan estos organismos para dictar reglamentos dentro de su ámbito de competencia. Reglamentos, reitero, que no son *secundum legem* ni ejecutivos. Son reglamentos que no suponen, en la mayoría de los casos, una relación de sujeción especial en lo que a los administrados se refiere. También se tratará el tema de los organismos reguladores (novedad de la Carta de 1993), a efectos de determinar la posición que éstos tienen en la estructura del Estado y, con ello, la incardinación de sus productos normativos.
8. En el capítulo siete se analizarán los decretos de urgencia en el aspecto relativo a la virtualidad que detentan, dados los supuestos habilitantes de *intervenir* en el ámbito de competencias de naturaleza económica o financiera de otros órganos constitucionales, sean o no de naturaleza territorial, que detenten atributos para regular materia financiera o económica.
9. En el capítulo ocho se estudiarán los ordenamientos territoriales y los alcances de la autonomía política de la cual están dotados. También serán materia de análisis las normas que tienen rango de ley (ordenanzas municipales y ordenanzas regionales) y su incardinación dentro de la estructura normativa territorial y nacional, tomando necesariamente en cuenta que tales normas son dictadas por órganos con autonomía política, económica y administrativa, como es el caso de los gobiernos locales,

según el artículo II de la Ley Orgánica de Municipalidades, y de los gobiernos regionales, en este último caso según el artículo 2 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales. Tampoco será ajeno al presente estudio la potestad reglamentaria de los alcaldes y gobernadores regionales, atribuida por el artículo 42 de la Ley Orgánica de Municipalidades y el artículo 40 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, respectivamente.

10. En el capítulo final se estudiarán los puntos de conexión entre instituciones u ordenamientos, a partir señaladamente del principio constitucional de coordinación y cooperación, y con ello, la colaboración normativa entre las mismas instituciones, respetando el acervo competencial de cada una, sobre todo en lo que a la elaboración de políticas y planes se refiere.

**LAS FUENTES DE PRODUCCIÓN NORMATIVA
EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993
(JERARQUÍA, COMPETENCIA Y FUNCIÓN CONSTITUCIONAL)**

**1. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE FUENTES Y COMPETENCIA DE LAS
COMPETENCIAS (EL BLOQUE LEGAL DE CONSTITUCIONALIDAD)**

Una de las principales funciones de la Constitución es el diseño del sistema de fuentes normativas. Así, es la Constitución, en cuanto «fuente de fuentes», la encargada del diseño de la estructura normativa, disponiendo qué fuentes normativas cuentan con la virtualidad de ser *normae agendi* para el común de los ciudadanos, esto es, para el campo jurídico privado o, si se quiere, para esferas jurídicas individuales. De este modo, es de notar que cuando nos referimos a fuentes normativas no aludimos a las fuentes cuyos efectos se limitan a la organización interna de las administraciones públicas («domésticos»), esto es, reglamentos organizativos o mal llamados «actos de la administración»). Tampoco aludimos a los reglamentos que versan sobre lo que se llama relaciones especiales de sujeción (artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo). Sobre éstas nos ocuparemos más adelante.

La Constitución, además de ser «fuente de fuentes» es también, pues, «competencia de las competencias». En ambos casos existe lo que se denomina una «reserva constitucional», esto es, la Constitución distribuye y asigna el acervo de competencias entre las instituciones públicas («ordenamientos jurídicos»). Dentro de este acervo de competencias o materias, dichas instituciones, diseñadas por la Constitución, pueden desplegar su función normativa a través de fuentes igualmente diseñadas por la Constitución.

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

La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal. [...] El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes. Si bien este Colegiado le ha reconocido a la Constitución el carácter de norma política, también ha tenido oportunidad de enfatizar en varias oportunidades su carácter normativo y vinculante [...]. El sistema de fuentes regulado por la Constitución consagra diversos tipos normativos. Principalmente, las normas con rango de ley y aquellas de rango reglamentario. Entre las primeras, nuestro sistema jurídico consagra una serie de tipos normativos que, si bien tienen el mismo rango jurídico, difieren en su denominación y en su modo de producción. (Expediente n.º 0047-2004-AI/TC).

En la misma sentencia, el Alto Tribunal ha precisado que:

[La Constitución] ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente; reconoce los derechos fundamentales del ser humano; contiene las reglas básicas de convivencia social y política; además de crear y regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional.

En efecto, la Constitución no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran.

Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación

de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución).

Sobre esta función constitucional, Eduardo García de Enterría sostiene que:

«Por eso, en la doctrina alemana, ha podido hablarse de que en la Constitución se encuentra la "competencia de las competencias" (*Kompetenz-Kompetenz*), pues su primera función es la de distribuir todas las competencias públicas y, por de pronto, en la perspectiva en que ahora estamos, en su función de supraordenamiento, distribuir los espacios competenciales de cada uno de los ordenamientos subordinados [...], el espacio competencial que cada uno va a tener como propio y en el que va a desplegar sus respectivas potestades normativas».¹

Con relación al mismo asunto, Joaquín Tornos Mas opina que:

«El conflicto entre estos dos textos normativos se resolverá siempre a favor del texto constitucional, el cual impone no sólo un contenido sustancial en relación a diversos ámbitos materiales, sino que también dispone el mecanismo de ordenación de las diversas fuentes del ordenamiento. Reparto entre las fuentes que responde a una distribución de cometidos y, por tanto, de poder entre diversos órganos constitucionales».²

Como bien anota el jurista español Javier Pérez Royo:

«[...] Es opinión prácticamente unánime que una de las tareas esenciales, si no la tarea esencial de todo texto constitucional,

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones». En: *Revista de Administración Pública* n.º 100-102, Madrid, pp. 221 y 222.

² TORNOS MAS, Joaquín. «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional». En: *Revista de Administración Pública* n.º 100-102, enero-diciembre, 1983, p. 472.

consiste en disciplinar las formas de producción de las normas jurídicas, precisando tanto los órganos competentes para ello, como las categorías a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de jerarquía o de competencia».³

García-Pelayo, en fin, es más preciso sobre este tema al señalar que:

«[El concepto de órgano constitucional] es lógicamente coherente con la idea del Estado constitucional de Derecho de nuestro tiempo, con la idea de que los órganos fundamentales del Estado no pueden ser otros que aquellos que reciben directamente de la Constitución su *status* y competencias esenciales a través de cuyo ejercicio se actualiza el orden jurídico político fundamental proyectado por la misma Constitución».⁴

Al respecto, se debe insistir en el carácter estrictamente atributivo que caracteriza al Derecho Público, lo que se vincula con lo conocido en el ámbito administrativo como principio de legalidad. Tomamos del Derecho Administrativo el llamado principio de legalidad, pues en éste descansa el fundamento de la idea de competencia y el diseño de fuentes. Esto es, que el ordenamiento dispone positivamente aquello que los órganos del Estado pueden hacer. Es decir que, mientras el ciudadano puede hacer todo aquello que no le prohíba el ordenamiento jurídico, los órganos del Estado sólo pueden hacer lo que el ordenamiento expresamente les autoriza a hacer.

Queda claro que, según Nogueira, la definición de principio de legalidad hecha, sólo implica o supone una cosa: limitación del poder por el Derecho. Esta misma definición del principio de legalidad calza perfectamente con la contenida en el artículo IV.1.1. de la Ley de Procedimientos Administrativos General, cuyo texto es: «Las autoridades

³ PÉREZ ROYO, Javier. *Las fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1985, p. 27.

⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. «El "status" del Tribunal Constitucional». En: *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 1, p. 13.

administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, *dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas*» (cursivas mías).

En otras palabras, entendemos, junto con Leguina Villa, que:

«El principio de legalidad postula, como regla general, una vinculación positiva de la Administración a la ley, de tal manera que la actuación administrativa ha de contar, en principio y a salvo lo que luego se dirá, con una cobertura legal previa para que pueda reputarse legítima.

Esta cobertura legal que el principio de supremacía de la ley impone se articula técnicamente a través de la atribución de potestades a la Administración, potestades que, con arreglo a este mismo principio, y cualquiera que sea su naturaleza reglada o discrecional, no son nunca ilimitadas, incondicionadas o absolutas, "sino estrictamente tasadas en su extensión y en su contenido".⁵

Por ello, resulta pertinente citar a Fernández, cuando afirma que la Constitución es precisamente: «[...] distribución de poder entre órganos diversos y prohibición de interferencias e inmisiones en el ámbito competencial reservado a otros. En esa distribución de competencias empieza, la legalidad».⁶

Igualmente, Pradieri sostiene que «[...] el principio de competencia está inscrito en el de la legalidad, supuesto éste que hay que referirlo no sólo a las relaciones entre ley y administración sino al aparato institucional entero».⁷

Por su parte, el profesor Rubio Correa señala que:

⁵ LEGUINA VILLA, J. «Principios generales del Derecho y Constitución». En: *Revista de Administración Pública* n.º 114, septiembre-diciembre 1987, p. 26.

⁶ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. «Las leyes orgánicas y el bloque de constitucionalidad». Madrid: Civitas, 1981, pp. 81-82.

⁷ PRADIERI citado por Tomás-Ramón Fernández. *Idem*, p. 82.

«Como podrá apreciarse, el principio supra-ordinador de competencia, no es sino una derivación del principio de legalidad (o dado el caso de constitucionalidad), en la medida que es por obediencia a la norma con rango de Ley, o a la Constitución, que debe respetarse las competencias por ellas asignadas. Es por esto que el principio de competencia es más importante que el de la jerarquía del órgano que dicta la norma en materia de decretos y resoluciones».⁸

Espinoza Saldaña precisa que:

«Si de manera explícita no se ha asignado cierta competencia a un Gobierno Regional (o si, por lo menos, de dicha competencia no se desprende claramente lo que ha sido específicamente otorgado), debe entenderse que estamos ante una atribución propia del Gobierno Central, y con mayor razón si ya existe una normatividad que pueda ser comprendida en ese sentido».⁹

Algunos autores usan indistintamente los términos «legalidad» o «taxatividad».

Es de indicar que la Carta de 1993 ha diseñado una pluralidad de instituciones, que constituyen auténticos ordenamientos jurídicos, como lo probó Santi Romano, a los que a su vez dotó de un ámbito, más o menos, privativo de actuación. Se ha de notar, pues, que esta pluralidad de ordenamientos deslindables y nítidamente separados entre sí, aunque no de modo absoluto, encuentra la unidad en la norma constitucional en tanto supraordenamiento o cabeza visible de todo el sistema en su conjunto. Dejo anotado este tema que será desarrollado en el capítulo siguiente.

⁸ RUBIO CORREA, Marcial. «La legislación como fuente de Derecho en el Perú». En: *Derecho PUCP* n.º 34, 1980, p. 31.

⁹ ESPINOZA SALDAÑA, Eloy. «Sobre los conflictos a resolver en el contexto de una descentralización territorial. (Reflexiones a propósito de algunas ordenanzas regionales sobre la producción y venta de hoja de coca)». En: *Themis* n.º 55, Lima: PUCP, 2008, p. 193.

Es de indicar, por otro lado, que la norma constitucional no sólo cumple con su función de «competencia de las competencias», solamente al atribuir ámbitos de actuación entre distintos ordenamientos jurídicos. Dicha función constitucional se manifiesta adicionalmente y de modo nítido en cuanto a la atribución de ámbitos de competencia a favor de fuentes procedentes de un mismo ordenamiento que, a su vez, son también diseñadas por la Constitución. Prueba de ello es la relación típicamente competencial reconocida por la doctrina comparada en lo que se refiere a la ley y al reglamento en la Constitución francesa de 1958. En el sistema nacional, el caso emblemático es la relación intraordenamental y competencial entre ley orgánica y su pieza de deslinde, la ley ordinaria. Este tema será desarrollado más adelante.

Como ya se indicó, es a la Constitución a la que corresponde, en principio, diseñar el sistema de fuentes al interior de cualquier ordenamiento y, con ello, precisar las instituciones competentes para el dictado de tales fuentes.

En efecto, el establecimiento de las fuentes formales, que necesariamente van a afectar la situación jurídica del común de los ciudadanos o, si se quiere, de relevancia jurídica externa, así como el órgano competente para su dictado y, en general, el procedimiento para su confección es pues, por fuerza, materia del Poder constituyente.

Es importante citar una sentencia del Tribunal Constitucional que en su parte pertinente contrasta dos tipos de relaciones: Constitución-ley y ley-reglamento. Definitivamente, cuando la Constitución remite al legislador, sea orgánico u ordinario, el agotamiento del reparto de competencias y el diseño de fuentes, decimos que esta remisión otorga un ámbito mucho más amplio que el que detenta el reglamento con relación a la ley que el mismo reglamenta. Así, el Tribunal ha dispuesto que:

Siendo clara la distinción existente entre la relación Constitución-ley y la relación ley-reglamento, a diferencia de la segunda, en la primera, el legislador no es mero ejecutor de la Constitu-

ción, sino el órgano que en base a los límites constitucionales goza de un amplio margen de libertad para dictar leyes, no sólo desarrollando la Norma Fundamental sino, en muchos casos, concretando determinadas opciones políticas [...]. (Expediente n.º 00023-2005-PI/TC).

De otra parte, se procura, en definitiva, proveer a los ciudadanos de una garantía que impida que, debido a una mayoría congresal transitoria, se atribuyan poderes normativos a una institución y que dichos poderes impliquen la dación de *normae agendi* o *ad extra*, para tales ciudadanos. Se trataría, entonces, de instituciones que «no pudieron estar siquiera en la intención o en la mente del constituyente».

No obstante todo lo que hasta aquí se ha dicho, la norma constitucional no agota de una sola vez el reparto de competencias y el diseño de fuentes al interior del sistema.

Es por ello que resulta indispensable que el legislador, generalmente orgánico, agote dicho reparto competencial en virtud de expresos reenvíos normativos dispuestos por el constituyente.

Producto de todo esto es el establecimiento de un bloque de normas, materialmente constitucionales, al que el Tribunal Constitucional ha de recurrir «para apreciar la validez constitucional de las normas» (artículo 72 del Código Procesal Civil).

Reiteramos, una vez más, la importancia de la función que cumple el bloque legal de constitucionalidad (leyes de orden procesal), el cual está compuesto en su mayor parte por leyes orgánicas, al desarrollar el diseño de fuentes y agotar el reparto de competencias que la Constitución esboza e informa.

El modelo triádico de Estado ha estallado en mil pedazos, y tal como lo he insinuado, existe una pluralidad de instituciones (ordenamientos jurídicos) diseñados a nivel constitucional. Cada una de estas

instituciones, tiene su acervo de competencias y sistema de fuentes atribuidos por la Constitución y agotado y desarrollado por el bloque legal de constitucionalidad (artículo 190, cuarto párrafo de la Constitución; artículos 14.1, 15, 26, 35, 36, 42 y 43 de la Ley de Bases de la Descentralización; artículo 4.2 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; artículo 24 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva; artículos 10 y 45 a 64 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales).

El artículo 72 del Código Procesal Constitucional regula de la siguiente manera el bloque legal de constitucionalidad:

Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

El artículo 15 de la Ley de Bases de la Descentralización también se ocupa de este tema, al disponer que:

Las competencias exclusivas y compartidas de cada nivel de gobierno son las establecidas en la presente Ley de conformidad con la Constitución Política del Estado. Las funciones y atribuciones se distribuyen y precisan a través de las Leyes Orgánicas del Poder Ejecutivo, de Gobiernos Regionales y de Municipalidades, respectivamente, distinguiendo las funciones de normatividad, regulación, planeamiento, administración, ejecución, supervisión y control, y promoción de las inversiones.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, aun cuando sólo alude a las competencias compartidas, establece que:

El ejercicio de las competencias compartidas del Poder Ejecutivo con los gobiernos regionales y los gobiernos locales está regido por la Constitución Política del Perú, la Ley de Bases de la

Descentralización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley Orgánica de Municipalidades, así como por las Leyes de Organización y Funciones de los Ministerios y las entidades que componen el Poder Ejecutivo, según corresponda.

La cuarta disposición transitoria de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, esta vez en lo que se refiere a competencias exclusivas y compartidas, dispone que:

Las competencias exclusivas y compartidas del Poder Ejecutivo, con los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, serán especificadas en las Leyes de Organización y Funciones de los distintos ministerios de conformidad con la Ley de Bases de Descentralización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades.

El Tribunal Constitucional define la función constitucional en el sentido de

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

Resulta ilustrativo, aun cuando se refiera al ordenamiento español, señalar lo que Santiago Muñoz Machado, citado por Rubio Llorente, afirma sobre cómo opera la función constitucional y cómo está conformado el bloque constitucional, el mismo que ha sido importado por el Derecho peruano: «[Son] los instrumentos normativos que, junto con la Constitución, y como complemento de ésta, es preciso tener en cuenta en todo momento para determinar con exactitud el régimen de

una determinada competencia en el sentido de si pertenece al Estado o a las Comunidades Autónomas, y en qué sentido».¹⁰

Para Eduardo García de Enterría, el bloque de constitucionalidad es el parámetro de todas las demás leyes, incluso las leyes orgánicas.¹¹

Es importante también lo expresado por Tornos Mas, cuando afirma que:

«[...] aquellas leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley que no respeten otras leyes dictadas para delimitar competencias no violarán la Constitución directamente, pero sí indirectamente, a través del ataque que suponen contra las leyes dictadas dentro del marco constitucional para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas. Por esta razón, también las leyes que infringen indirectamente la Constitución pueden declararse inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, con lo que se garantiza, al mismo tiempo, el texto constitucional y el contenido de las leyes intermedias».¹²

Mención aparte merece el postulado de Carré de Malberg, cuando sostiene lo siguiente:

«[...] en lo que se refiere a la organización de los poderes públicos, la Constitución deberá concretarse a delimitar los principios esenciales, remitiendo a las leyes ordinarias la regulación de los detalles [...]. El gran inconveniente de las Constituciones demasiado detalladas, al menos en aquellos países que separan

¹⁰ DÍEZ DE URDANIVA, Xavier. «El bloque constitucional en Cohavila». En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3032/7.pdf>, p. 60.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «Las leyes del artículo 150.2 de la Constitución como instrumento de ampliación del ámbito competencial autonómico». En: *Revista de Administración Pública*. Lima, mayo-agosto, 1988, n.º 116, p. 26.

¹² TORNOS MAS, Joaquín. «Los estatutos de las comunidades autónomas en el ordenamiento jurídico español». En: *Revista de Administración Pública*. Lima, enero-abril, 1980, n.º 91, p. 161.

los poderes constituyente y legislativo, es que, para modificar el menor detalle, hay que recurrir a un proceso completo de revisión [...]. A este respecto, las Leyes Orgánicas presentan la ventaja de que hallándose colocadas en manos del legislador ordinario, pueden modificarse en cualquier instante en la forma legislativa corriente, sin que a dicho efecto sea necesario poner en movimiento todo el aparato constituyente».¹³

En nuestro Derecho, el profesor Landa Arroyo alude al bloque de constitucionalidad del modo siguiente:

«Este conjunto normativo forma un bloque de constitucionalidad, porque las normas constitucionales abiertas sobre regionalización, deben ser complementadas por el conjunto de disposiciones fundamentales sobre dicha materia, a fin de que constituyan un parámetro para apreciar la validez y límite del ejercicio de las potestades normativas tanto centrales como regionales, señaladas en la Constitución».¹⁴

De este modo, y siempre con la finalidad de que no se tenga que recurrir constantemente al sofisticado mecanismo de reforma constitucional, además de la imposibilidad constitucional de agotar las materias (fuente-competencia), es que se diseñan en los diversos sistemas jurídicos ciertas leyes ordinarias —en el sentido más lato que permite la expresión— que por su contenido y función material son auténticas leyes cuasi constitucionales.

De lo expuesto, se explica que un sector de la doctrina haya distinguido correctamente entre Constitución en sentido «formal» y Constitución en sentido «material» o «sustancial». Alessandro Pizzorusso se refiere a esta última como «el conjunto de reglas referidas a la materia

¹³ CARRÉ DE MALBERG. *Teoría General del Estado*. México D. F.: Fondo Cultural Económica, 1948, pp. 1236-1237.

¹⁴ LANDA ARROYO, César. «Crisis del positivismo constitucional». En: *Pensamiento Constitucional* n.º 6, año VI, 1995, p. 230.

constitucional tal y como ha sido tradicionalmente delimitada y sea cual sea la fuente en que tal regulación se contenga».¹⁵

El ya citado Carré de Malberg entendía a la «Constitución material»:

«Como el conjunto de reglas o prescripciones que se refieren a la organización y al funcionamiento de los poderes públicos, sin que haya que distinguir si esas reglas han sido dictadas por vía constituyente y en un acto concebido en forma de ley constitucional, o por vía simplemente legislativa y mediante ley ordinaria».¹⁶

Sin embargo, a efectos del presente trabajo no analizaré la generalidad de leyes que se sitúan dentro de este bloque constituido por normas materialmente constitucionales, sino en estricto las leyes que ultiman el reparto de competencias y el diseño de fuentes normativas esbozado por la Constitución y que, como se ha dicho, han de ser tomadas en cuenta, conjuntamente con ésta, como parámetro de la constitucionalidad del resto de fuentes normativas a partir de la aplicación del principio de competencia y del principio de función constitucional.

Queda claro que el bloque legal de constitucionalidad, al agotar el reparto de competencias y el diseño de fuentes (en tanto norma sobre la forma de producción jurídica), cumple doblemente una función constitucional, informando así todo el sistema normativo. Es por ello que la incardinación en el ordenamiento jurídico del aludido bloque no puede explicarse a través del principio de jerarquía o la idea de competencia. Dada la función constitucional que despliega tal bloque, es esta función la que ha de dar razón sobre su incardinación o posicionamiento en el ordenamiento nacional. De lo hasta aquí expresado resulta nítido que en caso de que una ley contravenga las disposiciones del bloque, ella de-

¹⁵ PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, tomo II, p. 216.

¹⁶ CARRÉ DE MALBERG. *Op cit.*, p. 1237.

berá ser declarada inconstitucional y purgada del ordenamiento. Tal inconstitucionalidad no será un agravio indirecto a la Constitución, será una contravención directa a ella, pues es ésta la que reenvía o encomienda al bloque, mediante remisiones, la tarea constitucional de culminar el reparto de competencias y el diseño de fuentes. Así, estamos ante un claro mandato o encargo constitucional, que es agraviado cuando no se respetan las disposiciones contenidas en la Constitución y el bloque legal de constitucionalidad.

A estas alturas hay que mencionar la acción de inconstitucionalidad contra la Ordenanza n.º 036-2011-GR.Caj-CR de la Región Cajamarca. A través de esta ordenanza se declaró inviable el Proyecto minero Conga. Pese a que la ordenanza era una norma con rango de ley, el Tribunal Constitucional consideró que: «[...] habiendo sido declarado inconstitucional el artículo primero y segundo de la ordenanza, el artículo cuarto, *deviene igualmente en inconstitucional porque una ordenanza regional no puede desconocer las competencias normativas asignadas por la Constitución y la Ley*» (Expediente n.º 0001-2012-PI/TC) (cursivas mías).

Esto es, pese a ser normas de igual valor o rango, la ley asignadora de competencias prevalece sobre la ordenanza regional. La razón de esta primacía de la ley no puede ser encontrada sino en la «función constitucional» que cumple la misma.

Entonces, el bloque legal de constitucionalidad, en virtud del reenvío que ha dispuesto la Constitución para completar la organización del Estado, cumple una especial función de naturaleza constitucional dentro del sistema jurídico, que lo termina situando en una posición «cualitativamente superior» (nunca jerárquica) respecto no sólo a la normativa que genere la institución a la cual regula, sino además de la generalidad de fuentes integrantes del resto de ordenamientos. Por ello estas leyes integrantes del bloque legal de constitucionalidad, rigurosamente subordinadas a la Constitución, se ubican al tope de cada ordenamiento

constituido por las instituciones generadoras de normatividad jurídica. Conviene tener presente a Gómez-Ferrer Morant cuando afirma que:

«[...] la relación entre Leyes del Estado no puede explicarse únicamente en virtud del principio de competencia o de jerarquía. Es preciso complementarlos con la idea de la función que cumple cada Ley en el sistema jurídico, de acuerdo con la Constitución, que es la clave para dar razón de la superioridad de unas leyes sobre otras».¹⁷

El mismo Gómez-Ferrer Morant agrega que: «De acuerdo con esta doctrina, la idea de función constitucional de ciertas leyes —de delimitación, regulación o armonización— explica su superioridad en relación a las que no cumplen esta función; leyes que integran el denominado bloque de constitucionalidad».¹⁸

Pero la relación entre la normativa que genere cada institución y el bloque legal de constitucionalidad es diferente a la que se configura, por ejemplo, entre una ley parlamentaria y un reglamento ejecutivo. Tampoco se sujeta a una ley concreta, sino al entero conjunto normativo nacional. La relación entre institución y bloque legal de constitucionalidad podrá dar lugar a que la institución tenga un ámbito más o menos amplio para desplegar, dentro de parámetros razonables de discrecionalidad, su facultad normativa, innovando el ordenamiento jurídico, de acuerdo a sus intereses recíprocos o adoptando las políticas necesarias para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, bajo ningún supuesto esta normativa podrá suponer una transgresión al bloque legal de constitucionalidad y, menos aún, a la Constitución.

Por último, las leyes que componen el bloque legal de constitucionalidad no están incardinadas en compartimentos estancos. Así, no es que todas las competencias del Banco Central de Reserva han de ser

¹⁷ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. «Relación entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional». En: *Revista de Administración Pública*, n.º 113, p. 23.

¹⁸ *Idem*, p. 10.

atribuidas única y exclusivamente por la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva. Sería, por ejemplo, perfectamente válido que la Ley Orgánica del Ministerio de Economía y Finanzas en su articulado atribuya competencias al Banco Central de Reserva o a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Ello, dada la «comunidad» en lo que se refiere a la materia económica y financiera sobre la cual estas instituciones ejercen sus competencias.

La forma de la norma no es lo que importa, lo que realmente importa es la función material o constitucional que la misma ejerce. Lo demás es «fetichismo» por la forma. En tal sentido, es pertinente citar la sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve este asunto del modo siguiente:

Al respecto, este Tribunal discrepa del criterio de los demandantes, toda vez que el principio de unidad estatal y jurídica del ordenamiento proyectado desde la propia Constitución (artículos 43 y 51, respectivamente) impide que las competencias constitucionales de los órganos previstos en ella sean determinadas sobre la base de una lectura tan rígida y positivista de sus disposiciones.

En consecuencia, atendiendo a la singular articulación en el ejercicio de las competencias del Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, este Tribunal, como supremo intérprete de la Constitución (artículo 201 de la Constitución y 1 de la LOTC), considera razonable y necesario entender que en el presente caso, el bloque de constitucionalidad está integrado por la Constitución, la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva y la Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. En particular, los artículos 84 y 87 de la Constitución; 24, i) de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, y los artículos 12 y 21 de la LOSBS. (Expediente n.º 0005-2005-CC/TC).

En otra sentencia, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

En suma, pues, existe un parámetro, por así decirlo, «natural» del control de constitucionalidad de las ordenanzas regionales, que se encuentra integrado por la Constitución, la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Pero también, tratándose de la regulación de determinadas materias, el bloque de constitucionalidad puede encontrarse conformado, adicionalmente, por otras leyes nacionales. En estos casos, dichas normas forman parte de lo que bien podría denominarse parámetro «eventual de constitucionalidad. (Expediente n.º 0021-2005-PI/TC).

2. LA IDEA DE COMPETENCIA

El principio de jerarquía ha sido tradicionalmente la «clave de bóveda» a través de la cual se han ordenado las relaciones entre las diversas fuentes de Derecho. Con anterioridad a la Carta de 1993, Dale Furnish opinaba con razón que «esta jerarquía de las leyes opera de acuerdo con el principio de que cuando surge un conflicto entre ellas prevalecerá la que tenga mayor jerarquía. En un conflicto entre leyes de igual rango, la norma promulgada más recientemente prevalecerá».¹⁹ De igual manera, el profesor Rubio Correa sostenía en 1980 que «el sistema legislativo en el Perú tiene una estructuración compleja, semejante a la de muchos otros “derechos nacionales”. Esta forma de organizar el sistema legislativo jerarquiza en varios niveles las distintas normas con principios de supra-ordinación que van señalando, en caso de conflicto en el mandato de dos normas, cuál debe primar en el orden jurídico».²⁰

¹⁹ FURNISH, Dale. «La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano». En: *Derecho PUCP*. Lima: PUCP, 1972, n.º 30, p. 61.

²⁰ RUBIO CORREA, Marcial. «La legislación como fuente de Derecho en el Perú». En: *Derecho PUCP*, 1980, n.º 34, p. 12.

Más adelante, el citado profesor elabora las siguientes consideraciones sobre el mecanismo de la idea de jerarquía:

- La disposición anterior es derogada por la posterior. Es decir, que si dos normas del mismo nivel tienen mandatos contradictorios o alternativos, primará la última de ellas.
- La disposición especial prima sobre la general, lo que quiere decir que si dos normas con rango de ley establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un espectro más general de situaciones y otra a un espectro más restringido, primará ésta sobre aquélla en su campo específico.²¹

Sobre la idea de jerarquía, Landa Arroyo expresa que:

«Este principio es característico de un Estado unitario y centralizado, como históricamente ha sido el caso peruano. Se basa en un ordenamiento jurídico único, jerárquico, exclusivo y excluyente. Efectivamente, la unidad de un conjunto de normas está fundada, según la corriente positivista, por el hecho de que la validez de una norma se sustenta en una norma superior y ésta en una norma suprema que es única, de ahí que la creación de la norma está determinada por otra superior y en última instancia por la Constitución».²²

Hoy en día, sin embargo, dicho principio resulta insuficiente para dar solución a la totalidad de conflictos que pueden suscitarse en los sistemas jurídicos modernos, ya sea en una relación estrictamente intraordinamental o interordinamental.

Nuestro Tribunal Constitucional ha explicado cómo opera el mecanismo o idea de jerarquía del modo siguiente:

²¹ *Idem*, p. 21.

²² LANDA ARROYO, César. «Balance constitucional de la regionalización». En: *Derecho PUCP*. Lima: 1990, n.ºs 43-44, p. 251.

Al respecto el artículo 51 de la Constitución, recogiendo dicho principio, declara: «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente». La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado [...]. Con ello se postula una prelación normativa con arreglo a la cual, las normas se diversifican en una pluralidad de categorías que se escalonan en consideración a su rango jerárquico [...]. Dicha estructuración se debe a un escalonamiento sucesivo tanto en la producción como en la aplicación de las normas jurídicas [...]. Esta jerarquía se fundamenta en el principio de *subordinación escalonada*. Así, la norma inferior encuentra en la superior la razón de su validez: y, además, obtiene ese rasgo siempre que hubiese sido creada por el órgano competente y mediante el procedimiento previamente establecido en la norma superior. (Expediente n.º 005-2003-AI/TC).

La práctica normativa y la doctrina han tomado en préstamo del Derecho Administrativo la idea de competencia como regla conflictual e informadora de la relación entre fuentes, cuando las mismas están incardinadas de modo lateral y con distintos ámbitos materiales.

El jurista español Luis de la Morena y de la Morena, define la competencia del modo siguiente:

«Atribución de poder concreto conferido por una norma a un determinado órgano para que, en cumplimiento del deber de realización del Derecho que le es impuesto, y utilizando al efecto los medios personales y materiales con que se le dota, decida, en los distintos supuestos contemplados por la norma —y sólo en ellos—, de acuerdo con el procedimiento contemplado en cada caso establecido, lo que por ser la voluntad o fin querido por el ordenamiento en relación con los distintos asuntos objeto de su regulación, ante todos debe valer y a todos vincular».²³

²³ DE LA MORENA Y DE LA MORENA, LUIS. «Los fines de interés público como “causa” y como “límite” de la competencia y como “medio” y “medida” de control jurídico». En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, n.º 85, p. 153.

De otro lado, y de modo más preciso, Zas Fritz nos dice que «la competencia es un título jurídico habilitante formado por funciones y poderes jurídicos que permiten el ejercicio, en determinadas materias, de las potestades normativas o ejecutivas reconocidas a las entidades territoriales».²⁴

Sin embargo, es de indicar que los criterios de jerarquía y competencia no son del todo excluyentes, dado que el propio presupuesto de actuación del criterio de competencia ha de hallarse en el principio de jerarquía a través de la Constitución. Como hemos visto, la Constitución en su función de competencia de competencias que se origina en su calidad de supraordenamiento, distribuye competencias públicas entre la diversidad de fuentes de un mismo ordenamiento o a una pluralidad de ordenamientos que cuentan, a su vez, con un privativo sistema de fuentes normativas. De igual modo, el principio de jerarquía, en ciertos supuestos, seguirá siendo la regla aplicable para ordenar las relaciones entre fuentes normativas dentro de un mismo ordenamiento. De este modo, por ejemplo, el decreto supremo ejecutivo estará subordinado a la ley parlamentaria.

Ante el reparto de competencias llevado a cabo por la Constitución, y agotado por el bloque legal de constitucionalidad, es que se configura una pluralidad de ámbitos de actuación, que corresponden a fuentes normativas u ordenamientos. Así, la relación internormativa (intraordinamental) o interordinamental no podría ser informada por el principio de jerarquía, habida cuenta de que éste: «Sólo puede operar cuando existe coincidencia en la materia susceptible de regulación por fuentes diversas, pues, de otra manera, hacer intervenir a dicho principio carece de sentido».²⁵

²⁴ ZAS FRIZ BURGA, Johnny. «La autonomía política y sus elementos. Una introducción conceptual para el estudio de los gobiernos subnacionales». En: *Derecho PUCP*. Lima, 1999, n.º 52, p. 483.

²⁵ PÉREZ ROYO, Javier. *Las fuentes de derecho*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 30.

Entonces, al darse diferentes ámbitos materiales de actuación que se traducen, por consiguiente, no en una relación de suprasubordinación, sino de separación previa entre las fuentes u ordenamientos, según sea el caso, el principio a informar sería la idea de competencia.

En otras palabras, en caso de una colisión internormativa, la fuente que prevalecerá no será la de aparente mayor jerarquía, sino aquélla a la cual, de conformidad con la norma supraordenamiento y el bloque legal de constitucionalidad, sea a la que corresponde regular la materia de que se trate. De este modo, la norma invasora de la competencia material ajena, lejos de pretender una primacía o mayor jerarquía e imponerse a la fuente normativa competente, terminará siendo segregada o purgada.

Tal como veremos más adelante, la adopción del principio de competencia al interior de un sistema jurídico se traduce en que la ley parlamentaria deja de ser preeminente y omnipotente, como lo fue en tiempos del Estado liberal o gendarme. Para el Derecho contemporáneo ya no es válida la frase de Laband en el sentido de que «No hay ningún objeto de toda la vida estatal, pudiera decirse que ningún pensamiento, que no pueda convertirse en el contenido de una ley».²⁶ O aquella frase del parlamentarismo clásico inglés negando que la ley pudiese encontrar otros obstáculos distintos a los inherentes a las propias limitaciones humanas.

En este supuesto, la ley parlamentaria ya no será irresistible para cualquier materia, pues existirán otras fuentes normativas que, conforme a la Constitución y al bloque legal de constitucionalidad, gozarán de las competencias materiales que no podrán ser invadidas, bajo sanción de inconstitucionalidad, por la aludida ley parlamentaria. En el Estado moderno, entonces, se presenta una pluralidad de fuentes normativas que aun cuando varíen en su forma de producción y en el órgano

²⁶ Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo 1, p. 240.

que las emite, cuentan con un campo de desenvolvimiento garantizado constitucionalmente y también por el bloque legal de constitucionalidad, que las ubica en una posición equidistante de la Constitución y en plano de igualdad (verbigracia, leyes orgánicas-leyes ordinarias). La idea de jerarquía resulta, pues, del todo ajena, salvo para explicar el origen mismo de las competencias materiales.

Sobre este aspecto, el Tribunal Constitucional ha justificado la idea de competencia resolviendo que:

La articulación de las fuentes en un ordenamiento de tal naturaleza no puede efectuarse exclusivamente bajo los alcances del principio de jerarquía, pues éste no permite dar respuesta coherente al conflicto que se pudiera presentar entre normas expedidas por el Gobierno Central y los gobiernos regionales, que cuentan con el mismo rango normativo. En efecto, si las normas regionales no son jerárquicamente subordinadas a las del Gobierno Central, su articulación con éstas no puede sustentarse en el principio de jerarquía, sino conforme al principio de competencia, según el cual en el ámbito competencial regional la norma regional termina excluyendo a la norma del Gobierno Central y, en general, a la de cualquier otro ordenamiento (*v. gr.*, del gobierno local). Como se expresa *a contrario sensu* en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Regiones, «[...] las normas y disposiciones del Gobierno Regional se adecúan al ordenamiento jurídico nacional, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro gobierno regional ni de los otros niveles de gobierno». (Expediente n.º 0021-2005-PI/TC).

Como detallaremos más adelante, efecto de esta limitación material de las leyes parlamentarias es que entra en crisis el concepto de «fuerza de ley», que en opinión de Alessandro Pizzorusso consiste en «la capacidad propia de la ley para innovar el ordenamiento jurídico preexistente, y de la cualidad propia de las disposiciones introducidas por una ley

de no poder ser modificadas, derogadas, suspendidas, etcétera, si no es mediante un acto que tenga también fuerza de ley».²⁷

Alfonso Celotto señala que «[En Italia] En los últimos decenios se pudo ver un grave fenómeno de crisis en la ley, que llevó a perder aquel rol de guía del sistema que tradicionalmente esperaba cualquier fuente primaria por excelencia».²⁸

Cada una de las notas distintivas del concepto «fuerza de ley» en los principales sistemas contemporáneos, permiten validar que es una realidad lo que se ha venido a denominar «el destronamiento de la ley». Al respecto, baste con referirse al supuesto del apoderamiento de ciertas materias por parte de entes territoriales legiferantes, materias que con anterioridad se hallaban a disposición del poder central. Los entes territoriales al ejercer tales competencias materiales, podrán derogar o modificar válidamente, en el ámbito de su territorio (esto lo desarrollaremos más adelante), usando sus propias fuentes normativas (leyes territoriales), la regulación anterior dada mediante ley parlamentaria. Así, se deja de lado el principio de «reserva material» y «congelación del rango» o *contrarius actus*, que son privativos de la idea de jerarquía.

Tal como se ha dicho, el principio de competencia puede informar o bien las relaciones que se dan a nivel de fuentes individuales, esto es, dentro de un mismo ordenamiento —como es el caso de la relación entre ley parlamentaria y reglamento autónomo bajo la Constitución francesa de 1958 o la relación entre ley orgánica y ley ordinaria en la Constitución española de 1978— o bien a nivel de ordenamientos diversos y autónomos, como en el caso de los Estados compuestos, y de orden territorial, en los que cada una de las instancias se encuentra en una «tensión de autonomía» respecto de la otra. Al respecto, bien señala

²⁷ PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*, tomo II, p. 256.

²⁸ CELOTTO, Alfonso. «Parlamento y poderes legislativos del gobierno en Italia: el abuso del Decreto de urgencia». En: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/de-rechopucp/article/view/6534/6616>>.

García de Enterría, que: «El principio de jerarquía es, pues, un principio intraordinamental exclusivamente, salvo, claro está, en lo que respecta a la propia Constitución, que en cuanto *norma normarum*, se impone jerárquicamente, sin excepción alguna, a todas las demás normas jurídicas, cualquiera que sea su procedencia».²⁹

Como podrá apreciarse, el carácter informador del principio de competencia al interior de las relaciones intraordinamentales e interordinamentales no es casual o esporádico, sino que cumple con una variedad de finalidades que, en algunos casos, escapan al ámbito de lo estrictamente jurídico. Así, pues, mediante el principio de competencia se facilita una real distribución del poder político a nivel territorial y funcional. Es, asimismo, el instrumento jurídico a través del cual se puede configurar una auténtica integración supranacional (Comunidad Andina, Unión Europea) finalmente se dota de coherencia a una serie de fuentes normativas cuya incardinación dentro del sistema jurídico no sería comprensible bajo el principio de jerarquía.

De otro lado, y como resultado del reparto de competencias o poderes llevado a cabo por la Constitución y agotado por el bloque de constitucionalidad, pueden resultar las siguientes modalidades de competencia:

a) **Competencias exclusivas**

Ordinamentales.- Cuando determinada materia es asignada de modo privativo a una institución (ordenamiento), de modo que desde el atributo de la formulación normativa, sólo subordinada a la Constitución, hasta el atributo de ejecución es competencia de dicha instancia.

Así, se puede mencionar como ejemplo el artículo 149 de la Constitución española de 1978, que dispone como competencias materiales

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón. *Op. cit.*, p. 192.

privativas del Estado, entre otras, las relaciones internacionales, la defensa y las fuerzas armadas.

En lo que respecta al Derecho nacional, podemos citar el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (norma ésta, integrante del bloque legal de constitucionalidad), la que, entre otras materias, estipula como competencias exclusivas del Poder Ejecutivo:

- Relaciones exteriores.
- Defensa, seguridad nacional y Fuerzas Armadas.
- Justicia, con excepción de la administración de justicia.
- Orden interno, Policía Nacional del Perú y de fronteras.
- Administración tributaria de alcance nacional y endeudamiento público nacional.

En el mismo sentido, se puede mencionar el artículo 26.1 de la Ley de Bases de la Descentralización, que dispone qué materias son de exclusiva competencia del Gobierno central:

- Diseño de políticas nacionales y sectoriales.
- Defensa, seguridad nacional y Fuerzas Armadas.
- Relaciones exteriores.
- Orden interno, Policía Nacional, de fronteras y de prevención de delitos.
- Justicia.
- Moneda, banca y seguros.
- Tributación y endeudamiento público nacional.
- Régimen de comercio y aranceles.
- Regulación y gestión de la marina mercante y la aviación comercial.
- Regulación de los servicios públicos de su responsabilidad.
- Regulación y gestión de la infraestructura pública de carácter y alcance nacional.

- Otras que señale la ley, conforme a la Constitución Política del Estado.

Intraordinamentales.- Cuando determinada materia es atribuida de modo privativo a favor de una fuente normativa al interior de un mismo ordenamiento (ley ordinaria —reserva de ley—, ley orgánica, ley territorial, reglamento autónomo), de manera que excluya la intervención de cualquier otra fuente, así ésta pertenezca al mismo ordenamiento.

b) Competencias compartidas

Supone que una sola materia competencial es atribuida por la Constitución a una pluralidad de instituciones; sin embargo, corresponde a ellas el ejercicio de diferentes atributos o funciones sobre la materia competencial compartida, contando con la garantía constitucional y el bloque legal de constitucionalidad.

Según M. Bassols y J. M. Serrano «[...] la competencia concurrente o compartida se produce bien si varios entes u órganos tienen atribuida competencia sobre una materia determinada, bien cuando la concurrencia afecta, además de a la materia u objeto, a la función a realizar. Es decir, cuando dos órganos o entes pueden o legislar o ejercitar funciones de ejecución sobre la misma materia. Parte de la doctrina entiende que sólo habrá verdadera concurrencia en este último caso».³⁰

Así, por ejemplo, el artículo 149 de la Constitución española dispone la competencia estatal de regulación «de las condiciones básicas» sobre determinadas materias, correspondiendo a las comunidades

³⁰ BASSOLS, M. y SERRANO, J. M. «El artículo 149 de la constitución en relación con el artículo 150.2: análisis de la delegación en materia de las competencias estatales exclusivas». En: *Revista de Administración Pública*, enero-abril, 1982, n° 97, p. 54.

autónomas el desarrollo ulterior de tales leyes de bases. Al respecto, García de Enterría sostiene que:

«El Estado no puede agotar la regulación de la materia, que es menester que reserve un ámbito sustancial de la misma para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer sus propias competencias normativas, [...] nunca la fijación de bases debe llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias de las Comunidades Autónomas».³¹

En lo que respecta al Derecho peruano, matices más matices menos, se configura una relación de competencias compartidas entre los planes y políticas nacionales y sectoriales, de una parte, y de la otra, las políticas y planes territoriales. De este modo, al elaborar el Gobierno nacional los correspondientes planes y políticas no deben vaciar de contenido el desarrollo de los mismos a cargo de las instancias territoriales cuya competencia les pertenece de acuerdo a sus peculiaridades, particularidades y, notablemente, respectivos fines de intereses. Esta limitación del Gobierno nacional puede válidamente ser definida como el «ámbito material de impotencia». De este tema me ocuparé más adelante.

Igualmente, se puede mencionar dentro de esta modalidad competencial el supuesto en que la norma constitucional atribuye a la instancia territorial la ejecución de la normativa (legislativa y reglamentaria) generada por la instancia nacional. Tal es lo previsto por la Carta alemana y la Constitución Republicana española de 1931, artículo 15.

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «El ordenamiento estatal y ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones». En: *Revista de Administración Pública*, enero-diciembre, 1983, n.º 101-102, p. 233.

c) Competencias de interferencia

Esta modalidad competencial se origina en situaciones de urgencia, excepcionales o de emergencia, las mismas que generan, en principio, para el ente que las padece, poderes que en situaciones de normalidad serían inadmisibles. En lo que al Estado respecta, no sólo los límites de su poder se rompen hasta hacerse, en algunos casos, prácticamente ilimitados (poderes excepcionales), sino también el orden normal de competencias salta y queda subvertido.³²

He ahí el origen de la competencia estatal prevista en el artículo 150.3 de la Constitución española, que permite dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de estas últimas.

Asimismo, y en lo que se refiere al sistema jurídico nacional, válidamente se puede afirmar que un mecanismo de interferencia o intervención es el previsto en el artículo 118.9 de la Constitución, en virtud del cual el Presidente de la República puede dictar decretos de urgencia. Esta atribución importa a favor del jefe de Estado el acceso a una serie de competencias materiales que en circunstancias de normalidad no detenta. Ello supone una excepción al orden normal de competencias. Es por esto que el Presidente de la República puede dar «medidas» e incidir válidamente dentro del ámbito de competencia de otras instituciones, siempre que versen sobre materia económica y financiera, y que, asimismo, se hayan configurado los supuestos habilitadores para su dación. El artículo 90-A de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales confirma a nivel legislativo lo dicho en este dispositivo.

Otro ejemplo de competencias de interferencia o intervención, lo encontramos en la Constitución francesa. Pese a que la Constitu-

³² DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis. *Op. cit.*, p. 169.

ción de 1946 prohibía que el Ejecutivo asumiera facultades legislativas, en ese mismo año se confirieron plenos poderes al general De Gaulle.

Ello sin duda influyó en la Constitución francesa de 1958, cuyo artículo 16 establece la posibilidad de una suerte de «dictadura» temporal «[...] cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de una manera grave e inmediata, y el funcionamiento regular de los públicos esté interrumpido [...]». En estos casos, dispone que «[...] el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias [...]», agregando que «[...] estas medidas deberán estar inspiradas en la voluntad de asegurar a los poderes públicos constitucionales, con la menor dilación, los medios de cumplir su misión».³³

Los atributos exorbitantes citados encuentran su fundamento en la idea de «intervención».³⁴

d) Delegación

Conforme al artículo 13.3 de la Ley de Bases de la Descentralización, las competencias delegables son aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley. De esta manera, el primero queda obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada. La entidad que delega mantiene la titularidad

³³ EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. «Los decretos de urgencia en relación con la atribución de dictar medidas extraordinarias contenidas en el inciso 20 del artículo 211». En: *Derecho PUCP*, 1986, n.º 40, p. 172.

³⁴ HUERTA OCHOA, CARLA. «La intervención administrativa en el Estado». En: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1594/10.pdf>>, p. 127.

de la competencia, y la entidad que la recibe ejerce la misma durante el período de la delegación.

El artículo 52 de la Ley de Bases de la Descentralización establece que:

El Poder Ejecutivo puede delegar a los gobiernos regionales o locales, funciones de su competencia, en forma general o selectiva, mediante convenios suscritos por ambas partes, sujetos a las capacidades de gestión requeridas para ello, la coparticipación en el desarrollo de las mismas, la factibilidad de optimizar la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía, y las normas establecidas en la presente Ley.

Por su parte, el artículo 76 de la Ley Orgánica de Municipalidades señala que:

Las municipalidades pueden delegar, entre ellas o a otras entidades del Estado, las competencias y funciones específicas exclusivas establecidas en la presente ley, en los casos en que se justifique la necesidad de brindar a los vecinos un servicio oportuno y eficiente, o por economías de escala. Los convenios establecen la modalidad y el tiempo de la delegación, así como las condiciones y causales para su revocación.

Bassols y Serrano definen del modo siguiente la delegación:

«Puede decirse que mediante la delegación intersubjetiva el delegado adquiere una titularidad sin que el delegante pierda la suya, por lo que la delegación puede inscribirse en el interior de un haz de fenómenos jurídicos más amplios: aquellos en los que el titular de una determinada posición jurídica pueda crear otras titularidades sobre idénticos objetos materiales, subordinados a la suya, pero titularidades estas últimas que son propias del

adquirente de las mismas, y desde luego distintas de la titularidad originaria».³⁵

Ahora bien, el reparto competencial llevado a cabo por la norma constitucional y agotado por el bloque legal de constitucionalidad puede revestir las siguientes modalidades:

i. Listado

Supone que la Constitución dispone un listado de materias y, en su caso, de las correspondientes funciones o atribuciones que corresponden a determinado ente o fuente normativa. A su vez el listado puede ser:

Positivo.- Las materias contenidas en el listado son expresamente atribuidas a un orden o fuente formal. Así, por ejemplo, se puede mencionar la Sección VIII de la Constitución estadounidense, que enumera las materias que son competencia del Congreso.

Igualmente, se puede citar como ejemplo el artículo 81 de la Constitución española, que dispone las materias a ser reguladas por ley orgánica.

Negativo.- Supone la prohibición impuesta a determinado orden o fuente de ejercer ciertas competencias materiales que, de ser el caso, corresponden a otro orden o fuente normativa. Así, por ejemplo, la interdicción a la dación de decretos de urgencia, de contener normas sobre materia tributaria, tal como está previsto en el artículo 74 de la Constitución peruana.

Otro ejemplo es la Sección x-1 de la Constitución estadounidense:

³⁵ BASSOLS, M. y SERRANO, J. M. *Op cit.*, p. 56.

Los Estados no podrán celebrar tratados, alianzas o coaliciones; expedir patentes de corso y represalias; acuñar monedas, ni emitir billetes de crédito; señalar como forzosa admisión en el pago de las deudas otras monedas que las de oro y plata; aprobar ningún proyecto de ley sobre infamia trascendental o dar leyes *ex post facto*, o que desvirtúen las obligaciones de los contratos, ni conceder tampoco títulos de nobleza».

ii. Residual

Supone una previa enumeración de competencias asignadas positivamente, correspondiendo el resto de las mismas, sin mediar listado expreso, a otro orden o fuente normativa.

Es de mencionar la Enmienda x de la Constitución estadounidense que reserva a los estados miembros las facultades que no delega a la Federación ni niega a éstos.

Otro ejemplo es el artículo 149.3 de la Constitución española, que dispone que las materias no atribuidas expresamente al Estado podrán corresponder a las comunidades autónomas, en virtud de sus respectivos estatutos de autonomía.

En lo que respecta al sistema jurídico nacional, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo dispone que «toda función, actividad, competencia, proyecto, empresa o activo que no hubiera sido asignado expresamente a otros niveles de gobierno corresponden al Poder Ejecutivo».

A nivel de fuentes normativas se puede citar como ejemplo el artículo 37 de la Constitución francesa de 1958, el cual establece que todas las materias distintas de las pertenecientes al dominio de la ley —dispuestas en el artículo 34— tendrán carácter reglamentario. Doble reserva de ley y reglamento.

En lo que se refiere a relaciones intraordinamentales, en el Derecho nacional, conforme al artículo 106 de la Carta de 1993 y la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 0003-2006-PI/TC, las materias que competen regular a la ley ordinaria estarían dispuestas de manera residual. Esto es, todo aquello que no es atribuido positivamente a la ley orgánica será competencia de la ley ordinaria, es decir, de su pieza de deslinde.

A estas alturas, es importante indicar que la Ley de Bases de la Descentralización (como parte del bloque legal de constitucionalidad que es) y en cuanto a los gobiernos territoriales se refiere, en su artículo 13 establece tres tipos de competencia: exclusivas, compartidas y delegadas. Y es el artículo 15 de la misma Ley de Bases de la Descentralización el que dispone que las competencias se ejerzan mediante las facultades o atribuciones de normatividad, regulación, planeamiento, administración, ejecución, supervisión y control. En muchos casos se tratará de una vinculación competencial del tipo «norma-actuación».

No se deben dejar de lado los criterios de complementariedad, selectividad, proporcionalidad, provisión, concurrencia y subsidiariedad (nosotros agregaríamos el principio de «separación con articulación»), que facilitan el deslinde competencial y actúan como reglas de cierre del sistema (artículos 4.f y 14.2.a de la Ley de Bases de la Descentralización).

Es de precisar que el presente trabajo, tal como su título lo especifica, gira en torno a las competencias que se ejercen a través de la dación de normativa, regulación y planeamiento, y deja de lado las competencias que aluden a funciones o atribuciones extranormativas, por ejemplo, la administración, ejecución, gestión, supervisión y control.

De otra parte, se debe indicar que el concepto de los fines de interés respectivo cumple la función y el efecto de servir de criterio delimitador al momento del reparto de las competencias. En tal sentido, deben permanecer en el ámbito nacional aquellas competencias que corresponden al interés general de la nación por medio de una estrecha vinculación con la idea de soberanía y a la necesidad de preservar el carácter unitario del Estado. Ello, en contraste con las peculiaridades y particularidades que configuran los fines de las necesidades sociales del interés de los entes territoriales.

En otras palabras, serán los fines de interés respectivo de los entes territoriales el elemento que deslinde sus correspondientes esferas de actuación. Con justa razón, de Tocqueville afirmaba:

«[...] por lo general, los municipios sólo están sometidos al Estado cuando se trata de un interés que yo llamaría social, es decir, que comparten con otros [...], en todo aquello que sólo a ellos concierne, los municipios siguen siendo cuerpos sociales independientes; y entre los habitantes de Nueva Inglaterra no se encuentra ninguno creo yo, que reconozca al gobierno del Estado el derecho a intervenir en la dirección de los intereses puramente municipales [...]. Vemos pues, a los Municipios de Nueva Inglaterra vender y comprar, acusar y defenderse ante los tribunales, cargar o desgravar su presupuesto, sin que a ninguna autoridad administrativa se le ocurra interferir».³⁶

Lo indicado se origina en el necesario correlato que existe entre los términos «competencia» e «interés público». Parafraseando al ya citado De la Morena y De la Morena, se puede afirmar que no hay competencias sin fines declarados previos y legalmente de interés público («No hay voluntad sin una finalidad», diría Jhering. «Donde hay interés hay

³⁶ De TOCQUEVILLE, Alexis. *La democracia en América*. Madrid: Alianza Editorial, 1980, p. 63.

acción», diría algún civilista), lo que *a contrario sensu* significa que si no media esa previa *publicatio*, o bien el Estado no podrá intervenir, o bien si interviene no podrá ya hacerlo investido de poder público.³⁷

3. RELACIÓN ENTRE EL ORDENAMIENTO NACIONAL Y LOS ORDENAMIENTOS TERRITORIALES

El profesor Aníbal Quiroga León enseña bien que «las normas constitucionales, al ser esencialmente normas políticas, distributivas del ejercicio legítimo y legitimado del poder constituido, son continente de valores, principios y postulados fundamentales para la organización política, social y económica de una nación, los mismos que tienen una dimensión históricamente dinámica».³⁸

Antes de entrar en detalle quiero señalar que es en la Constitución donde descansa la idea de soberanía y donde se configura el modelo de Estado social democrático de derecho. La soberanía no corresponde al legislador, sea nacional o territorial. La soberanía es lo que da a la Constitución su supremacía absoluta, bajo la cual se acomodan todos los ordenamientos jurídicos o poderes públicos. Así, la pluralidad de ordenamientos y formas legales encuentra la unidad en la Constitución en tanto norma soberana y norma jurídica ubicada en la cúspide de la estructura normativa, y cuyos valores fundamentales y principios dotan de validez a ella misma e informan en su integridad la pluralidad de ordenamientos, las competencias de éstos y la forma y fondo de las fuentes normativas que se incardinan en tales ordenamientos.

«Todos los poderes del Estado están, pues, igualmente vinculados al titular de la soberanía nacional, e igualmente sujetos a la Constitución, que es la expresión del poder constituyente, tras

³⁷ DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis. *Op. cit.*, p. 175.

³⁸ QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Control difuso y control concentrado en el Derecho Constitucional peruano». En: *Derecho PUCP*, 1996, n.º 50, p. 213.

cuya aprobación y promulgación no hay ningún ejercicio de la soberanía nacional, sino ejercicio de poder público a través de órganos y competencias fijadas constitucionalmente y cuya legitimidad en el ejercicio de sus competencias es exactamente igual en todo [...], y se ejercen de la manera y con el ámbito previsto en el orden jurídico fundamental del Estado que es la Constitución». ³⁹

Para comenzar, es importante preguntarse cómo se relaciona el ordenamiento jurídico nacional con los ordenamientos territoriales, considerando la legislación territorial dada dentro del acervo competencial de estos últimos.

En principio, y habida cuenta de que estamos tratando el tema de la relación que se configura entre el ordenamiento nacional y, fundamentalmente, los ordenamientos territoriales, es preciso citar a García de Enterría, quien aunque refiriéndose al sistema español (y que, matices más matices menos, no pierde validez para nuestro Derecho), sostiene que:

«Un ordenamiento, en cuanto a sus elementos normativos (pues, como probó Santi Romano, el ordenamiento es inicialmente una organización, de la cual las normas son expresión e instrumento), es tal en la medida en que no es un conjunto de reglas, más o menos, separables de otro ordenamiento global, en la medida, pues, en que su posición no es explicable desde la perspectiva de la integración jerárquica en otro ordenamiento. Todo ordenamiento se basa, pues, en la separación que se expresa, por de pronto, en un sistema privativo de fuentes del Derecho, las cuales se producen en el ámbito propio de la organización de que el ordenamiento surge. Esas fuentes de Derecho, como propias de la organización específica de que se trata, no están jerárquicamente subordinadas a las fuentes de ninguna otra organización diferente, ni siquiera de la organización gene-

³⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. «Leyes singulares, leyes de caso único». En: *Revista de Administración Pública*, enero-abril, 1989, n.º 118, p. 68.

ral que englobe a todos los ordenamientos particulares. Esto es lo que inicialmente significa el concepto de "autonomía", según su misma etimología, la capacidad de auto-normarse».⁴⁰

En tal sentido es que en el sistema jurídico se configuraría una pluralidad de ordenamientos, separados y deslindados entre sí, pero a la vez articulados y dotados de un sistema privativo de fuentes cada uno. Esta pluralidad de ordenamientos encuentra la unidad, además de a través de las herramientas de articulación y armonización, en la suprema posición que detenta la Constitución, la misma que en tanto supraordenamiento y, notablemente, como norma jurídica, es directamente vinculante y aplicable a tales ordenamientos (artículo 2.2 y artículo 43 de la Constitución). Y en tanto y en cuanto norma jurídica, la normativa contenida en los distintos ordenamientos ha de ser interpretada de acuerdo a la Constitución, y, por qué no, de acuerdo a los principios y valores fundamentales que a ella misma informa e inspira (artículo 3 de la Constitución).

En otras palabras, es en la Constitución donde descansa la idea de soberanía y donde se configura el modelo de Estado social de Derecho. La soberanía no corresponde al legislador, sea nacional o territorial. Y es la soberanía la que da a la Constitución su supremacía absoluta, bajo la cual se acomodan todos los demás ordenamientos jurídicos o poderes públicos. Así, la pluralidad de formas legales encuentran la unidad en la Constitución en tanto norma soberana y, señaladamente, norma jurídica ubicada en la cúspide de la estructura normativa, cuyos valores fundamentales y principios dotan de validez a ella misma e informan en su integridad al resto de ordenamientos y a las fuentes formales que éstos contienen.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones». En: *Revista de Administración Pública*, enero-abril, 1983, n.ºs 100-102, p. 217.

Como dice García de Enterría «Norma Constitucional en tanto sistema de valores normativos, materiales e informadores». Bien precisa Rodríguez Segado cuando apunta que: «En cuanto la Constitución es visualizada como “contexto superior” (*vorrangiger Kontext*) de las demás normas jurídicas, las leyes y restantes disposiciones infra-legales han de ser interpretadas forzosamente en consonancia o conformidad con la Constitución».⁴¹

Tampoco se puede dejar de lado en tanto ligamen entre todos los ordenamientos y por tratarse del intérprete supremo de la Constitución, al Tribunal Constitucional. Como bien dice Landa Arroyo: «[El Tribunal] es un poder integrador, un poder moderador. Esto, en tanto el sistema de poder en nuestro Estado es uno de balances y equilibrios, lo cual requiere de una articulación. Precisamente en el Tribunal están estas bisagras que permiten la flexibilidad del juego político».⁴²

Todo ello se deriva del modelo de Estado, con pluralidad de instituciones, que es diseñado por la Constitución. El Gobierno nacional, de este modo, se ha reestructurado, sustrayendo de sus instancias centrales una parte importante de sus competencias, para así diseminarlas de modo horizontal, territorial y funcional.

Es así como nos encontramos frente a una crisis de la concepción centralizada del ordenamiento jurídico. En rigor, en el Derecho peruano no puede hablarse más de un solo ordenamiento jurídico compuesto por varias clases de normas sujetas a una estricta jerarquía. De esta manera, y en principio, el sistema jurídico nacional se encontraría compuesto por una pluralidad de ordenamientos jurídicos, previstos por

⁴¹ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. «El Tribunal Constitucional español como legislador positivo». En: *Pensamiento Constitucional*, 2011, n.º 15, vol. 15, p. 131.

⁴² LANDA ARROYO, CÉSAR. «Parámetros interpretativos constitucionales y el lugar del Tribunal Constitucional en el proceso normativo en Perú: diez años después» (mesa redonda). En: *Thémis*. Lima: PUCP, 2008, n.º 55, p. 17.

la Constitución y dispuestos entre sí en una «tensión» (no colisión) de lateralidad.

Pero lo fundamental de ello se traduce en la manera como se van a incardinar las fuentes formales al interior de la estructura normativa, a la cual no podemos sino calificar de compleja y, notablemente, en cuál es la relación o qué clase de interacción se da entre la pluralidad de ordenamientos.

Para Giannini, citado por Zas Friz, y aun cuando aludiendo al régimen italiano, las leyes regionales y los reglamentos comunales son normas subprimarias. En relación a las leyes regionales, señalaba más específicamente que:

«Las leyes regionales son ciertamente actos normativos de autonomía; según algunos son equiparables integralmente a las normas primarias del Estado, en el sentido de que pueden modificar o abrogar normas de ley o actos con fuerza de ley del Estado [...]; más correcto parece todavía considerarlas normas subprimarias, o sea normas equiparables a las normas primarias, pero sujetas al orden de los principios puestos por las normas primarias del Estado, o cuanto menos a algunas de ellas: en tal sentido, por el resto, son de considerar a las llamadas leyes marco, que rigen la legislación regional».⁴³

Nos parece parcialmente correcto lo dicho por Giannini. Sin embargo, queremos resaltar los siguientes aspectos, específicamente, sobre la incardinación de las «ordenanzas territoriales» en la estructura normativa nacional:

⁴³ ZAS FRIZ BURGA, Johnny. «La autonomía política y sus elementos. Una introducción conceptual para el estudio de los gobiernos subnacionales». En: *Derecho PUCP*, 1999, n.º 52, p. 479.

- a) Todas las normas con rango de ley son normas primarias, esto es, están directamente subordinadas a la Constitución. Sólo cabe hablar de jerarquía.
- b) La relación entre ordenanzas territoriales y otras fuentes con rango de ley, todas ellas provenientes de distintos ordenamientos, es informada por la idea de competencia. Cuando Giannini habla de «leyes marco que rigen la legislación regional», entendemos que por tales leyes marco alude al bloque legal de constitucionalidad.
- c) La relación entre las distintas formas de ley y el bloque legal de constitucionalidad es informada por la «función constitucional» que cumplen las leyes que conforman el aludido bloque. En este supuesto no cabe hablar de competencia y menos aún de jerarquía.

En tiempos pretéritos, el principio de jerarquía y sus variantes resultaban plenamente válidos y suficientes para dominar la resolución de cualquier conflicto internormativo que se configuraba en el marco de un ordenamiento jurídico estrictamente centralista y de estructura piramidal o escalonada.

Sin embargo, y como luego veremos, pretender hoy en día la improbable supremacía del principio de jerarquía supondría necesariamente facultar a cualquier norma, en apariencia de grado superior, para invadir el ámbito material que corresponde a otra norma de distinto ordenamiento y así contravenirla. Ello, que es un efecto típico del principio de jerarquía, resulta del todo ajeno a un sistema constituido por una pluralidad de ordenamientos, dotados de autonomía y de un ámbito propio de competencias.

Se requiere, pues, del concurso de dos principios adicionales al de jerarquía: la competencia y la función constitucional.

La legislación nacional que se podría aplicar a la relación entre ordenamiento jurídico nacional y ordenamientos territoriales encuentra su base normativa en las disposiciones integrantes del bloque legal de constitucionalidad, las mismas que ponen en relieve el principio constitucional de «coordinación y cooperación» que paso a detallar:

Es de citar el artículo 189, primer párrafo, de la Constitución, cuando establece que: «El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación». El artículo 191, primer párrafo de la Constitución, a su vez, dispone que «Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones». El artículo 192 de la Constitución señala que los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo. De otra parte, el artículo 195 de la Constitución dispone que «los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo».

El artículo 11.1 de la Ley de Bases de la Descentralización estipula que «La normatividad expedida por los distintos niveles de gobierno, se sujeta al ordenamiento jurídico establecido por la Constitución y las Leyes de la República». El artículo 14.1 de la misma Ley de Bases dispone que «Las competencias de cada nivel de gobierno, nacional, regional y local se rigen por la Constitución y la presente Ley Orgánica».

Por su parte, el artículo 36 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales dispone que «Las normas del Gobierno Regional se adecuan al

ordenamiento jurídico nacional, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro Gobierno Regional ni de los otros niveles de gobierno».

El artículo 45.a de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales detalla que: «Es competencia del Gobierno Nacional definir, dirigir, normar y gestionar las políticas nacionales y sectoriales, las cuales se formulan considerando los intereses generales del Estado y la diversidad de la realidad regional, concordando el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República».

El segundo párrafo del artículo II de la Ley Orgánica de Municipalidades dispone que «La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico».

Es el artículo VIII de la misma Ley Orgánica el que señala que:

Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio. *Las competencias y funciones municipales específicas se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo* (cursivas mías).

En fin, el artículo 38 de la misma Ley Orgánica, a su vez dispone: «El ordenamiento jurídico de las municipalidades está constituido por las normas emitidas por los órganos de gobierno y administración municipal, de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional».

Sobre el tema de relaciones interordinamentales, el Tribunal Constitucional también ha sido prolífico. Así, el Tribunal ha expresado, en la STC n.º 0038-2004-AI/TC, que:

[S]i bien la Constitución ha establecido que los gobiernos locales gozan de la garantía institucional de la autonomía municipal en materia política, económica y administrativa, y que, además, son competentes para aprobar su organización interna y su presupuesto, ello no implica que tales organismos gocen de una irrestricta discrecionalidad en el ejercicio de tales atribuciones, toda vez que, conforme al principio de unidad de la Constitución, esta debe ser interpretada como un todo, como una unidad donde todas sus disposiciones deben ser entendidas armónicamente.

Asimismo, en la Sentencia n.º 0012-1996-AI/TC el Tribunal ha precisado el carácter restringido del concepto de autonomía de los órganos creados por la Constitución, estableciendo que «[...] la autonomía es la capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento se forma parte, y que está representada no solo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a éste». En ese sentido, debe entenderse que dicha autonomía debe ser ejercida dentro del marco constitucional y legal.

Así las cosas, el profesor Landa Arroyo alude al principio de unidad señalando que éste «[...] acarrea una preeminencia de los intereses generales del Estado por sobre los intereses particulares de las regiones. Lo cual no implica negar la autonomía, ni mucho menos justificar la intervención del Estado en los asuntos de carácter regional reservados para sus gobiernos autónomos; sino que, una comunidad nacional requiere que queden bajo responsabilidad del gobierno nacional atribuciones concretas en garantía del interés general de la nación y del Estado».⁴⁴

⁴⁴ LANDA ARROYO, César. «Balance constitucional de la regionalización». En: *Derecho PUCP*, 1990, n.ºs 43-44, p. 246.

Sobre el mismo asunto Donayre Montesinos sostiene que, en las definiciones de los organismos constitucionalmente autónomos, así como al momento de describir sus características más relevantes, se hace referencia a que este tipo de organismos gozan de una relativa independencia. En otros términos, no es posible sostener que ostentan una autonomía a tal punto que se manejan bajo sus propias pautas sin mecanismos de interrelación, pues ello nos trasladaría más bien a un escenario de autarquía (sic). Y es que «Las funciones de esos órganos son diferentes entre sí ya que implican la razón de ser de cada uno de ellos y la justificación de su independencia relativa, *id per relationem*, pero a su vez los órganos constitucionales están interrelacionados y coordinados entre sí, *porque el Estado es uno*» (cursivas mías).⁴⁵

Dejo planteado, entonces, que pueden darse seis supuestos, algunos desde ya improbables (pese a ello son desarrollados para fines didácticos a fuerza de contraste) y, a su vez, no necesariamente disyuntivos para explicar esta relación interordinamental.

Primero, de darse una relación de supremacía o prevalencia, ésta debe ser entendida en el sentido de que la ley territorial no debe transgredir los principios y fundamentos legales, así como los valores nacionales permanentes, superiores y fundamentales del ordenamiento jurídico nacional que aquéllos inspiran y dotan de coherencia a la totalidad del mismo ordenamiento. Así, verbigracia, la dignidad de la persona humana, la igualdad, la reserva de ley, la soberanía del pueblo, el Estado social y democrático de derecho y la forma republicana de gobierno. Los principios generales, que no sólo forman parte del ordenamiento, sino mucho más, lo fundamentan, lo informan, lo inspiran y lo estructuran, para darle así sentido propio.⁴⁶

⁴⁵ DONAYRE MONTESINOS, Chistian. «Entre la autonomía y la autarquía del Jurado Nacional de Elecciones». En: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3038/2885>>, pp. 123-124.

⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, ley e inmunidades del poder*. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 54.

Ello es reconocido por el artículo 3 de la Constitución de 1993 y los artículos IV, v.2.10 y VIII de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Sobre el mismo supuesto, el profesor Aníbal Quiroga León sostiene que «[...] también es verdad que la Constitución vincula y obliga a todos, pero la eficacia de la mayoría de sus normas se caracteriza por los *Principios Informadores* o *Inspiradores* antes que por mandatos directos». ⁴⁷

Los principios generales del Derecho fundamentan y estructuran el ordenamiento, de modo que sin ellos éste no sería siquiera un orden estrictamente como tal. ⁴⁸ Igualmente, estos principios expresan los pensamientos jurídicos básicos de la comunidad, las ideas sustanciales que articulan y animan el ordenamiento en su conjunto. ⁴⁹

Es importante citar otra vez a García de Enterría cuando en tiempos aurales o arcaicos sostenía que:

«Como se precisó en la Exposición de Motivos de la LJ de 1956 [...] hay que estimar que reconducir simplemente a las leyes la conformidad o disconformidad de los actos o disposiciones reglamentarias "equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra o circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones". ⁵⁰

La determinación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un dispositivo legal es determinada con relación a los valores que han sido reconocidos por la Constitución. A su vez,

⁴⁷ QUIROGA LEÓN, Aníbal. «La justicia constitucional». En: *Themis*. Lima: PUCP, 1987, n.º 41, p. 336.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 110.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, p. 199.

⁵⁰ *Idem*, p. 71.

la función de pacificación remite a que, al declararse la inconstitucionalidad de un texto legal, se lo expulsa del ordenamiento jurídico para evitar eventuales incongruencias, según la exigible tesis de que el ordenamiento sea armónico».⁵¹

Asimismo, debe ser tomado en cuenta el interés nacional y territorial como criterio informador y limitador, en cuanto clave de bóveda, de la actuación del Gobierno nacional y del ente territorial.

Siguiendo a De la Morena y De la Morena, podemos afirmar que:

«[...] los fines de interés público no son sino los móviles desencadenantes de la actuación de todos y cada uno de los órganos encuadrados en el Estado y la razón suprema y única por la que se les confirió las competencias que portan, de tal manera, que sin fin que cumplir no habrá órgano que crear ni competencia que ejercer».⁵²

Segundo, una relación de sujeción de los entes territoriales al Gobierno nacional regida por el principio de jerarquía. Me resisto a aceptar esta posibilidad, pues de darse, contravendría frontalmente las bases mismas de lo que se entiende por un Estado descentralizado.

Tercero, que se dé una relación «bases», «legislación básica», «legislación marco», «normas generales» y «régimen general» (que contienen un criterio informador) - «Desarrollo», normativamente a cargo del ente territorial. Queda claro que mediante estas leyes de bases o leyes marco, el Gobierno central no podrá vaciar de contenido la normativa de desarrollo que correspondería al ente territorial, de acuerdo a sus correspondientes intereses (ámbito material de impotencia).

⁵¹ FIGUEROA, Edwin. «El proceso de inconstitucionalidad. Desarrollo, límites y retos». En: *Pensamiento Constitucional*; Lima: PUCP, 2013, n.º 18, pp. 205-206.

⁵² DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis. «Los fines de interés público como “causa” y como “límite” de la competencia y como “medida” y “medida” de control jurídico». En: *Revista de Administración Pública*, enero-abril, 1978, n.º 85, p. 156.

Cuarto, asumir que cuando la Constitución u otra norma alude a la primacía, prevalencia o superioridad del ordenamiento jurídico nacional sobre la normativa territorial se refiere, ni más ni menos, que a la Constitución y al bloque legal de constitucionalidad.

Al analizar ese tema se toman en cuenta los siguientes dispositivos: artículo 192 de la Constitución, artículo 36 de la de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, artículos 11 y 38, primer párrafo, de la Ley Orgánica de Municipalidades y artículos 8 y 11.1 de la Ley de Bases de la Descentralización.

De otra parte, cabe indicar que cuando el artículo 195.4 de la Constitución otorga facultades a los gobiernos locales para crear tributos conforme a ley, se configura una polisemia en cuanto a la frase «conforme a ley». Esta frase podría referirse a la Ley Orgánica de Municipalidades, a una ley específica, autoritativa de delegación de facultades dada por el Congreso, a los principios constitucionales y legales que limitan el poder tributario, a «ley» en cuanto sinónimo de ordenamiento jurídico nacional en su conjunto o a «ley» en tanto referida a normas de «parámetro de control constitucional», el mismo que encuentra su correlato normativo en el bloque legal de constitucionalidad. Así, entre las normas que configuran tal «parámetro de control constitucional», en materia tributaria se encontrarían el Código Tributario, la Ley de Tributación Municipal, la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley de Bases de la Descentralización.

Quinto, que la relación entre el ordenamiento jurídico nacional y los ordenamientos territoriales se configure únicamente mediante una relación ley de la República-potestad reglamentaria territorial y ejecución territorial, esto último, mediante el dictado de actos administrativos. Nos oponemos a esta posición, pues ella importaría negar y renegar de la potestad legislativa originaria de los entes territoriales, así como de su autonomía política, ya que las ordenanzas (regionales y municipales) pasarían a ser meros reglamentos en sentido material —*secundum lege*—

(como lo fueron en el pasado), pese a que una pluralidad de normas, incluyendo la constitucional, les ha otorgado valor de ley. Además, los entes territoriales, pese a estar dotados de autonomía política, devenirían, bajo el pretexto del principio de igualdad y de unidad, en meros órganos sujetos a tutela administrativa y ejecutores de una voluntad ajena, esto es, a la voluntad del Gobierno nacional.

Es pertinente citar el informe del Ceplan denominado *Perú Múltiple: descentralización y desarrollo*, el mismo que da más luces aún sobre el supuesto materia de análisis:

Descentralizar no se trata sólo de cortar el ciclo de decisiones en dos o tres tramos, según el número de niveles de gobierno involucrados, como si los niveles sub-nacionales fuesen simples ejecutores del nivel central. Como el Estado descentralizado es una estructura más compleja, formada por niveles de gobierno elegidos, cada uno con competencia para definir políticas a su escala y en su ámbito, el ciclo también se hace más complejo, debiendo incorporar una serie de interdependencias decisorias y de gestión entre unos y otros niveles.⁵³

Sexto, sujeción de las políticas y planes de los entes territoriales a las políticas y planes nacionales y sectoriales. Baste ahora apuntarlo.

Entiendo, y ésta es mi posición, que existe una relación entre el ordenamiento nacional y los ordenamientos territoriales, que se fundamenta en el concepto de prevalencia o supremacía del primero sobre los segundos. En rigor, no se trata de una relación jerárquica; se trata de una relación que se basa en el tipo de función que despliega el bloque legal de constitucionalidad. García de Enterría lo entiende bien al precisar que: «la prevalencia de las normas es un correlato de la superioridad

⁵³ Ceplan. *Perú Múltiple: descentralización y desarrollo*. En: <http://www.ceplan.gob.pe/sites/default/files/Documentos/perumultiple.pdf>, p. 6.

de la función que en la norma se actúa». ⁵⁴ Así, serán la Constitución tanto como el bloque de constitucionalidad, las normas que informen, desde una posición de «superioridad cualitativa» y en tanto «regla de colisión», la relación entre los diversos ordenamientos.

Al propósito, el mismo García de Enterría señala lo siguiente con relación a la cláusula de prevalencia: «La cláusula constitucional de prevalencia prima al Derecho del Estado con un plus de valor en los supuestos estudiados, pero ese plus de valor no le convierte en superior jerárquico respecto de las normas autonómicas, lo cual sería contradictorio con la estructura misma de la pluralidad de ordenamientos, ordenada sobre otros criterios, que ya conocemos». ⁵⁵

Es otra vez García de Enterría quien, a mi modo de ver, encuentra una justificación válida para la existencia del principio de prevalencia o supremacía cuando afirma que:

«Es bien sabido que, en toda organización de una mínima complejidad, los criterios de distribución de competencias no son homogéneos, de forma que el reparto de funciones opere por trozos netos y distintos, como las porciones de una tarta o de un queso. Por el contrario, los criterios de distribución competencial son necesariamente heterogéneos, de modo que se entrecruzan entre sí, y ésta es justamente la fuente de los conflictos de competencia, la necesidad de articular en un sistema esa heterogeneidad de funciones». ⁵⁶

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, mayo-agosto, 1982, n.º 5, p. 75.

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones». En: *Revista de Administración Pública*, 1983, n.ºs 100-102, p. 287.

⁵⁶ *Idem*, p. 284.

Cuando se otorga el ejercicio de una competencia a un ordenamiento «de acuerdo a ley», ha de entenderse que tal remisión se considera hecha a la Constitución y al bloque de constitucionalidad. Repito: no estamos frente a una relación de jerarquía, estamos frente a una relación que es informada por el criterio de «función constitucional». En suma, una relación de «superioridad cualitativa» inmersa en una división vertical.

Lo hasta aquí señalado encontraría su base legal más sólida (entre otras normas) en la parte final del artículo 8 de la Ley de Bases de la Descentralización, cuando dispone que «La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional».

4. EL CONCEPTO DE LEY

De la rosa nos queda únicamente el nombre.

El nombre de la rosa

Umberto Eco

En la doctrina clásica, el concepto «fuerza de ley» era la característica más saltante de la ley, de la única forma de ley existente, la ley parlamentaria. El concepto fuerza de ley alude a la capacidad propia para innovar cualquier punto del ordenamiento preexistente, modificando, derogando o suspendiendo cualquier disposición o norma vigente en el momento de su promulgación (fuerza activa). Asimismo, alude a la cualidad propia de resistencia específica de la ley para no ser modificada, derogada o suspendida, si no es por otra ley, vale decir, por otra norma de la misma fuerza específica (fuerza pasiva).

El ordenamiento jurídico peruano no ha sido una excepción. La ley formal tradicionalmente se caracterizó por ser la única categoría jurídica aprobada por el Congreso, e inmediatamente subordinada a la Constitución y dotada del atributo denominado «fuerza de ley».

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas:

[...] superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso —de la mano del principio político de soberanía popular— al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo. (Expediente n.º 00023-2005-PI/TC).

Gómez-Ferrer Montant, refiriéndose a tiempos pretéritos, premodernos y preconstitucionales, señala que:

«La concepción roussoniana de la Ley, como expresión de la voluntad general, le otorga un alcance potencialmente ilimitado, en la medida en que identificaba la voluntad general con la expresión de la soberanía, de alcance ilimitado, y el producto de la voluntad con la razón. De esta forma la Ley se concebía como un instrumento en defensa de la libertad y de la igualdad».⁵⁷

Más contundente aún es García de Enterría cuando afirma que:

«En el jacobinismo histórico aparece, en efecto, el mito de la Asamblea (La "Convención", expresión absoluta de la voluntad general) como el lugar donde se posa el Espíritu Santo, o en términos más secularizados, el espíritu colectivo infalible y certero, en una suerte de unión mística lograda a través del debate

⁵⁷ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. «Relación entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional». En: *Revista de Administración Pública*, n.º 113, p. 10.

incesante y de la catarsis que éste procura. Es el jacobinismo, sostenido en el principio representativo absoluto de la voluntad general, el que alimenta el dogma de la soberanía parlamentaria en el constitucionalismo de tipo francés, que proscribía resueltamente todo poder por encima de la Asamblea y, por supuesto, todo, poder judicial, simple instrumento ejecutivo de las leyes de la propia Asamblea [...].⁵⁸

Era, pues, «el dogma de la voluntad» y «la expresión de la voluntad general» en todo su apogeo. Sin embargo, hoy en día el concepto «fuerza de ley» deja de ser un atributo privativo de la ley parlamentaria para ser compartido, en principio, con el resto de fuentes formales, que también constituyen auténticas leyes primarias del Estado. He aquí el origen principal de lo que se ha venido a llamar «la crisis del concepto de ley».

En efecto, el modelo de Estado peruano se ha reestructurado mediante un nuevo tipo de relación entre los poderes clásicos, así como con la aparición de lo que podría definirse válidamente como una pluralidad institucional, diseñada tanto a nivel territorial como funcional. Es indudable, pues, que ello se va a traducir en la forma como se manifiesta la voluntad de los entes del Estado. En tal sentido, resulta necesario e imperioso reconsiderar no sólo el concepto de ley —en la actualidad relativizado y en crisis—, sino además los criterios aplicables a todo el sistema de fuentes que, por cierto, ha sufrido los efectos de un auténtico revulsivo.

Esta crisis del concepto de ley, o más específicamente de la ley parlamentaria, se manifiesta fundamentalmente en tres aspectos, a saber:

1. La ley parlamentaria deja de ser una manifestación de soberanía sin más límites formales o materiales que la Constitución, y esto último siempre y cuando exista una jurisdicción o justicia cons-

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «La posición del Tribunal Constitucional en el sistema español. Posibilidades y perspectivas». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, enero-abril, 1981, n.º 1, p. 35.

titucional. La ley parlamentaria, de este modo, se desmitifica o queda destronada. La *judicialización* de la ley es una realidad.

2. No existe más un concepto unitario de ley, sino una pluralidad de formas legales que comparten, en alguna medida, las características privativas de la ley. La «ley» se diversifica.
3. No existe más un ordenamiento jurídico centralista y acabadamente jerarquizado. Se debe recurrir a otros criterios de incardinación: función constitucional y competencia.⁵⁹

Las competencias asignadas a los entes territoriales (gobiernos regionales, gobiernos locales) no son sino la juridificación de sus respectivos fines de interés (ahí donde hay intereses públicos hay competencias públicas). Se da, pues, una pluralidad de instituciones que gozan de autonomía política, funcional y territorial, y que detentan personalidad jurídica, así como potestad legislativa y reglamentaria, necesarias todas ellas, para su autogobierno. Es de indicar que las instituciones territoriales (auténticos poderes territoriales) son de naturaleza bifronte, pues además de tener un substrato administrativo también tienen un nítido substrato político.

Es como efecto de ello que conforme a los artículos 74 y 196.3 de la Constitución, los gobiernos locales y gobiernos regionales pueden crear originariamente tributos mediante ordenanzas. Así, las ordenanzas municipales y las ordenanzas regionales serían auténticas leyes materiales, primarias, equiordenadas, generales y abstractas, con la virtualidad de cubrir la reserva legal tributaria; y producto de órganos en los que reside la representación de la voluntad popular (artículo 74 de la Constitución). Por lo demás, y como ya se ha expresado, la univocidad del término «ley» se ha perdido y ha resultado desfasado el concepto unitario y tradicional de ley, pues el artículo 200.4 de la Constitución y el artículo

⁵⁹ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. *Op. cit.*, p. 9.

77 del Código Procesal Constitucional atribuyen también rango de ley a las ordenanzas municipales y ordenanzas regionales.

Así, por ejemplo, Dante Mendoza y Frank García sostienen, con relación a las ordenanzas, que:

«El efecto práctico es que según el Tribunal Constitucional una ordenanza regional tiene igual jerarquía que una ley, por lo que, en una contradicción entre una ley y una ordenanza, primaría la ordenanza dentro de la jurisdicción de la región donde fue emitida, con lo que llegaríamos a interpretar que una ordenanza sería preferida sobre una ley emitida por el propio Congreso de la República dentro de la jurisdicción de su región. En esa línea, el Tribunal Constitucional mediante sentencia de observancia obligatoria señala que dado que las ordenanzas regionales son normas con rango de ley (artículo 200.4 de la Constitución), no se encuentran jerárquicamente subordinadas a las leyes nacionales del Estado, por lo que para explicar su relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia, pues tienen un ámbito normativo competencial distinto».⁶⁰

Al respecto, resulta valioso citar a Francisco Rubio Llorente cuando expresa:

«[La Ley], que de ser concepto específico, comprensivo sólo de una clase de normas homogéneas, ha pasado a ser un concepto genérico, casi un supra-concepto, en el que se incluyen normas, que si bien proceden en todos los casos de órganos representativos, tienen muy diversas características jurídicas

[...] Cabe pensar que este elemento o nota común de las disposiciones de distinto origen en el que el rango o el valor (de

⁶⁰ MENDOZA, Dante y GARCÍA, Frank. «Algunos apuntes sobre las ordenanzas regionales en el proceso de descentralización y regionalización». En: www.derechoy-cambiosocial.com, pp. 6 y 7.

ley) consisten, estriba sólo en la susceptibilidad, que todas estas disposiciones con rango o valor de ley tienen por igual, de ser sometidas a control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional». ⁶¹

Y agrega sobre el mismo tema lo siguiente:

«Para despejar al menos en parte la equivocidad hay que precisar aún más el contenido del concepto, que queda así bien magro, indicando que lo que caracteriza a las normas con rango o valor de ley es el hecho de ser las únicas que pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional a través del recurso o cuestión de inconstitucionalidad». ⁶²

Pero esta desmitificación de la ley supone que la ley congresal debe compartir su lugar ordinal de preeminencia en una relación de lateralidad con otras fuentes de igual valor o jerarquía (normas primarias, subordinadas directa e inmediatamente a la Constitución, todas ellas en una posición equidistante a la Constitución y originadas en cuerpos representativos constituidos a través del sufragio), lo que vacía de contenido al concepto «fuerza de ley». La ley congresal no puede regular algunas materias que son privativas de otras entidades públicas territoriales o no territoriales. La ley ya no es más omnipotente. Existen aspectos de la realidad que constituyen un núcleo o reducto indisponible para el legislador (Garrido Falla).

El artículo 51 de la Constitución, dispone lo siguiente: «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado».

⁶¹ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley». En: *Revista de Administración Pública*, enero-diciembre, 1983, n.º 100-102, p. 420.

⁶² *Idem*, p. 421.

Aparentemente, y de una primera lectura, pareciera que este artículo diseña una pirámide jerárquica donde todas las fuentes formales están incardinadas en un riguroso plano de naturaleza vertical. No estoy de acuerdo con esta interpretación, pues ello, notoriamente supondría dejar de lado otros criterios de incardinación, notablemente la idea de competencia y la así llamada función constitucional.

Nuestro Tribunal Constitucional ha elaborado sesudamente sobre esta pluralidad de distintos tipos de «leyes» y precisa lo siguiente:

En el constitucionalismo decimonónico, la noción de «fuerza de ley» estuvo ligada a la idea de la ley como expresión de la voluntad general, es decir, como una propiedad derivada de su ubicación como la norma cimera del ordenamiento jurídico. Ésta, a su vez, reconocía a la expresión de la voluntad popular, por medio de sus representantes —la ley—, dos cualidades. Por un lado, una fuerza activa, consistente en la capacidad ilimitada de innovar el ordenamiento jurídico, y, por otro, una fuerza pasiva, es decir, la capacidad de resistir frente a modificaciones o derogaciones que procediesen de otras fuentes del derecho que no tuviesen sus mismos atributos.

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

Desde luego que no es sólo la fuerza activa de la ley la que ha tenido que replantearse a partir del establecimiento de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico. Otro tanto, ahora, cabría afirmar con relación a su fuerza pasiva. La multiplicación de fuentes normativas con el mismo rango ha

supuesto que la modificación, suspensión o derogación de la ley, no necesariamente tenga que provenir de otra ley en sentido formal, esto es, de la que el Parlamento pueda aprobar; sino, también, de aquellas otras fuentes normativas que, en el ordenamiento, tienen su mismo rango, como el decreto de urgencia o el decreto legislativo, y dentro, por supuesto, de los límites que la Constitución les impone.

En buena cuenta, la multiplicación de fuentes normativas con el mismo rango de la ley ha supuesto que, en el Estado constitucional de derecho, ya no se pueda hablar de «fuerza de ley» como una cualidad adscribible únicamente a la ley en sentido formal, sino como una que se puede predicar de todas las categorías normativas que con el rango de ley se hayan previsto en la Constitución. Una capacidad de innovar el ordenamiento, pero también de resistir modificaciones, derogaciones o suspensiones, que varía según la fuente de que se trate». (Expediente n.º 005-2003-AI/TC).

En otra sentencia el Tribunal Constitucional dispuso que:

Con relación a la fuente normativa denominada ley, en sentido material, deben tenerse presentes dos puntos. En primer lugar, su expedición corresponde al Congreso de la República conforme al inciso 1 del artículo 102 de la Constitución, que establece que es atribución del Congreso dar leyes. Atribución que descansa en los principios de soberanía política, consagrado en el artículo 45 de la Constitución, que establece que el Poder emana del pueblo, y en el principio representativo reconocido en el artículo 43 de la Constitución. Y en segundo lugar, que para la Constitución la fuente normativa denominada ley comprende a las leyes ordinarias, las leyes orgánicas, las leyes de desarrollo constitucional y las que tienen una denominación asignada directamente por la Constitución y cuyas diferencias no radican en su jerarquía ni en el órgano que las expide, sino en su procedimiento de aprobación y en las materias que regulan. (Expediente n.º 0047-2004-AI/TC).

De este modo, cuando el citado artículo 51 se refiere a que la «ley» prevalece sobre normas de inferior jerarquía, entendemos que no alude únicamente a la ley formal emitida por el Congreso, sino a la pluralidad de tipos de leyes, en su mayoría provenientes de otros ordenamientos, verbigracia, del orden territorial. Todos estos tipos de leyes están incardinados en un plano horizontal y equiordenadas. El criterio de jerarquía sí resultará de aplicación en la relación entre la pluralidad de leyes con sus respectivas normas subordinadas (reglamentos) dentro de su propio ordenamiento. Así, por ejemplo, la relación jerárquica entre ley congresal y decreto supremo, entre ordenanza regional y decreto regional y entre ordenanza municipal y decreto de alcaldía.

De este modo, el concepto «fuerza de ley» no es más la nota distintiva de la ley parlamentaria, y menos aún un término unívoco. Así pues, no es igual la fuerza innovativa de la ley parlamentaria y del decreto legislativo ni del decreto de urgencia, como tampoco lo será la de la ley orgánica respecto a la de la ley ordinaria. No es igual por último, la fuerza activa y pasiva de la ordenanza regional y la de la ordenanza municipal.

Como se verá más adelante, la ley orgánica cuenta con un ámbito material que le es asignado por el texto constitucional, dentro del cual ha de desplegar su actuación normativa donde la ley ordinaria carece de competencia para regular las materias de «naturaleza orgánica». Es así como ambos tipos de leyes detentan campos de despliegue distintos y paralelos, que no deben interferirse bajo sanción de inconstitucionalidad.

Repetimos, en términos generales puede afirmarse que las diversas fuentes con «fuerza de ley» existentes no se encuentran dispuestas en un esquema jerárquico de diversos planos verticales, sino en un esquema de naturaleza horizontal, en una posición de lateralidad, en que a cada fuente corresponde idéntico rango normativo y un contenido material reservado por la Constitución y agotado exhaustivamente por el bloque legal de constitucionalidad.

De todo ello deriva, precisamente, que se configuren diversas fuerzas activas y pasivas de actuación, donde son, en consecuencia, los principios de competencia y función constitucional los llamados a ser aplicados, a efectos de dar solución a los conflictos normativos interordinamentales que se susciten a este nivel.

De otro lado, es importante reiterar que el criterio de competencia no sólo resulta aplicable para el caso de relaciones interordinamentales, esto es, normas provenientes de distintos ordenamientos. La relación entre ley ordinaria y ley orgánica así lo acredita. Ambas fuentes tienen la misma jerarquía y están ubicadas en la estructura normativa en forma equidistante a la Constitución en una relación de lateralidad entre ellas, lateralidad originada en diferentes ámbitos materiales de competencia.

Este tema quedó parcialmente zanjado por el artículo 75, segunda parte, del Código Procesal Civil y dos sentencias del Tribunal Constitucional: expediente n.º 0003-2006 PI/TC y expediente n.º 0047-2004-AI/TC.

Sobre este tema haré las siguientes precisiones:

- 1) Repasemos la historia. Hasta la Carta de 1979, la ley orgánica, en tanto fuente normativa, no había recibido un tratamiento específico a nivel constitucional. Esto es, no se precisaba de un modo más o menos sistemático o coherente las materias que eran objeto de su regulación, la formalidad a que se encontraba sujeta su aprobación, así como su relación con las leyes «no orgánicas». Sin embargo, esta situación no fue obstáculo para que desde las últimas décadas del siglo XIX fueran dadas leyes que eran denominadas de hecho como orgánicas, muchas de ellas de suma importancia en la vida jurídica nacional. Así, verbigracia, la Ley Orgánica de Presupuesto de 1874, la Ley Orgánica de Municipalidades del 14 de octubre de 1892, la Ley Orgánica Electoral

de 1896, la Ley Orgánica de Beneficencias del 2 de octubre de 1896, las Leyes Orgánicas de Ministros de 1856, 1862 y 1863.

En 1928 Toribio Alayza Paz Soldán definía a las leyes orgánicas del modo siguiente:

«La Constitución traza a grandes rasgos las instituciones. De allí que sea necesario que se reglamenten por leyes especiales y en otros por acción del Poder Ejecutivo. La reglamentación de algunas instituciones, solamente esbozadas en la Constitución debe hacerse por medio Leyes. Leyes que la Constitución establece que deben darse, porque la misma Carta Política se remite en muchas de sus instituciones a ellas, estas leyes se llaman Orgánicas, porque la Constitución establece que tal o cual institución funciona con arreglo a una ley determinada [...]. De allí que resulta que esas Leyes Orgánicas reglamenten las grandes instituciones del Estado».⁶³

Pero las leyes orgánicas dictadas con anterioridad a la Constitución de 1979 no se encontraban dotadas de ninguna sustantividad que las terminara situando en un lugar preeminente en el ordenamiento jurídico que no fuera el de la generalidad de las leyes. Se trataba, en definitiva, de leyes comunes, sin perjuicio de la relevancia de su contenido material que justamente originaba que fueran denominadas «orgánicas» y que a otras se les denominara «leyes de base» o «leyes generales». Como veremos más adelante, es de indicar que una denominación o un contenido material de ninguna manera suponen una especificidad o relevancia de determinada fuente normativa en cuanto a su ubicación en el ordenamiento jurídico si nada ha sido previsto (contenido material orgánico y forma de aprobación) por el texto constitucional.

Con relación a esta situación, Miguel de Althaus opinaba en 1968, lo siguiente:

⁶³ ALAYZA Y PAZ SOLDÁN, Toribio. *Derecho Constitucional general y del Perú*. Lima: Empresa Editorial Cervantes, 1928, p. 3.

«[...] dentro de nuestro ordenamiento jurídico el calificativo de «orgánica» sólo significa una referencia al contenido integral o sistemático de una Ley, pues todas [las] leyes tienen igual jerarquía. La dación de leyes de «bases» y «orgánicas» cuyas disposiciones prevalecieron sobre las leyes comunes y la prohibición de que puedan ser derogadas por la cláusula abrogatoria general que contiene toda ley nueva, requiere una enmienda constitucional que establezca una auténtica jerarquía de Derecho Administrativo».⁶⁴

- 2) El artículo 194 de la Constitución de 1979 regulaba el aspecto formal de las leyes orgánicas disponiendo que «los proyectos de leyes orgánicas se tramitan como cualquier ley. Sin embargo, para su aprobación se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros de cada cámara».

Sin embargo, el legislador, al desarrollar la Carta de 1979, extendió indebidamente el campo de acción de la ley orgánica, que pasó a normar una serie de instituciones y organismos públicos que ni siquiera eran mencionadas en la Constitución. Igual tratamiento recibió casi la totalidad de ministerios existentes, cuya regulación era remitida por la Constitución a la ley ordinaria (artículo 214). Gran parte de estas pseudoleyes orgánicas se expedieron bajo la forma de decretos legislativos a raíz de la delegación de facultades aprobada por Ley n.º 23230, una auténtica ley de plenos poderes que supuso una abdicación de atribuciones por parte del Congreso a favor del Poder Ejecutivo.

En tal virtud, el vicio de inconstitucionalidad se configuraba en dos aspectos: de una parte, se trataba de materias propias de la ley ordinaria que mal podían ser reguladas por ley orgánica. De otro lado, se reguló mediante legislación delegada, lo que contravino

⁶⁴ DE ALTHAUS, Miguel. «La reforma de la Administración Pública». En: *Derecho PUCP*. Lima: PUCP, 1969, n.º 27.

los requisitos formales dispuestos por el artículo 194 de la Carta de 1979.

No está de más precisar que estas pseudoleyes orgánicas, producto de la ocurrencia de determinada mayoría parlamentaria (siempre endeble y frágil), no vinculaban en modo alguno al legislador futuro, quien válidamente hubiera podido modificarlas o derogarlas a través de la dación de leyes ordinarias. Esto es, sin el cumplimiento de los requisitos agravados que preveía el artículo 194 de la Carta de 1979.

Queda claro que durante la vigencia de la Carta de 1979 no hubo unanimidad o consenso sobre la relación entre ley orgánica y ley ordinaria.

Así, por ejemplo, Enrique Chirinos Soto se refería a las leyes orgánicas como:

«[...] las complementarias de la Constitución. Al exigir para ellas un quórum calificado —la mitad más uno del número legal de cada cámara— el constituyente coloca a la Ley Orgánica por encima de la Ley Ordinaria, para la que basta una mayoría simple. De tal suerte, en la pirámide jurídica, la Ley Orgánica antecede a la Ley Ordinaria. Debe la primera prevalecer sobre la segunda».⁶⁵

Empero, la exigencia de una mayoría cualificada para la aprobación de leyes orgánicas no supone que éstas se encuentren dotadas de una jerarquía normativa superior a la de las ordinarias, tal como se ha pretendido. Como bien anota Javier Gálvez Montes: «Salvo prescripción legal o constitucional en contrario, las normas emanadas de un mismo órgano presentan igual rango je-

⁶⁵ CHIRINOS SOTO, Enrique. *La nueva Constitución al alcance de todos*. Lima: Andina, 1979, p. 204.

rárquico aun cuando los procedimientos de aprobación sea más rigurosos en unos casos que otros». ⁶⁶

- 3) El artículo 106 de la Carta de 1993 define las leyes orgánicas, de acuerdo a lo siguiente:

«Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución. Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso».

En contraste con el artículo 194 de la Constitución de 1979, el citado artículo 106 supone un avance, pues, a diferencia del derogado artículo 194, no sólo regula el aspecto formal (votación cualificada y trámite parlamentario ordinario), sino también el ámbito material privativo de esta fuente normativa.

Si se puede efectuar una crítica con relación al artículo 106 es que la reserva material de la ley orgánica es muy amplia o muy vasta en lo que se refiere a «la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución».

Es de indicar que al exigir la Constitución una votación calificada para la aprobación de leyes orgánicas, se debe trazar de manera restrictiva y tasada la asignación o atribución de materia orgánica a la ley. No es bueno que mayorías congresales eventuales, casi *ad libitum* dada la amplitud de la materia orgánica, resulte atando a futuras representaciones parlamentarias.

⁶⁶ GÁLVEZ MONTES, Javier. *Comentarios a las leyes políticas*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1985, Tomo VII., p. 74.

También anteriormente dijimos que el artículo 75, segunda parte del Código Procesal Civil, había zanjado parcialmente el problema... que supone la relación entre ley orgánica y ley ordinaria.

El aludido artículo 75, segunda parte, del Código Procesal Civil dispone que:

Por contravenir el artículo 106 de la Constitución, se puede demandar la inconstitucionalidad, total o parcial, de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley que no haya sido aprobada como orgánica, si dichas disposiciones hubieren regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada como tal.

El citado artículo se queda a medio camino, pues si bien sanciona la inconstitucionalidad de la ley ordinaria cuando ésta regula materia orgánica, no sanciona el supuesto de inconstitucionalidad cuando por ley orgánica se regula materia privativa de ley ordinaria (competencia residual). Es decir, el artículo funciona en un solo sentido.

El profesor Francisco Eguiguren señala que «En razón a la competencia, la Constitución reserva ciertas materias para su desarrollo y regulación a través de leyes orgánicas, cualquier intromisión de leyes ordinarias en estos campos, devendría en inconstitucional por vulnerar dicha competencia».⁶⁷

A esta cita se le puede válidamente agregar que a las leyes orgánicas también les está vedado invadir el ámbito material y competencial atribuido de forma residual a la ley ordinaria por la Norma suprema. Así lo ha establecido la sentencia del Tribunal Constitucional español del 13 de febrero de 1981, al establecer

⁶⁷ EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. «La legislación delegada en la Constitución peruana de 1979: algunos problemas y experiencias del periodo 1980-1985». En: *Derecho PUCP*. Lima: PUCP, diciembre, 1985, n.º 39, p. 165.

que: «Si bien es cierto que existen materias reservadas a leyes orgánicas también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias».

Nuestro Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre este tema. Así, por sentencia del expediente n.º 0003-2006-PI/TC, el Tribunal resuelve que:

1. [El artículo 106 de la Constitución] dispone dos requisitos especiales para que una fuente del derecho expedida por el Congreso de la República pueda ser considerada una ley orgánica: uno de orden material, referido a la exigencia de que se ocupe de la materia que le ha sido constitucionalmente reservada; y otro de carácter formal, relativo al número de votos necesario para su aprobación.

En tal sentido, tal como ha precisado este Tribunal en repetidas oportunidades, el referido artículo constitucional no establece una supuesta relación de jerarquía entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, sino, simplemente, de competencia material. En efecto, no se genera, *per se*, un problema de inconstitucionalidad cada vez que una ley ordinaria colisiona con una ley orgánica. La eventual inconstitucionalidad sería consecuencia de que la ley ordinaria haya infringido directamente el artículo 106 de la Constitución, al regular una materia reservada a ley orgánica, sin haber sido aprobada con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso, mayoría exigida por el artículo 106 constitucional.

2. La distribución de materias que, como quedó dicho, existen entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, obedece a criterios de taxatividad y residualidad, respectivamente, puesto que para que una materia deba ser regulada por ley orgánica, dicha previsión debe encontrarse expresamente prevista en la Constitución, y debe, además, ser interpretada en sentido restrictivo; mientras que las materias que no han sido inequívocamente confiadas a las leyes orgánicas, corresponden ser reguladas por ley ordinaria [...].

En atención a ello, el Tribunal Constitucional ha precisado las materias que por mandato constitucional han sido reservadas a la ley orgánica. Así, en atención a lo previsto en el artículo 106 de la Constitución, relativo a la regulación de la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado, dicha reserva no sólo alcanza a aquellas entidades expresamente mencionadas en el texto constitucional (artículos 82, 84, 143, 150, 161 y 198), sino a aquéllas a las que debe hacerse extensiva debido a su relevancia constitucional. En suma, dichas entidades son: el Poder Ejecutivo —Presidencia de la República y Consejo de Ministros—, el Congreso de la República, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, los gobiernos regionales, los gobiernos locales, la Superintendencia de Banca y Seguros, la Contraloría General de la República y el Banco Central de Reserva.

[...] del artículo 106, siempre desde la perspectiva *numerus clausus*, es aquella que, partiendo del requisito material, propio del modelo de ley orgánica que diseña la Constitución, preserva el principio de unidad en la interpretación de la Constitución. En tal sentido, debe considerarse que el artículo 106 de la Constitución prevé dos rubros que deben regularse por ley orgánica: a) la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas por la Constitución, las cuales comprenden aquellas con mención expresa (las contempladas por los artículos 82, 84, 143, 150, 161 y 198 de la Constitución), y aquéllas que, debido a su relevancia constitucional, también gozan de tal calidad; ello porque la primera parte del artículo 106 de la Constitución debe interpretarse coherentemente; y b) las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución (dentro de estas últimas se tiene a las contempladas en los artículos 31, 66 y 200 de la Constitución) (Expediente n.º 0047-2004-AI/TC).

El Parlamento carece de libertad para regular por Ley Orgánica aquellas materias que no hayan sido reservadas por la Constitución a este tipo de ley. La razón de ello estriba, con alcance general, en que «la rigidez del ordenamiento jurídico no puede llevarse más allá de los supuestos específicamente tasados [...] en un sistema democrático como el instaurado por nuestra Constitución, basado en el juego de las mayorías parlamentarias, por lo que la exigencia de que éstas sean cualificadas o reforzadas sólo puede tener carácter excepcional y ha de ser explícitamente prevista en la Constitución».⁶⁸

La cita es rigurosamente cierta. Y las sentencias del Tribunal Constitucional van por el camino correcto. Es de precisar, sin embargo, que la materia de ley orgánica debe ser siempre tasada y típica (taxatividad). Convertir en materia orgánica otros supuestos adicionales a los tipificados y que no fueron previstos expresamente en su momento por el constituyente supone, por fuerza, una frontal inconstitucionalidad. Además, convertir en materia orgánica otras que no están previstas por la Constitución supone ir contra la *ratio* que da existencia a las leyes orgánicas, esto es, ser restrictivas y específicas, y no ir más allá; y que las leyes orgánicas sean la excepción y no la regla. En suma, ampliar la materia orgánica implica el ejercicio de una analogía, convirtiendo en materia de ley orgánica (diseñadas éstas por la Constitución supuestamente de modo restrictivo), creando el legislador así, supuestos adicionales que no fueron previstos en su momento por el constituyente. Y todo esto se origina en el hecho de que la votación calificada ha de ser dispuesta de modo excepcional.

La exigencia por el texto constitucional de una mayoría reforzada para la aprobación de leyes orgánicas reside en la especial importancia o relevancia de las materias a ser reguladas (materias

⁶⁸ LEGUINA VILLA, J. «Principios generales del Derecho y Constitución». En: *Revista de Administración Pública*, setiembre-diciembre, 1984, n.º 114, p. 22.

tasadas y taxativas). De este modo se asegura un mayor grado de consenso y respaldo que haga necesario, en la generalidad de los casos, el concurso de las minorías. Pero de ninguna manera se puede deducir de una rigidez procedimental un «plus» jerárquico a favor del producto normativo.

De reconocerse una mayor jerarquía a las leyes orgánicas sobre las ordinarias, aquéllas no encontrarían en absoluto límites materiales. En tal sentido, y dada la supuesta supremacía, la ley orgánica podría válidamente extender su ámbito de actuación más allá de la reserva material atribuida positivamente por la Constitución. De este modo, se convertiría en materia orgánica cualquier contenido que fuera aprobado de acuerdo al procedimiento dispuesto por el artículo 106. Se trataría, en definitiva, de una reserva «no bloqueada» o «abierta». Esto es, reservas materiales inútiles. Ello agrava la más elemental doctrina sobre lo que se entiende por «reserva de ley» o «reserva material».

Por consiguiente, la mayoría absoluta, que sólo debe proceder para supuestos excepcionales y rigurosamente tasados por la norma constitucional, pasa a convertirse en la regla y la mayoría simple en la excepción, aplicable únicamente a las materias que aún no hayan sido invadidas por «el legislador orgánico». Así, pues, la ley ordinaria no se encontraría solamente sujeta al principio de constitucionalidad, dado que siendo la misma una norma secundaria, no podría contravenir bajo ningún supuesto el contenido normativo de las leyes orgánicas («comunidad material» y jerarquía). Ello además demandaría por parte del Congreso un esfuerzo de técnica jurídica para cuyo ejercicio carece de los medios técnicos.

- 4) El artículo 3 de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa (Ley n.º 26889) dispone que:

La Ley debe tener una denominación oficial que exprese su alcance integral. La denominación forma parte del texto oficial de la Ley y corresponde al Congreso de la República asignársela, salvo en los casos de Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia, en los cuales es el Poder Ejecutivo quien asigna la denominación. El Poder Legislativo, dentro de las facultades que la Constitución prevé, puede reformular la denominación de estas normas. Al expedir normas regionales de carácter general, el Gobierno Regional respectivo asigna la denominación que corresponda.

Sobre esta norma se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, que dispone que:

La facultad de otorgar una denominación ha sido desarrollada por la Ley n.º 26889, «Ley Marco para la producción y sistematización legislativa» [...] En ese sentido, el Congreso de la República e incluso el Poder Ejecutivo, en el caso de Decretos Legislativos, son competentes para asignar determinadas denominaciones cuando se trata de leyes que regulan aspectos generales sobre una materia a fin de sintetizar su alcance integral, empleando para ello las denominaciones de Ley de Bases, Ley Marco y Ley General, según corresponda, pero que, en definitiva, constituyen la fuente normativa de ley expedida por el Congreso de la República. Expediente n.º 00047-2004-AI/TC.

Al respecto, debo indicar que, a mi modo de ver, salvo en el caso de las leyes orgánicas y de reforma constitucional, dotar de una denominación «oficial» a una ley no supone que estemos frente a una fuente normativa dotada de una especificidad sistemática, relevancia o una jerarquía que resulte en una incardinación especial en el ordenamiento. Denominar a las leyes como «generales», «bases» o «marcos» no implica, reiteramos, una particularidad o especialidad alguna de tales leyes. Se trata, en definitiva, de leyes «comunes», sin perjuicio de la relevancia de su contenido material, que en muchos casos justamente, va a originar que sean

denominadas «ley general», «ley de bases» o «ley marco». Es de reiterar que una denominación «oficial», esto es, una «etiqueta», no puede suponer una «especificidad» en su posición en el ordenamiento jurídico. La única importancia que proveen tales designaciones «oficiales» es que facilitan la labor del operador jurídico.

- 5) En lo que respecta a las leyes de desarrollo constitucional, su naturaleza jurídica ha sido correctamente analizada por el Tribunal Constitucional. La sentencia n.º 00047-2004-AI/TC, con la cual estoy de acuerdo, precisa lo siguiente:

Con la expresión «Ley de desarrollo constitucional», la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución no ha creado una categoría normativa especial entre las fuentes que tienen el rango de la ley. Tal expresión no alude a una categoría unitaria de fuentes, sino a una diversidad de ellas, que tienen como elemento común constituir un desarrollo de las materias previstas en diversos preceptos constitucionales, cuya reglamentación la Norma Suprema ha encargado al legislador. Forman parte de su contenido “natural” las denominadas leyes orgánicas, en tanto que mediante ellas se regula la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, y de otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución; así como las leyes ordinarias como las que demandan los artículos 7 y 27 de la Constitución, por poner dos ejemplos, a las que se les ha encomendado la tarea de precisar los alcances de determinados derechos o instituciones constitucionalmente previstas.

Ello significa, desde luego, que la condición de «leyes de desarrollo constitucional» no se agotan en aquellas cuyas materias se ha previsto en la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución, esto es, a lo que allí se alude como leyes en materia de descentralización y las relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente

los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos; dado que sobre estas últimas, la Constitución sólo ha exigido del legislador cierto grado de diligencia («prioridad») en su dictado.

Tomando como base la citada sentencia, sólo resta decir que el bloque legal de constitucionalidad estaría compuesto por las leyes de desarrollo constitucional. Y en consecuencia, las leyes a las que aluden el artículo 72 del Código Procesal Civil, el artículo 15 de la Ley de Bases de la Descentralización y el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo son, entre otras, las leyes de desarrollo constitucional.

García de Enterría define el valor y la naturaleza de la ley, tal vez como quien da un grito desesperado en la noche de los tiempos y pretende preservar la memoria del bien perdido, y luego de una muerte fecunda, hallar un nuevo paradigma, un concepto de ley, un nuevo concepto de ley del que, tal vez, únicamente nos queda el nombre:

«Es verdad que la ley no es ya el único instrumento para la regulación social, pero la ley sigue siendo insustituible. La Ley es tal porque ha sido querida por el pueblo, a través de su representación parlamentaria, y eso tiene un valor básico por sí solo. La democracia no admite ya otro sistema de regulación o, si se prefiere, las sociedades democráticas siguen siendo, y esto está en la esencia de su ideario, sociedades autorreguladas, que no admiten instancias externas, sean monarcas o poderes absolutos o ungidos por cualquier mito o por cualquier elección, o jueces pretendidamente redentores o iluminados, auto-investidos como representantes de cualquier ideología, doctrina o tradición histórica».⁶⁹

⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Democracia y el lugar de la Ley*. En: https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/1/garcia_de_enterria_eduardo.pdf

Sin embargo, la mejor definición del concepto de «ley», una vez *desmitificada*, que he podido encontrar es la formulada por Francisco Caamaño Domínguez, que a la letra dice:

«Ley es la norma rectora que, dentro de un determinado ámbito de decisión, expresa jurídicamente, a través de una regulación normativa, la voluntad política de un órgano democráticamente legitimado por la comunidad para llevar a cabo ciertas políticas públicas de su interés e incumbencia. Expresado en otros términos: el concepto de autonomía política puede considerarse vinculado al de potestad legislativa, siempre que esta última sea entendida en un sentido material, esto es, como el poder de emanar normas para la comunidad dictadas por un órgano formado por representantes de la comunidad para la que se dictan».⁷⁰

5. POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (¿EXISTEN REGLAMENTOS AUTÓNOMOS EN EL DERECHO PERUANO?)

Según el artículo 118.8 de la Constitución, es atribución del Presidente de la República «Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones».

Sobre este artículo procede realizar los siguientes comentarios:

Así, por ejemplo: ¿puede el presidente dictar reglamentos para cubrir vacíos dejados de regular por la ley congresal (*lege silente*), e innovar, así, el ordenamiento? Nótese que no estoy aludiendo a reglamentos *secundum legem* o ejecutivos o de materia doméstica.

⁷⁰ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. «Autonomía local y Constitución. Razones para recuperar la causalidad perdida».

En: http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/492/agl03_07_est01_caamano.pdf?sequence=1, p. 54.

Me aventuro a indicar que de innovar el decreto supremo una materia dejada de lado por el legislador, se producirá lo que en doctrina se conoce como «congelación del rango», esto es, tal materia no podrá ser modificada o derogada (fuerza pasiva) sino por otro decreto supremo o por otra norma de mayor jerarquía que éste. Volveré a abordar este tema, baste ahora apuntarlo.

En el mismo sentido, y parafraseando a Rubio Llorente, reformulamos la pregunta: ¿la potestad reglamentaria del Presidente de la República puede ejercerse sin la *interpositio legislatoris* sobre cualquier materia que no esté reservada a la ley o que no haya sido previamente regulada por ésta?. De otra parte, me pregunto también si estamos frente a auténticos reglamentos autónomos, al estilo del artículo 37 de la Constitución francesa de la quinta República (1958). Al respecto, adelantaré que los auténticos reglamentos autónomos recogidos en la Carta francesa no sólo son nítidamente deslindables, a fuerza del contraste, de los reglamentos del ordenamiento jurídico peruano, sino además el tratar de asimilarlos no constituye sino un «agravio comparativo».

En rigor, por reglamentos autónomos se entiende aquellas normas dictadas por la Administración en unas materias que le han sido reservadas y en las que la ley no puede regular. Se trata, pues, de una competencia propia y excluyente que se otorga al reglamento, con exclusión expresa del Poder Legislativo, por las normas constitucionales. A diferencia del reglamento ejecutivo, que desarrolla a una ley anterior, y del reglamento independiente, que posteriormente puede ser derogado por una ley, el reglamento autónomo regula una materia de la competencia exclusivamente gubernamental y administrativa, que no puede ser modificada ni derogada por una ley formal.⁷¹

⁷¹ CLAVENO ARÉVALO, M. FRANCISCO. «¿Existen reglamentos autónomos en el Derecho español?». En: *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto, 1970, n.º 62, p. 11.

La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo en su artículo 11.3 dispone que los decretos supremos «[...] regulan la actividad sectorial o funcional o multisectorial funcional a nivel nacional». Adelanto que la materia objeto de decretos supremos así legislada resulta muy ambigua, carente de sustantividad propia, de ámbito normativo autónomo y de sustrato material, y en modo alguno puede ser considerada como un autentico ámbito de competencias privativo y exclusivo de los decretos supremos.

Pero hay más, pues el artículo 118.8 puede ser también leído de la siguiente manera: «Corresponde al Presidente de la República: Dictar decretos y resoluciones, sin transgredir ni desnaturalizar las leyes».

Aparentemente, el Presidente de la República podría dictar decretos y resoluciones de forma residual en caso que haya alguna materia que no hubiese sido regulada por la ley (*lege silente*) e innovar, de esta manera, el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, a la Constitución hay que interpretarla de manera integral. En ella hay una serie de remisiones a decretos supremos o decretos a secas. Sin embargo, adelantamos que tales decretos supremos no tienen mayor virtualidad normativa. Son «medidas». Y en algunos casos son actos de gobierno o políticos, eventualmente sujetos a control político a cargo del Congreso (artículo 200 de la Constitución y artículo 11 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo) y de los órganos jurisdiccionales.

Así, tales decretos supremos que, repetimos, no serían otra cosa que «medidas» están previstos, entre otros, en los siguientes artículos de la Constitución:

- Artículo 57: aprobación y ratificación de tratados ejecutivos.
- Artículos 74 y 188.20: regular aranceles y tasas.
- Artículo 118.21: gracias e indultos.
- Artículo 118.5: convocar a elecciones.

- Artículo 118.6: convocar al Congreso para legislatura extraordinaria.
- Artículo 134: disolución del Congreso.
- Artículo 137: estado de excepción.

Quedan fuera de estos supuestos los decretos que dicta el Presidente y que se refieren a la organización interna de la administración, materia doméstica (reglamentos organizativos), así como aquellos decretos que suponen una relación especial de sujeción o supremacía con «el administrado».

La distinción entre potestades de supremacía general y de supremacía especial (o insertas en una relación general o especial de poder) ya nos es conocida. Las primeras sujetan a todos los ciudadanos por su condición abstracta de tales, en cuanto súbditos del poder público, sin necesidad de títulos concretos. Las segundas son sólo ejercitables sobre quienes están en una situación organizatoria determinada de supervisión, derivada de un título concreto: sobre los usuarios de los servicios públicos (así, la potestad disciplinaria, los soldados, los presos, etcétera).⁷²

El profesor Alberto Bustamante Belaunde definió los reglamentos organizativos como sigue: «Organizarse a sí misma implica para la Administración Pública la potestad de dictar normas generales de organización y funcionamiento de las dependencias públicas y, en concordancia con ellas, dictar las normas específicas que atañen a las atribuciones de los funcionarios o a la designación y nombramiento de los mismos».⁷³

Rebolledo Puig define los reglamentos organizativos (aun cuando los denomina reglamentos administrativos) del modo siguiente: «El Reglamento administrativo es considerado Reglamento en sentido

⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, p. 444.

⁷³ BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto. «Gobierno y administración en la Constitución». En: *Apuntes*. UP, 1979, n.º 9, pp. 45-46.

material, contiene normas no jurídicas, no modifica el ordenamiento, sino que se desenvuelve dentro del preexistente, vinculando sólo a quienes están integrados en la organización administrativa».⁷⁴

El artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo define los reglamentos organizativos de la siguiente manera: «Las normas de organización y funciones distinguen aquéllas que son sustantivas de cada entidad de aquéllas que son de administración interna; y establecen la relación jerárquica de autoridad, responsabilidad y subordinación que existe entre las unidades u órganos de trabajo».

Por su parte, el artículo VII de la Ley del Procedimiento Administrativo General define los reglamentos organizativos, en cuanto a su función, del modo siguiente:

- Función de las disposiciones generales:
 1. Las autoridades superiores pueden dirigir u orientar con carácter general la actividad de los subordinados a ellas mediante circulares, instrucciones y otros análogos, los que sin embargo, no pueden crear obligaciones nuevas a los administrados.
 2. Dichas disposiciones deben ser suficientemente difundidas, colocadas en lugar visible de la entidad si su alcance fuera meramente institucional, o publicarse si fuera de índole externa.
 3. Los administrados pueden invocar a su favor estas disposiciones, en cuanto establezcan obligaciones a los órganos administrativos en su relación con los administrados.

El artículo 7.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que: «Los actos de administración interna se orientan a la eficacia y eficiencia de los servicios y a los fines permanentes de las entidades. Son emitidos por el órgano competente, su objeto debe ser física

⁷⁴ REBOLLEDO PUIG, Manuel. «Juridicidad, legalidad y reserva de una ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno». En: *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto, 1991, n.º 125, p. 23.

y jurídicamente posible, su motivación será facultativa cuando los superiores jerárquicos impartan las órdenes a sus subalternos en la forma legalmente prevista».

En efecto, sería posible plantear que el Presidente de la República podrá dictar espontáneamente reglamentos cuya materia se refiera a asuntos organizativos (temas domésticos) y en caso de relaciones especiales de sujeción o supremacía. Así, estaría vedado al Presidente de la República la dación de reglamentos (independientes) cuyo fin sea cubrir, de modo residual, vacíos dejados por el legislador (*lege silente*): reglamentos independientes (como los llama la doctrina española), que no podrían afectar el campo jurídico privado del común de los ciudadanos. No tienen efectos *ad extra*.

Sin embargo, no deja de ser tentadora la posición opuesta que consiste en que si se parte de una vinculación negativa de la Administración con el ordenamiento jurídico, allí donde no haya reserva de ley establecida por la Constitución, o la materia no hubiese sido regulada por ley mediante una «autoreserva» (congelación del rango) —*lege silente*—, el Presidente de la República de forma residual, podrá desplegar su potestad reglamentaria.

La decisión adoptada sobre esta hipótesis por el Tribunal Constitucional es nítida. Así, el Tribunal Constitucional ha deslindado los reglamentos ejecutivos o *secundum legem*, que de una parte expide el Presidente de la República, y de la otra, los reglamentos «independientes», los mismos que además de autoorganizar a la Administración y regular relaciones de sujeción especial, son dictados en caso de *lege silente*, siempre y cuando la materia a ser regulada no esté sujeta a reserva material ni formal a favor de la ley:

La fuerza normativa de la que está investida la Administración se manifiesta por antonomasia en el ejercicio de su potestad reglamentaria. El reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución, puede, de un lado,

desarrollar la ley sin transgredirla ni desnaturalizarla, y, de otro, hacer operativo el servicio que la Administración brinda a la comunidad. Los primeros son los llamados reglamentos *secundum legem*, de ejecución, o reglamentos ejecutivos de las leyes, los cuales están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben. En efecto, es frecuente que la ley se circunscriba a las reglas, principios y conceptos básicos de la materia que se quiere regular, dejando a la Administración la facultad de delimitar concretamente los alcances del marco general establecido en ella. *Los segundos son los denominados reglamentos extra legem, independientes, organizativos o normativos, los que se encuentran destinados a reafirmar, mediante la autodisposición, la autonomía e independencia que la ley o la propia Constitución asignan a determinados entes de la Administración, o, incluso, a normar dentro los alcances que el ordenamiento legal les concede, pero sin que ello suponga desarrollar directamente una ley.* (Expedientes Acumulados n.ºs 0001/0003-2003-AI/TC) (cursivas mías).

En ese sentido, son didácticas las expresiones de Rubio Llorente:

«Lo que caracteriza a la ley como forma superior (bajo la Constitución) de creación del Derecho en un sistema democrático es su modo de elaboración en el Parlamento, a través de la discusión y de la negociación entre las distintas fuerzas políticas y en presencia constante de la opinión pública. Las materias reguladas por ley, las que constituyen la reserva de ley, deben ser todas aquellas y sólo aquellas respecto de las que resulte esencial este procedimiento de discusión pública y transacción entre las distintas fuerzas políticas presentes en la Cámara». ⁷⁵

«Ante lo planteado por Rubio Llorente, resulta que se configuraría un salto del «efecto jacobino» («principio democrático») hacia el «principio monárquico». Por este último se entiende que: El titular originario de la soberanía era el monarca (a quien correspondía la sanción de la ley) y las Asambleas eran simplemente

⁷⁵ RUBIO LLORENTE, Francisco. «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley». En: *Revista de Administración Pública*, enero-diciembre, 1983, n.ºs 100-102, p. 430.

órganos de limitación de este poder originario. Tenía, por tanto, decisiva importancia la determinación de cuál fuera el ámbito competencial propio de estas asambleas, es decir, el ámbito dentro del cual el monarca no puede actuar sin su colaboración o, lo que, desde Otto Mayer, ya a finales del siglo XIX, comienza a llamarse el ámbito de reserva de ley, cuya delimitación se intenta mediante la elaboración de un concepto «material» de la ley, en oposición al simplemente formal». ⁷⁶

Pienso que al ser la potestad reglamentaria una atribución asignada directamente por la Constitución («poder reglamentario general» o «habilitación constitucional global»), el Presidente de la República podrá dictar reglamentos para regular, de modo residual, cualquier aspecto, de la realidad, con excepción de aquellas materias que están sujetas a reserva material de ley (principio de jerarquía informador-reserva constitucional de ley) y a reserva formal de ley (autoreserva y congelación del rango, en este último tipo de reserva). Para ejercer el Presidente la potestad reglamentaria, en el caso del primer tipo de reserva legal, requerirá habilitación por parte del legislador para efectos de reglamentar la ley (reglamento ejecutivo). Además de habilitar la regulación de estas materias sujetas a reserva legal por parte del Poder Ejecutivo, la habilitación o remisión al reglamento tiene también la virtualidad de forzar o crear la obligación a cargo del Poder Ejecutivo de reglamentar la ley de que se trate. No hay lugar a omisiones.

En lo que respecta a la reserva producto de la «congelación del rango» o «formal», sería una contradicción que por vía de remisión reglamentaria, sin fijación de criterios y principios y por plazo indefinido, la ley entregara parcelas sustanciales de su contenido al reglamento, lo que convertiría la remisión en una alternativa libremente utilizable respecto al cauce más riguroso de la delegación legislativa. ⁷⁷

⁷⁶ *Idem*, p. 426.

⁷⁷ BASSOLS COMA, M. «Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución». En: *Revista de Administración Pública*, enero-abril, 1979, n.º 88, p. 132.

Es de precisar que cualquier pretensión de dotar a los reglamentos de un ámbito de acción sin sujetarse a lo indicado respecto a la reserva material y reserva formal devengaría en el hecho paradójal de que los decretos legislativos no encontrarían razón de ser, y así se agravaría frontalmente la sistemática del ordenamiento.

Sin embargo, existen autores que están a favor de la «deslegalización».

Según Revolledo Puig: «[...] la Ley remitente es una Ley con regulaciones materiales y la Ley deslegalizadora no. Ésta, en definitiva, se caracteriza por dos datos: degrada el rango de una materia que antes era legal y no contiene una nueva regulación de la misma que se confía íntegra y libremente al Reglamento». ⁷⁸

García de Enterría define esta acción del modo siguiente: «Si la Ley que entrega al Reglamento una regulación que no contuviese por sí misma reglas materiales [...] entonces estaríamos en presencia de una simple deslegalización». ⁷⁹

Sin perjuicio de los «reglamentos ejecutivos», lo hasta aquí expresado no supone otra cosa más que el régimen reglamentario en el Perú se ejercería mediante el tipo de reglamentos llamados «independientes». Esto es, «[...] puede entenderse la potestad de la Administración de dictar normas reglamentarias cuando no existen normas de rango legal sobre una determinada materia, sintiéndose la necesidad de que tal materia encuentre una regulación jurídica. Es el Reglamento que suele denominarse independiente». ⁸⁰

Para la legitimidad de este tipo de reglamentos (independientes) se exige que la Constitución no haya sometido determinadas materias a una reserva absoluta o relativa de ley; se trata de una situación temporal

⁷⁸ REBOLLEDO PUIG, Manuel. *Op. cit.*, p. 167.

⁷⁹ Citado por Rebolledo Puig. *Idem*, p. 168.

⁸⁰ CLAVENO ARÉVALO, M. FRANCISCO. *Op. cit.*, p. 10.

y transitoria, lo cual no excluye una duración temporal relativamente importante en función de la duración del proceso de desarrollo constitucional por vía legislativa.⁸¹

Entonces, y además de los reglamentos domésticos, los que corresponden a relaciones especiales de sujeción o supremacía, y los reglamentos ejecutivos, el Presidente de la República estará plenamente facultado para dictar de modo espontáneo lo que se conoce como reglamentos independientes, siempre y cuando se desenvuelva dentro de los límites así precisados. Esto es, que no exista reserva material o formal a favor de la ley.

Aun cuando ya hemos ensayado una definición de acuerdo a la pauta de García de Enterría, diremos que Santiago Muñoz Machado entiende por relación especial de sujeción cuando se dan: «[...] normas que pautan el comportamiento de la Administración y de determinados individuos sujetos a ella por un vínculo más intenso que el que liga al común de los ciudadanos, del que surge una investidura de poder adicional al ya poseído por la Administración, que sitúa a aquéllos en una posición de subordinación más marcada».⁸²

En parte atribuyo lo expresado a la circunstancia de que la potestad reglamentaria le es directa y genéricamente atribuida al Presidente de la República por la Constitución. El Presidente de la República no necesita del Congreso una habilitación singular cada vez que requiera dictar un reglamento, salvo en los casos indicados. «Así, tal habilitación congresal sí será necesaria en caso de reserva material y reserva formal de la ley. En los demás casos, y de forma residual, la potestad reglamentaria ya le ha sido atribuida genéricamente al Presidente (materia organizati-

⁸¹ BASSOLS COMA, M. «Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria». *Op. cit.*, p. 130.

⁸² MUÑOZ MACHADO, Santiago. «Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el Derecho español». En: *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto, 1975, n.º 77, pp. 159-160.

va y normativa de relaciones de sujeción especial), como hemos dicho, por la norma más importante y de mayor jerarquía del sistema jurídico nacional: la Constitución».

Como respaldo de mi posición, es útil citar a Otto Mayer, citado por Rebolledo Puig, cuando sostiene que:

«[...] sólo para ciertos objetos particularmente importantes se ha hecho de la ley constitucional una condición indispensable de la actividad del Estado. Para todos los otros casos, el poder ejecutivo queda libre; obra en virtud de su fuerza propia y no en virtud de la ley. Nosotros llamamos a esta *exclusión* de la iniciativa del ejecutivo —existente para esos objetos especialmente señalados— *la reserva de ley*».⁸³

Rebolledo Puig se refiere a la reserva constitucional de Ley del siguiente modo:

«La reserva de Ley impone un límite a la potestad reglamentaria que ni siquiera el legislador puede levantar. Como ese límite significa finalmente que no cabe remitir al Reglamento sino la concreción y pormenorización de lo ya regulado en la Ley, se ha entendido que las reservas constitucionales suponen también un *mandato positivo al legislador* de establecer la regulación de la materia, de perfilar directamente en sus rasgos fundamentales la solución jurídica de determinadas cuestiones. La reserva de Ley supondría, así, para el legislador la exigencia de *emanar una Ley y de hacerlo con determinado grado de concreción*».⁸⁴

En cuanto a la reserva formal, el mismo Rebolledo Puig sostiene que:

«En esta doctrina, que ahora nos ocupará, la imposibilidad de aprobar Reglamentos sin habilitación de Ley no es total y previa. En ese caso, estaríamos en una tesis completamente distinta.

⁸³ Citado por REBOLLEDO PUIG, Manuel. *Op. cit.*, p. 85.

⁸⁴ *Idem*, p. 145.

Aquí deriva precisamente de la aprobación de la Ley. Es ésta la que, por sí y al margen de cualquier otro factor, produce el efecto de excluir el ejercicio de la potestad reglamentaria. De no existir esa Ley, el Reglamento sería factible. Es más, cuando esta supuesta reserva formal de Ley presenta un interés propio es cuando se despliega sobre ámbitos en los que el Reglamento podría haberse aprobado sin más base que las autorizaciones generales que atribuyen la potestad misma».⁸⁵

Por último, ahora trataré de dar respuesta al aparente conflicto que se suscita cuando, mediante la misma fuente formal (verbigracia, resoluciones supremas, resoluciones ministeriales) se dictan, indistintamente «reglamentos» o dispositivos con contenido «normativo», como lo estipula el artículo 11.4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo —en tanto innovadores del ordenamiento jurídico— y «actos administrativos» de carácter singular, esto es, meras aplicaciones de normas que forman parte del ordenamiento. Así, indebidamente, mediante una resolución suprema se podría nombrar a un funcionario de confianza, y mediante otra resolución suprema se podría regular la organización y funciones de una dependencia o corporación pública.

El profesor Rubio Correa en 1980, ejemplificaba esta situación como sigue:

«Es así como, por ejemplo, podemos encontrar un Decreto Supremo que expropia menos de una hectárea para fines de Reforma Agraria al lado de otro que establece normas generales para la actividad industrial como es el caso del Reglamento de la Ley General de Industria (Decreto Supremo n.º 001-71-IC/DS). Al mismo tiempo, tenemos resoluciones que indistintamente resuelven asuntos individuales como por ejemplo un pliego de reclamos en el sector trabajo, al tiempo que otras fijan, en este

⁸⁵ *Idem*, p. 151.

mismo sector, importantes normas de alcance general para patronos y trabajadores». ⁸⁶

El profesor Alberto Bustamante Belaunde, cuando se refiriere al aspecto normativo del proceso de reforma agraria (1969), describe la paradoja normativa y extranormativa que se suscitó:

«Ello explica la razón por la cual, si los legisladores estaban interesados en que las expropiaciones para Reforma Agraria fueran finalmente sancionadas al más alto nivel, no se encontrara ninguna otra fórmula viable que no fuera establecer que ellas debían ser acordadas mediante Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros. Ello explica, también, cómo los Ministros de Estado que se proponen dictar normas generales en ejercicio de la facultad reglamentaria que es inherente a la Administración Pública, no les cabe otra solución que expedir *Resoluciones Ministeriales* que, como su nombre lo indica, deberían reservarse para los actos de la administración generadores de efectos jurídicos estrictamente *subjetivos*. Ello explica, para continuar ilustrando, la carencia de sistematización existente, cómo determinadas Resoluciones Supremas de carácter particular resuelven en vía de impugnación sobre asuntos que se encuentran genéricamente normados a través de Resoluciones Ministeriales, pudiéndose violar —por el falso imperativo de la mayor jerarquía de los funcionarios que aprueban dichos actos— el principio de la legalidad del Derecho Administrativo, en virtud del cual, independientemente de la jerarquía de los órganos que los emiten, ningún acto de la administración de carácter particular puede contravenir un acto de la administración de carácter general». ⁸⁷
(subrayado mío).

Adelantamos que este proceder normativo sólo supone una cosa: el confundir los planos y las competencias. Con cargo a agotar este

⁸⁶ RUBIO CORREA, Marcial. «Legislación como fuente de Derecho en el Perú». En: *Derecho PUCP*, 1980, n.º 34, p. 27.

⁸⁷ BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto. *Op. cit.*, p. 48.

tema, es de indicar que para supuestos como el detallado, resultan de aplicación el principio de legalidad, el de la inderogabilidad singular de los reglamentos y el de vinculación (positiva) de la Administración al ordenamiento jurídico.

Y esto es de la mayor importancia, pues dependiendo de la naturaleza del dispositivo (acto administrativo o reglamento) corresponderá la vía para su impugnación (procedimiento contencioso administrativo o acción popular).

Con cargo a un desarrollo ulterior, el tema que nos ocupa, esto es el principio de «inderogabilidad singular de los reglamentos», Cairampoma Arroyo define este principio señalando que:

«[...] es aplicable a casos en que la administración ha establecido su interpretación oficial en una norma general (reglamento, circular, etcétera). De este modo, no podría apartarse de dicho criterio al resolver una cuestión particular en un acto administrativo de efectos singulares. Si bien [...], la general y la singular, provienen de una misma autoridad, ésta no puede establecer excepciones a lo señalado en la norma de efectos generales. De hacerlo incurriría en arbitrariedad».⁸⁸

6. ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CONSTITUCIONALES DE BASE NO TERRITORIAL Y SU POTESTAD REGLAMENTARIA (CONCEPTO DE AUTONOMÍA)

Es de la mayor importancia poner en relieve la figura de las administraciones públicas, cuyo dato primario es el de estar dotadas de personalidad jurídica, y en tal condición interactúan con otras instituciones, administrados y Poderes del Estado. Así, las administraciones públicas pueden ser parte en juicios, pueden celebrar contratos, responder con su

⁸⁸ CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto. *La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano*. En: *Derecho PUCP*. Lima, 2014, n.º 73, pp. 502-503.

patrimonio por sus hechos ilícitos y abuso de poder, ser propietarias de bienes y no de bienes simplemente adscritos, como es en el caso de los ministerios. Es importante este dato de la personalidad jurídica, pues nos permite echar al canasto, de una vez por todas, cualquier pretensión de dotar de personalidad jurídica al Estado. No hay personalidad global del Estado, como dice García de Enterría.

Este tema lo explica muy bien el mismo García de Enterría: «La Administración es una organización instrumental cuya personificación no requiere mística alguna; actúa siempre ante el Derecho como un sujeto que emana actos, declaraciones, que se vincula con contratos, que responde con su patrimonio de los daños que causa, que es enteramente justiciable ante los Tribunales».⁸⁹

Sobre la pluralidad de administraciones públicas, el mismo autor afirma que: «La Administración del Estado no es hoy la única Administración. Hay que hablar de Administraciones, de una pléyade o género entero, cada vez con singularidades más variadas».⁹⁰

Y este atributo de personalidad jurídica es también de la mayor importancia pues el mismo se vincula estrechamente con la idea de descentralización y el concepto de autonomía. Descentralización es la pieza de contraste de la desconcentración, y autonomía lo es del concepto de autarquía. Con cargo a regresar más adelante sobre este asunto, es de citar al profesor Landa Arroyo cuando afirma que:

«Entendemos que la desconcentración no es un grado menor de descentralización. Entre ambas formas de organización administrativa hay una diferencia de fondo. Desconcentrar equivale a delegar funciones; es un proceso técnico de efectos limitados en los campos jurídico-administrativos. Constituye una decisión intrainstitucional, microadministrativa y operativa; en tanto que

⁸⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, tomo 1, p. 34.

⁹⁰ *Idem*, p. 38.

descentralizar significa transferir competencias y funciones a nuevos centros el poder de decisión autónoma, sobre las prioridades de su comunidad.

Éste es un fenómeno extra-institucional, a partir del cual se da origen a nuevas instituciones dotadas de personalidad jurídica de derecho público y con capacidad para obligar y obligarse».⁹¹

Así, las siguientes instituciones son dotadas de personalidad jurídica por la Constitución y el bloque legal de constitucionalidad:

- Colegios profesionales: artículo 20 de la Constitución.
- Organizaciones políticas: artículo 35 de la Constitución.
- Superintendencia de Banca y Seguros y AFP: artículo 345 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.
- Banco Central de Reserva: artículo 84 de la Constitución.
- Comunidades campesinas y nativas: artículo 89 de la Constitución.
- Contraloría General de la República: artículo 82 de la Constitución y artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- Gobiernos locales: artículo 1 de la Ley Orgánica de Municipalidades.
- Gobiernos regionales: artículo 2 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Entre todos los organismos autónomos que diseña la Constitución, sólo me refiero en este trabajo a los que, además de detentar personalidad jurídica y que a su vez tienen virtualidad normativa sobre el común de los administrados o ciudadanos (*ad extra*), no se reducen, como en el caso de organismos marginales, sujetos a tutela administrativa, a emitir regulaciones dentro de una esfera de relaciones muy limitadas de espe-

⁹¹ LANDA ARROYO, César. «Balance constitucional de la regionalización». En: *Derecho*. Lima: PUCP, 1990, n.º 43-44, p. 223.

cial sujeción o supremacía y materia organizativa. Esto es, entes que no producen normativa que afecte el «campo jurídico privado» o de relevancia jurídica externa. Con esto me refiero entre otras, a las entidades públicas del Poder Ejecutivo que se encuentran adscritas a un Ministerio o a la Presidencia del Consejo de Ministros (Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, artículo 2).

Y reitero, este tema es de la mayor importancia, y no me canso de decirlo, pues la personalidad jurídica es el dato primario para la configuración de una bien construida acepción jurídica rigurosa de los conceptos de «descentralización» y «autonomía».

Las administraciones públicas de base no territorial detentan competencias dentro de su autonomía administrativa, garantizada por la Constitución (por ejemplo, regulación de la moneda, regulación del crédito, regulación del sistema financiero). Competencias que son ejecutadas por reglamentos que en modo alguno son ejecutivos. Para acreditar lo indicado, cito los siguientes artículos de las Leyes Orgánicas del Banco Central de Reserva y de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que, por lo demás, resultan ilustrativos:

- Artículo 3 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva: «El Banco en ejercicio de su autonomía y en el cumplimiento de sus finalidades y funciones se rige exclusivamente por las normas de esta Ley y sus estatutos».
- Artículo 346 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP: «Las demás leyes o disposiciones legales distintas a esta Ley, no podrán establecer normas de obligatorio e imperativo cumplimiento para la SBS».

A efectos del presente trabajo analizaré el concepto de autonomía, qué supone o importa del mismo en su acepción jurídica rigurosa, deslindándolo de su pieza de contraste: la autarquía.

Ya dije que la Carta de 1993 ha diseñado un modelo de Estado que podría válidamente ser definido como de naturaleza «compleja», dentro del cual se configuran una serie de instituciones (ordenamientos) productoras de normativa jurídica. Gran parte de estas instancias son administraciones públicas, dotadas por el texto constitucional de autonomía administrativa, dentro de la cual han de ejercer un ámbito material de competencias, siendo por tanto, separadas y nítidamente deslindables de la Administración central o nacional.

Pues bien, estas administraciones públicas no circunscriben su actuación al cumplimiento de funciones que son, aun cuando esto suene a herejía, *casi* «inherentes» o «naturales» a cualquier ente administrativo, como puede ser autoorganizarse, resolver dictando actos administrativos sobre los intereses de los administrados, prestar servicios o bienes públicos o aplicar sanciones, sino que detentan una potestad reglamentaria, en estrictos términos formales y materiales, que va más allá de la mera ejecución de la legislación vigente. Tal potestad reglamentaria se origina en la Constitución y se desprende del contenido de la autonomía administrativa que les ha sido atribuida.

Así, «el reglamento es un acto ordinamental que crea Derecho; el acto o el contrato se limitan a aplicarlo, son actos «ordenados»; por fuerza los regímenes respectivos han de diferir y difieren en puntos sustanciales».⁹²

El Tribunal Constitucional ha deslindado los reglamentos ejecutivos o *secundum legem*, que de una parte expide el Presidente de la República y, de otro lado, los dados por determinados entes de la administración, esto es, administraciones públicas autónomas y, por qué no y por ahora, por los organismos reguladores adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros:

⁹² GONZALES SALINAS, Jesús. «Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo». En: *Revista de Administración Pública*, enero-abril, 1990, n.º 121, p. 185.

[...] es necesario considerar que en nuestro modelo constitucional algunos organismos constitucionales también expiden reglamentos, y si bien, en rigor no sean aquellos a los que alude el inciso 8 del artículo 118 de la Constitución, es evidente que tales reglamentos también constituyen fuente normativa porque desarrolla diversos ámbitos de sus leyes orgánicas o leyes de creación. (Expediente n.º 0047-2004-AI/TC).

Aun cuando alude a «organismos constitucionales autónomos», no deja de ser interesante el enfoque planteado por Donayre Montesinos cuando sostiene que estos organismos se caracterizan fundamentalmente porque gozan de configuración directa e inmediata por la Constitución, participan en la dirección política del Estado, son *constitutivos* del modelo de Estado asumido en un ordenamiento dado y pertenecen al mismo rango jurídico político. Veamos con más detalle qué supone cada uno de los rasgos a los cuales acabamos de hacer mención. Cuando se afirma que los organismos constitucionalmente autónomos gozan de directa e inmediata configuración por parte del texto constitucional, quiere decir que son establecidos y determinados en sus aspectos esenciales y fundamentales por la misma Constitución. En otros términos, la Carta Magna no se limita sencillamente a mencionarlos ni a enumerar tan solo sus atribuciones, funciones o competencias, que es, como vimos, lo que pasa con los denominados *organismos u órganos de relevancia constitucional*, sino que va más allá de eso y precisa otros temas de mayor envergadura en torno a su configuración.

En ese orden de ideas, materias como las de su composición, los organismos y métodos que conducen al nombramiento de sus miembros, su estatus institucional, entre otras, son las que se encuentran claramente determinadas en la norma fundamental, lo cual es lógica consecuencia, como ya habíamos indicado, de la importancia que adquieren estos organismos para el cumplimiento de las tareas estatales.

Se afirma también, en la línea incluso de lo recientemente señalado, que los organismos constitucionalmente autónomos se caracterizan

por participar activamente en la dirección política del Estado, esto es, tienen una cuota de injerencia en la formación de la voluntad estatal, en la dirección del Estado, en buena cuenta, en lo que en doctrina italiana se conoce como *indirizzo politico*, que consiste en traducir los fines políticos en formulaciones jurídicas. Otra de las características que identificarían a un organismo constitucionalmente autónomo es que son reputados como *constitutivos* del modelo de Estado asumido en un ordenamiento dado. Son calificados como troncales para la configuración del modo de ser y existir de un ordenamiento constitucional determinado, de tal forma que, como decía Jellinek, su desaparición traería como consecuencia una desorganización del aparato estatal o su transformación fundamental.

Por último, se sostiene que todos aquellos organismos a los cuales se considere como constitucionalmente autónomos ostentan el mismo rango jurídico político. Esto quiere decir que ninguno de ellos es una parte integrante, dependencia u órgano de otro organismo, por el contrario, cada uno es supremo *in suo ordine*. En otros términos, quizá más sencillos y aunque resulte redundante, son autónomos en el ejercicio de las atribuciones que se les ha confiado y entre las que se comprende el establecimiento de su propia organización (autorregulación).⁹³

Es un hecho que históricamente en el sistema jurídico nacional el término autonomía ha sido objeto de un uso indiscriminado, inadecuado y excesivo, convirtiéndose, de esta manera, en una suerte de pseudoconcepto. Así, a nivel legislativo se reconocía autonomía —en la infinidad de variantes ideadas por el legislador, como pueden ser la «didáctica», «científica», «técnica», «académica», «pedagógica», «registral», «económica», «funcional», «financiera», «contable», «presupuestal»— a una pluralidad de entes de la Administración nacional, instrumentales y periféricos y, a la vez, controlados por ésta y subordinados a ésta a

⁹³ DONAYRE MONTESINOS, Christian. «Entre la autonomía y la autarquía del Jurado Nacional de Elecciones». En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3038/2885>, p. 124.

través de una relación de sujeción. En este sentido, se puede mencionar a las empresas estatales de derecho público y derecho privado, así como organismos, instituciones públicas descentralizadas y organismos reguladores. De esta manera, estos entes detentarían aparentemente similar garantía para el ejercicio de sus competencias que otras instancias que son diseñadas a nivel constitucional, siendo algunas de éstas detentadoras no sólo de autonomía administrativa, sino también de autonomía política.

A ello obedece que se configuraran situaciones absurdas tales como que el Patronato Nacional del Parque de las Leyendas, que era una institución del sector Vivienda, y cuya función primordial era la de equipar, mantener y administrar al zoológico del mismo nombre, estuviera dotado de autonomía económica y administrativa, al igual que los gobiernos regionales y locales, conforme a los artículos 252 y 261 de la Constitución de 1979.

Así las cosas, no se trata de una ausencia de univocidad de la idea de autonomía, sino, en rigor, de una equívoca aplicación de tal atributo. Por ello, y de darse el caso, será necesario que al momento de efectuar el análisis de las instituciones de que se trate, haya de recurrirse al principio según el cual «las cosas no responden a la forma como se les llama, sino a su propia naturaleza».

Pero de qué hablamos cuando hablamos de autonomía. Según Marienhoff: «[...] la autonomía significa que el ente tiene poder para darse su propia ley y regirse por ella [...]. La autonomía en suma, denota siempre un poder de legislación, que ha de ejecutarse dentro de lo permitido por el ente soberano [...]. Autarquía en cambio significa que el ente tiene atribuciones para administrarse a sí mismo, pero de acuerdo a una norma que les es impuesta».⁹⁴

⁹⁴ MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, tomo I p. 371.

Rafael Bielsa, enseña que:

«La palabra «autonomía» llevada a su etimología significa «darse leyes a sí misma»; la palabra autarquía significa administración de sí mismo, esto es «administrar», y lo otro «legislar», para reglar la administración. Así, pues, si a la persona autárquica se confiere además de su propia administración, que ya tiene, la de propia legislación, ella se convierte en autónoma. En otros términos, la autarquía supone administración propia por delegación legal; la autonomía implica necesariamente derecho de legislación propia como atribución directamente constitucional».⁹⁵

En nuestro Derecho, Miguel de Althaus anotaba, al referirse al abuso que se ha venido cometiendo del término autonomía, que: «Volviendo a la palabra autonomía, ella ha sido usada en sentido amplio como capacidad de autodeterminación, pero en sentido estricto significa la posibilidad de dictar normas jurídicas pese a la existencia de un ordenamiento jurídico superior; “autarquía”, en concreto, implica la aptitud o competencia para realizar actos administrativos concretos».⁹⁶

En efecto, la autonomía no se restringe a la capacidad de «administrarse o gobernarse a sí mismo», tampoco de autoorganizarse mediante actos normativos que circunscriben sus efectos al ámbito doméstico del propio ente (*ad intra*) o de dictar determinados actos administrativos. La autonomía supone un «plus» consistente en detentar necesariamente el poder de generar normas jurídicas, sean de carácter legislativo o reglamentario (dependiendo de si se trata de autonomía política o autonomía administrativa), y que afecten la esfera jurídica del común de los administrados o ciudadanos.

⁹⁵ BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo 1. Buenos Aires: De Palma, 1955, p. 262.

⁹⁶ DE ALTHAUS, Miguel; FIGALLO, Guillermo; JAWORSKI, Hélan y Valentín PANIAGUA. *La Reforma de la administración pública*. En: *Derecho PUCP*, Lima, 1969, N°. 27, p. 103.

Por consiguiente, la asignación de autonomía, así como el diseño de las instituciones que la detentan, ha de ser materia reservada a la Constitución o, en todo caso, al bloque legal de constitucionalidad. Como ya se indicó en un capítulo anterior, son ellas, pues, a las que les corresponde privativamente la definición del sistema de fuentes normativas.

Sobre este mismo tema García de Enterría afirma que: «La existencia de un poder de participación en la elaboración del ordenamiento, la definición de una “fuente” de Derecho tan relevante, de un poder normativo complementario del legislativo, es por fuerza, dada su significación, una determinación constitucional».⁹⁷

De lo contrario, y como bien indica Danós, se configuraría uno de los problemas prácticos más frecuentes en el campo del Derecho Administrativo, suele consistir en la identificación de la norma aplicable, tarea que si no es facilitada, pone en riesgo la certeza y la seguridad jurídica, así como la posibilidad de que los ciudadanos puedan organizar su vida sobre la base de la predictibilidad de la reacción que sobre sus conductas han de producir las normas jurídicas.⁹⁸

Como diría Esmein, citado por Astarloa, «sólo el soberano puede hacer una atribución de tal calibre».

En efecto, de ningún modo es el legislador, orgánico u ordinario, que no cumple una función constitucional, el llamado a innovar dotando de autonomía, y con ello de potestad reglamentaria, como de hecho se ha verificado en nuestro sistema jurídico. Es a la Constitución, en tanto norma fundamental, y al bloque legal de constitucionalidad a los que en rigor corresponde definir el sistema de fuentes normativas, vale decir, en tanto «fuente de fuentes».

⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Op. cit.*, p. 182.

⁹⁸ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. «Comentarios al proyecto de la nueva ley de normas generales de procedimientos administrativos». En: *Thémis*. Lima: PUCP, 1998, n.º 39, p. 242.

Así, pues, atribuida la autonomía administrativa, ésta da lugar al ejercicio de una potestad reglamentaria que se formaliza principalmente mediante la dación de las así denominadas «circulares» (verbigracia, encaje bancario, tasas de interés y cláusulas de estabilización - artículos 51, 52 y 53 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva), y «resoluciones cambiarias», ya en desuso.

En efecto, las resoluciones cambiarias están en desuso. Es pertinente señalar que en la década del ochenta del siglo xx, el Banco Central de Reserva dictó una alarmante pluralidad de resoluciones cambiarias que regulaban la tenencia de moneda extranjera, el control de cambios y el Mercado Único de Cambios (MUC). Hoy en día, las resoluciones cambiarias han quedado vaciadas de contenido, y su dictado resultaría inconstitucional. Para afirmar ello, me baso en el artículo 64 de la Constitución y en el artículo 83 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, que prohíben al Banco establecer regímenes de tipos de cambio múltiples. El párrafo final del mismo artículo señala que: «las disposiciones que en materia cambiaria dicta el Banco en ejercicio de sus atribuciones no establecen tratamientos discriminatorios».

De otra parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva es nítido: «Las disposiciones que emita el banco en el ejercicio de sus funciones son de obligatorio cumplimiento por todas las entidades del sistema financiero, *así como para las demás personas naturales y jurídicas cuando corresponda*. Las disposiciones de carácter general que al amparo de la presente Ley dicta el Banco se denominan Circulares y son publicadas en el Diario Oficial» (cursivas mías).

La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP también detenta la atribución de dictar reglamentos conforme al artículo 349.7 de su Ley Orgánica. Este artículo dispone que corresponde al Superintendente: «Aprobar o modificar los reglamentos que corresponda emitir a la Superintendencia».

Antes de ingresar de lleno a tratar el tema de la Contraloría General de la República, quisiera recordar la siguiente cita: «Para realizar la fiscalización de las funciones administrativas es necesario un organismo eminentemente técnico. Las referencias a este organismo en las Constituciones, van de la simple mención a señalar su integración y funcionamiento. En ambos casos, por supuesto, existe además una ley especial que desarrolla los principios establecidos en la ley fundamental».⁹⁹

La Carta de 1993 define a la Contraloría General de la República del modo siguiente:

Artículo 82.- La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

El Contralor General es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave.

El artículo 16 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se refiere a la Contraloría General de la República de la manera siguiente:

Contraloría General es el ente técnico rector del Sistema Nacional de Control, dotado de autonomía administrativa, funcional, económica y financiera, que tiene por misión dirigir y supervisar con eficiencia y eficacia el control gubernamental, orientando su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como, contribuir con los Poderes del Estado en la toma de decisiones y con la ciudadanía

⁹⁹ *Funciones del Sistema Presupuestario*, p. 48. En: unam.mx/libros/2/733/5.pdf.

para su adecuada participación en el control social. No puede ejercer atribuciones o funciones distintas a las establecidas en la Constitución Política, en esta Ley, las disposiciones reglamentarias y las normas técnicas especializadas que emita en uso de sus atribuciones».

Me parece que, a efectos del presente trabajo lo más notable es que los artículos citados atribuyen autonomía a la Contraloría. El artículo constitucional otorga el atributo de autonomía a la Contraloría General de la República sin más. Por su parte, el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República va más allá: otorga a la Contraloría General de la República autonomía de naturaleza administrativa, económica y financiera. Existe, pues, una remisión postulada por la Constitución a favor de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, al disponer que la Contraloría General de la República goza de autonomía, de acuerdo a su ley orgánica. El autor de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República procedió, entonces, de acuerdo a la Constitución, al ampliar los tipos de autonomía que goza, los cuales fueron solamente esbozados por la Constitución. Sin embargo, lo que ahora nos interesa es la autonomía administrativa.

En otra parte de este trabajo hemos aludido lo que supone la autonomía administrativa. Esto es, la potestad o poder de una entidad de generar normativa jurídica. La autonomía no sólo implica, pues, dictar actos administrativos y auto organizarse —como es el caso de su pieza de contraste, la autarquía—. La autonomía supone, pues, un plus, dar normas jurídicas y, al tratarse de autonomía administrativa, es de suyo que tales normas detenten la naturaleza y virtualidad privativas de los reglamentos.

La potestad reglamentaria de la Contraloría General de la República es precisada por una pluralidad de disposiciones que bien pueden formar parte del bloque legal de constitucionalidad. Así, tenemos los siguientes artículos de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República: 14, 21, 22.t, 32.d, 32.j, 32.m y 43. Junto con el artículo 14

de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República me parece útil citar el artículo 10 de la Ley n.º 28716 (Ley de Control Interno de las entidades del Estado).

El aludido artículo 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dispone que:

El ejercicio del control gubernamental por el Sistema en las entidades, se efectúa bajo la autoridad normativa y funcional de la Contraloría General, la que establece los lineamientos, disposiciones y procedimientos técnicos correspondientes a su proceso, en función a la naturaleza y/o especialización de dichas entidades, las modalidades de control aplicables y los objetivos trazados para su ejecución.

El artículo 22.t, por su parte, señala que:

Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:

[...]

- t) Emitir disposiciones y/o procedimientos para implementar operativamente medidas y acciones contra la corrupción administrativa, a través del control gubernamental, promoviendo una cultura de honestidad y probidad de la gestión pública, así como la adopción de mecanismos de transparencia e integridad al interior de las entidades, considerándose el concurso de la ciudadanía y organizaciones de la sociedad civil.

Aun cuando circunscrito al control interno, es también de la mayor importancia citar el artículo 10 de la Ley n.º 28716:

La Contraloría General de la República, con arreglo a lo establecido en el artículo 14 de la Ley n.º 27785, dicta la normativa técnica de control que oriente la efectiva implantación y funcionamiento del control interno en las entidades del Estado, así como su respectiva evaluación. Dichas normas constituyen lineamientos, criterios, métodos y disposiciones para la aplicación

y/o regulación del control interno en las principales áreas de su actividad administrativa u operativa de las entidades, incluidas las relativas a la gestión financiera, logística, de personal, de obras, de sistemas computarizados y de valores éticos, entre otras. A partir de dicho marco normativo, los titulares de las entidades están obligados a emitir las normas específicas aplicables a su entidad, de acuerdo a su naturaleza, estructura y funciones, las que deben ser concordantes con la normativa técnica de control que dicte la Contraloría General de la República.

La Resolución de Contraloría es la fuente normativa de mayor jerarquía que expide el contralor. Por esto, me parece pertinente citar la Resolución de Contraloría n.º 394-2013-CG, que alude a su poder normativo y, hasta cierto punto, se autohabilita:

Que, el literal t) del artículo 22 de la Ley n.º 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, establece como atribución de la Contraloría General, emitir disposiciones y/o procedimientos para implementar operativamente medidas y acciones contra la corrupción administrativa, a través del control gubernamental, promoviendo una cultura de honestidad y probidad de la gestión pública, así como la adopción de mecanismos de transparencia e integridad al interior de las entidades, considerándose el concurso de la ciudadanía y organizaciones de la sociedad civil.

Al respecto, y aun cuando refiriéndose a la Carta de 1979, G. Villegas y G. Olivares sostienen que:

«[E]ntre las facultades más importantes que le asiste (al Contralor), se encuentra la de dictar las normas que considere necesarias cuando así lo exijan las necesidades técnicas propias de la actividad fiscalizadora que escapa al conocimiento de otras esferas de gobierno y porque así lo exige el mejor resguardo de los intereses del Estado. La potestad reglamentaria es un atributo privativo del Poder Ejecutivo [sic], pero excepcionalmente la

Jefatura del Organismo Contralor puede promulgar su propia reglamentación».¹⁰⁰

Tal como se pretende demostrar en el presente capítulo, no es que la potestad reglamentaria sea un atributo privativo del Poder Ejecutivo, y que la Contraloría, así como las otras administraciones públicas autónomas, sólo pueden ejercerla excepcional y marginalmente. Las administraciones públicas autónomas serán las llamadas a generar normativa dentro del acervo de materias que les ha sido atribuido por la Constitución y, a su vez, deslindado por el bloque legal de constitucionalidad. Pretender la omnipotencia normativa del Poder Ejecutivo a un nivel *secundum legem* resulta insostenible con la supremacía de la Norma Constitucional y el diseño de Estado que ésta misma ha trazado.

Debe precisarse que, asimismo, existen garantías en la normatividad que podríamos llamar «ancilares», las mismas que cautelan, refuerzan y empoderan el atributo de autonomía que ostenta la Contraloría General de la República. De esta manera, tenemos los siguientes artículos de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República:

Artículo 3.- Las normas contenidas en la presente Ley y aquellas que emita la Contraloría General son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen.

Artículo 5.- Las disposiciones de esta Ley, y aquellas que expide la Contraloría General en uso de sus atribuciones como ente técnico rector del Sistema, prevalecen en materia de control gubernamental sobre las que, en oposición o menoscabo de éstas, puedan dictarse por las entidades.

¹⁰⁰ VILLEGAS, G. y G. OLIVARES. «El poder contralor». En: *Thémis*. Lima: PUCP, n.º 3, p. 62.

Artículo 27.- El Contralor General de la República [...] no está sujeto a subordinación a autoridad o dependencia alguna, en ejercicio de la función [...].

En tal sentido, es necesario señalar que el Decreto de Urgencia n.º 067-2009 mediatizó el ya citado artículo 10 de la Ley n.º 28716 —Ley de Control Interno de las entidades del Estado— cuando adicionó a tal artículo el siguiente párrafo:

[...]

El marco normativo y la normativa técnica de control que dicte la Contraloría General de la República a que se refiere el párrafo anterior serán de aplicación progresiva teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones de las entidades así como la disponibilidad de recursos presupuestales, debiendo entrar en vigencia cuando se culmine la aprobación de todas las Leyes de Organización y Funciones de los diversos Sectores del Gobierno Nacional y de sus respectivos documentos de gestión, así como cuando el Sistema Integrado de Administración Financiera del Sector Público - SIAF SP versión II, el cual incluirá el módulo de evaluación de Control Interno, esté implementado en los tres niveles de gobierno.

En las consideraciones del Decreto de Urgencia n.º 067-2007, a fin de invocarlas como supuestos habilitantes encontramos que:

[...] asimismo, por la coyuntura de crisis financiera internacional que afronta el país resulta imprescindible adoptar medidas extraordinarias y urgentes en materia económica y financiera que permitan lograr el objetivo señalado en el considerando anterior, a efectos que la aplicación de la Ley n.º 28716 y de la normativa técnica de control dictada por la Contraloría General de la República, se apliquen a las entidades en función de su disponibilidad de recursos presupuestales, los cuales por ser escasos deben dedicarse, en primer término, a la ejecución de proyectos de inversión en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos para el desarrollo económico del país [...].

Pero, lo que es aún más importante para los efectos de este trabajo, es lo dispuesto por el artículo 2 de tal decreto de urgencia (cuyo epígrafe es «adecuación normativa») cuando dispone que: «Las normas técnicas de control a que se refiere el primer párrafo de la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley n.º 28716, serán dictadas por la Contraloría General de la República, en concordancia con el nuevo texto del artículo 10 de la Ley n.º 28716 aprobado por el presente Decreto de Urgencia».

Así, mediante el Decreto de Urgencia n.º 067-2009 se interviene y subvierte la normativa dada por la Contraloría, así como su acervo de competencias y, notablemente, su autonomía administrativa. Sin embargo, estos efectos son propios de toda dación de decretos de urgencia, siempre y cuando se configuren los supuestos habilitantes.

Entonces, lo que queda claro es que los decretos de urgencia no sólo regulan materias propias de la Ley, también pueden modificar, suspender o derogar reglamentos dados por las administraciones públicas autónomas (léase, por ejemplo, resoluciones de Contraloría).

Pero dentro de la potestad reglamentaria de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República también existen los reglamentos llamados «administrativos», «domésticos» o con efectos *ad intra*.

Tales reglamentos encuentran su origen, en el caso de la Contraloría, en los artículos 9-C, 32-C, 32-G.

Así, por ejemplo, según el artículo 32 9, «Son facultades del Contralor General “establecer las políticas, normas laborales y procedimientos de administración de personal de la institución, incluyendo las disposiciones sobre el secreto profesional que deberá guardar dicho personal respecto a la información a que hubiere accedido por la naturaleza y extensión de labor desempeñada”».

De esta manera, se pueden citar a modo de ejemplo las siguientes resoluciones de contraloría de naturaleza doméstica:

- RC n° 016–2014-CG: Contralor aprueba estructura orgánica y Reglamento de Organización y Funciones de la Contraloría General de la República.
- RC n° 011–2014-CG: Contralor General aprueba el reordenamiento de cargos del Cuadro para asignaciones - CAP de la Contraloría General de la República.
- RC n° 041-2013-CG: Contralor aprueba Estructura de Cargos Clasificados y cuadro para la asignación de personal - CAP de Contraloría General de la República.
- RC n° 028-2011-CG: Contralor General modifica la estructura orgánica de la Contraloría General de la República y aprueba Reglamento de Organización y Funciones.

Aunque ya me he referido a este tema, cabe señalar que, no obstante revestir la misma formalidad y tener numeración correlativa, los actos administrativos y reglamentos generados por la Contraloría General de la República de ninguna manera son equiparables.

Como bien anotan G. Villegas y G. Ansola:

«Cabe distinguir las Resoluciones que tienen por finalidad regular aspectos referidos a control o al sistema en su conjunto como son, por ejemplo, los que aprueban, modifican o dejan sin efecto las Normas Técnicas de Control, es decir de carácter normativo; a diferencia de las Resoluciones que se expiden tanto al interior de la Contraloría y también las que imponen sanciones, cuyo contenido es específico para una persona, por lo tanto se considerarán como normas del sistema a las Resoluciones que emita el Contralor que sean de carácter normativo y de aplicación general».¹⁰¹

¹⁰¹ VILLEGAS, G. y G. ANSOLA. *Control gubernamental*. Tesis de Derecho. Lima: PUCP, 1982, pp. 114-115.

Tenemos los siguientes ejemplos. De una parte citamos resoluciones de Contraloría que aprueban actos administrativos:

- 1) RC n.º 382-2012-CG
«Contralor General designa Sociedades de Auditoria para realizar auditorías a los estados y examen especial a la información presupuestaria correspondiente a 63 entidades».
- 2) RC n.º 008-2008-CG
«Contralor General autoriza a procuradores interponer acciones legales contra presuntos responsables de la comisión de delitos en agravio de la Municipalidad del Distrito de Huambayo».
- 3) RC n.º 003-2008-CG
«Contralor General designa Jefes de Órganos de Control Institucional del MMDES y de la Municipalidad Distrital de La Molina».
- 4) RC n.º 017-2013-CG
«Contralor General delega diversas facultades en la Gerencia Central de Administración y Finanzas».

De otra parte, y aprobados también bajo la forma de Resolución de Contraloría, encontramos los siguientes reglamentos:

- 1) RC n.º 320-2006-CG
«El Contralor General aprueba normas de control interno de las entidades del Estado».
- 2) RC 450-2008-CG
«Aprueban la “Guía para la Implementación del Sistema de control de las Entidades del Estado”».
- 3) RC n.º 333-2011-CG

«Contralor General aprueba Directiva n.º 008-2011-CG-GDES denominada “Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativa Funcional”».

4) RC n.º 394-2013-GC

«Aprueban Directiva “Disposiciones para la publicación de las recomendaciones de los informes de control en el marco del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, modifican instructivo de formato e incorporan Anexo a la Directiva 014-2000-CG».

Sobre este mismo tema es de indicar, como ya lo insinuamos, que el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos puede dar luces. Por este principio se entiende que: «La autoridad que ha dictado un Reglamento y que, por tanto, podría igualmente derogarlo, no puede, en cambio, mediante un acto singular, excepcionar para un caso concreto la aplicación del Reglamento, a menos que, naturalmente, este mismo autorice la excepción o dispensa».¹⁰²

Lo señalado también encuentra su fundamento en el principio de legalidad, en cuya virtud la Administración Pública se encuentra positivamente sujeta al ordenamiento jurídico. Este principio se encuentra el artículo IV, 1.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Es pertinente hacer algunas anotaciones sobre la autonomía y sobre la potestad reglamentaria de las administraciones públicas autónomas:

- a) La Carta de 1993 no agota de una sola vez la atribución de potestad reglamentaria, así como la definición de las fuentes formales a través de las cuales las administraciones públicas autónomas han de ejercer sus competencias, sino tal como lo hemos visto, esta

¹⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, tomo I, p. 204.

función corresponde a sus respectivas leyes orgánicas, las mismas que forman parte del bloque legal de la constitucionalidad.

- b) Se debe señalar que los reglamentos son auténticas normas jurídicas, vale decir, preceptos de naturaleza abstracta que innovan el ordenamiento jurídico y que no son una mera aplicación de éste. Los reglamentos son preceptos que no agotan su eficacia con una aplicación aislada. No son actos administrativos, esto es, meras aplicaciones del ordenamiento vigente y que no lo innovan.
- c) Estas normas jurídicas (reglamentos) son producto de administraciones públicas, esto es, originarias de personas jurídicas al servicio de la comunidad. Se trata de fuentes normativas diseñadas por la Constitución para la consecución de fines públicos. Son reglamentos, *manifestaciones de ocurrencias técnicas de funcionarios* no representativos que, como bien anota García de Enterría, se encuentran obligados a justificarse en cada oportunidad. Consecuentemente, estos reglamentos se deslindan de manera muy nítida de los productos normativos de otras instancias (ordenamientos) que tienen un origen democrático y claro substrato político, como son el Congreso de la República, así como los consejos regionales y concejos municipales. Esta circunstancia, sin embargo, no tiene por qué incidir en cuanto a la incardinación de las fuentes en la estructura normativa.
- d) No todas las manifestaciones normativas de las administraciones públicas autónomas tienen incidencia en el común de los ciudadanos. Ello obedece al tipo de competencia que ejercen. No obstante, de hecho se han configurado supuestos en los que se manifiesta un poder de supremacía general, aun cuando, si cabe la expresión, no es más que producto de una suerte de efecto colateral en cuanto al objeto de regulación. En otras palabras, cuando la Superintendencia de Banca y Seguros (cuya función primordial es controlar e inspeccionar a las empresas bancarias,

financieras y de seguros), regula, por ejemplo, el régimen de contratos de ahorros, o la concesión de créditos, resulta, por fuerza, afectando la esfera del común de los particulares.

- e) Algunas manifestaciones normativas de las administraciones públicas autónomas de base no territorial reciben la denominación de «circulares» o «directivas». Tal es el caso de las directivas de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, las directivas de la Contraloría General de la República y las Circulares del Banco Central de Reserva. Al respecto, Benjamín Villegas Basavilbaso apunta que:

«La instrucción o la circular no suponen relaciones entre sujetos independientes, no delimitan esferas jurídicas, tanto una como otra permanecen *res* interna de la Administración, su único propósito es asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos [...]. En realidad la instrucción o la circular son manifestaciones del poder jerárquico, que tienden a dar directivas a los agentes de la Administración Pública en la ejecución de la Ley, constituyen simplemente un mecanismo interno de la Administración Pública, para obtener una unidad de dirección y de acción pese a la pluralidad de órganos».¹⁰³

En un estudio sobre el Derecho peruano, Dale Furnish se refiere a las circulares como: «Mandatos semioficiales por autoridades o entes superiores y explican a los subordinados cómo aplicar una ley determinada y lo que significa. Estas disposiciones son emitidas por cualquier oficina y probablemente representan un poco más que una carta o memorándum [...], quizás son solamente cuasi disposiciones».¹⁰⁴

¹⁰³ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. *Derecho Administrativo*. Tomo 1. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1950, tomo I, pp. 305-306.

¹⁰⁴ FURNISH, Dale. «La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano». En: *Derecho*. Lima: PUCP, 1972, n.º 30, p. 77.

Estas definiciones corresponden en estricto a las circulares, instrucciones y directivas de carácter interpretativo y disponen la manera como han de proceder los funcionarios subordinados, y sus efectos se reducen al ámbito interno de la Administración Pública. Diverso es el caso de circulares, instrucciones o directivas dadas por las administraciones públicas autónomas que, no obstante tener igual denominación, constituyen auténticos reglamentos que imponen cargas, reconocen derechos u obligaciones a los administrados (en algunos casos en virtud de una relación de especial sujeción), y de los que derivan una serie de aplicaciones singulares dispuestas por las administraciones públicas en ejercicio de su potestad resolutoria.

De otra parte, algunos reglamentos expedidos por las administraciones públicas autónomas detentan la naturaleza de «medidas». Según García de Enterría, las medidas más que definir un orden abstracto pretenden, por el contrario, resolver un problema concreto y singular. El típico ejemplo sería el manejo del encaje bancario o el establecimiento de tasas máximas de interés, a cargo del Banco Central de Reserva, mediante la dación de circulares. Así, por ejemplo, al regular el Banco Central de Reserva la tasa interés -dado que tal regulación es un instrumento de política monetaria-, puede incentivar u orientar el ahorro y la inversión, incrementar la productividad del capital o contrarresta las presiones inflacionarias, además de determinar la productividad de los activos de capital y mantener el equilibrio del mercado de valores.¹⁰⁵

Es frecuente que algunas de las administraciones públicas autónomas utilicen la misma fuente normativa para indistintamente dictar reglamentos o actos administrativos. Así, por ejemplo,

¹⁰⁵ CASTILLO FREYRE, MARIO. «Consideraciones generales acerca del pago de intereses» (en coautoría con el doctor Felipe Osterling Parodi). En: *Advocatus*. Lima, marzo del 2001, n.º 4, p. 33.

mediante resolución SBS se aprueba el Reglamento de Gestión Integral del Riesgo, y también mediante resolución SBS se autoriza el funcionamiento de una empresa de seguros.

Al respecto, es de indicar que las administraciones públicas autónomas en tanto personas jurídicas, y en virtud del principio de legalidad y de inderogabilidad singular de los reglamentos, se encuentran sujetas positivamente al ordenamiento jurídico, del cual también forman parte los reglamentos emitidos por las aludidas administraciones.

En otras palabras, y citando a Gonzales Salinas:

En definitiva, todo el supuesto misterio del principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos como contrapuesto a su libre derogabilidad general, está en la *diferencia de planos* en que una y otra derogación se sitúan. La derogación general es posible porque emana de una potestad modificativa del ordenamiento —la potestad reglamentaria—, que la Administración tiene atribuida en términos formales. En cambio, para ir en un caso concreto en contra de un reglamento general, la Administración no tiene potestad, porque es el propio reglamento el que atribuye, en los límites que su régimen establezca, la potestad de actuar en la materia que regula, y es manifiestamente una ilegalidad tratar de utilizar esta potestad para contravenir el propio reglamento.¹⁰⁶

Una descripción bastante ilustrativa de cómo opera el principio de prohibición de inderogabilidad singular de reglamentos es la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado español, del 26 de julio de 1957, que en su artículo 30 dispone: «Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán

¹⁰⁶ GONZÁLEZ SALINAS, Jesús. *Op. cit.*, p. 178.

vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas».

- f) Al rigor de la teoría de Santi Romano, las administraciones públicas autónomas han de constituir ordenamientos jurídicos que encuentran su origen en la Constitución y cuyo ámbito de competencia les es también atribuido o reservado por la misma. Sin embargo, la relación de estos ordenamientos con otros no será en modo alguno la de una separación absoluta. De darse la supuesta separación absoluta, ella supondría que estas administraciones se encontrarían habilitadas para dictar auténticos reglamentos autónomos, los que serían inmediatamente ordenados a la Constitución. La potestad reglamentaria de las Administraciones por su relevancia constitucional ha de desenvolverse, pues, *virtualmente* debajo de la ley. Los reglamentos de las administraciones autónomas tampoco pueden asimilarse a los reglamentos ejecutivos (son realidades de orden distinto), pues el ámbito de actuación y la discrecionalidad (libertad de configuración) de que gozan las Administraciones para regular sus competencias es bastante más amplio que el que detenta el Presidente de la República cuando da reglamentos ejecutivos ejecutando las leyes. Y, de otra parte, cuando hablamos de la relación de los reglamentos de las administraciones con la ley, entendemos que por ley sólo ha de entenderse la respectiva ley orgánica de la Administración de que se trate y, eventualmente, cualquier otra ley que cumpla la «función constitucional». La relación entre el reglamento y la ley orgánica de la administración autónoma será gobernada por el criterio «función constitucional». Como prueba de este aserto volvemos a hacer mención del artículo 3 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva y del artículo 346 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

Quiero dejar constancia de que lo expresado hasta aquí no supone que esté planteando una equivalencia entre ley y reglamento de Admi-

nistración Pública. Aun cuando los reglamentos dados por las administraciones públicas tengan mayor libertad de configuración normativa y un ámbito para desplegar su fuerza normativa e innovativa más ampliamente y de modo más flexible que el que corresponde a los reglamentos ejecutivos (vinculación más fuerte a la ley), ello no supone que estos reglamentos de las administraciones públicas sean equivalentes a las leyes. Sobre el particular, es pertinente citar a García de Enterría cuando afirma que:

«La Ley es una emanación del más alto poder de la comunidad, es en rigor una disposición de la propia comunidad —a través de sus órganos representativos— sobre sí misma, es el fruto por eso de un auténtico poder soberano. Por el contrario, el Reglamento es un producto de la voluntad administrativa, un acto del ente singular que es la Administración, que no sólo no es la comunidad, sino que está en disposición esencialmente servicial de la comunidad misma, sometida a la necesidad de una constante justificación, y que por ello es completamente obvio que no es titular de un poder soberano».¹⁰⁷

En lo que respecta al Poder Ejecutivo, su relación con las administraciones públicas tampoco es la de una separación absoluta, pues el Presidente de la República es el Jefe de Estado (artículo 110 de la Constitución), lo cual importa que, como bien apunta Marcial Rubio: «su cargo es básicamente de representación, coordinación, y decisión de las altas políticas del Estado, su autoridad no se reduce al ámbito del Poder Ejecutivo [...]».¹⁰⁸

Además, es atribución del Presidente de la República dirigir la política general de gobierno, término este último que no se circunscribe al

¹⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria». En: *Revista de Administración Pública*, Septiembre-diciembre 1959, n.º 30, pp. 152-153.

¹⁰⁸ RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Constitución y sociedad política*. Lima: Mesa Redonda Editores, p. 356.

mismo Jefe de Estado y a sus ministros, en cuanto gestores y directores de los servicios públicos (artículo 119 de la Constitución), sino que comprende otros organismos públicos que conforman la estructura estatal, como es el caso de las administraciones públicas autónomas.

Es de precisar que estas atribuciones del Presidente de la República no suponen una suerte de poder de mando jerárquico o dirección burocrática que convierta a las administraciones autónomas en órganos subordinados, sujetos a tutela administrativa, carentes de toda libertad de decisión y, por consiguiente, meros ejecutores de una voluntad ajena. Tampoco estas atribuciones importan título suficiente que permita al Poder Ejecutivo, como una habilitación de carácter genérico, invadir las competencias de estas administraciones autónomas mediante decretos supremos o resoluciones supremas. Dejamos de lado el peculiar caso de los decretos de urgencia, pues como se verá más adelante, éstos tienen naturaleza de «medidas» y una vez configurados los supuestos habilitadores detentan la virtualidad de asumir competencias ajenas de naturaleza económica y financiera, al quedar el orden de éstas subvertido.

La relación entre las administraciones autónomas, por una parte, y de éstas con el Poder Ejecutivo ha de ser, pues, fundamentalmente de auténtica armonización de políticas, vale decir, superando meras fórmulas declarativas, mediante efectivos mecanismos como es el ejercicio de los principios de unidad, coordinación y cooperación, que promuevan la integración dentro de la diversidad y evitando, en la medida de lo posible, además de acciones divergentes y hasta encontradas, la configuración de conflictos de competencia de naturaleza normativa o extranormativa.

De esta manera, es pertinente citar la sentencia del Tribunal Constitucional cuando señala que:

A la luz de lo establecido en el artículo 84 de la Constitución, la función reguladora en materia financiera es ejercida por el BCR. No obstante, es importante resaltar que, en dicha tarea,

debe contar con la cooperación y coordinación de la SBS, al constituir órganos constitucionales con funciones relacionadas con la moneda y la Banca, que, como ya lo señalamos de manera precedente, se relacionan de manera intrínseca. Es a través de la participación de ambas entidades que se garantiza la estabilidad económica financiera y el orden público económico, por lo que nuestro modelo financiero supone —bajo criterios de cooperación entre poderes y órganos públicos— una labor racional e integrada de ambos entes, siendo que sus competencias requieren articularse permanentemente con un importante grado de coordinación, sin perjuicio de la autonomía que constitucionalmente les ha sido reconocida (artículos 84 y 87).

Por ello, sin perjuicio de las exclusivas competencias previstas en la regulación orgánica del BCR y de la SBS, se proyecta desde la propia Constitución la obligación de que se respete un *núcleo funcional de coordinación* entre ambas entidades. Ello queda evidenciado, por ejemplo, en la repetida exigencia prevista en diversas normas de la LOSBS de requerir la opinión previa del BCR antes de autorizar o denegar determinadas solicitudes formuladas por entidades del sistema bancario y financiero a la SBS. (Expediente n.º 0005-2005-CC/TC).

6.1. La potestad reglamentaria de los organismos reguladores

Según Danós, en el Perú —y como parte de un proceso relativamente similar al que se experimentó en países de nuestro entorno como Argentina y Chile, entre otros— la aparición de la mayoría de los organismos reguladores de los servicios públicos se produjo en el marco del proceso de transformación del rol del Estado en la economía que se desarrolló durante la última década del siglo xx y que determinó la liberalización de amplios sectores del mercado, la transferencia al Sector Privado de la propiedad de numerosas empresas estatales y el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura. «[...] Como consecuencia de la referida reorientación del papel del Estado en la economía se crearon organismos reguladores de los servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento)

y de las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias) claramente inspirados en los modelos de los países anglosajones, con el objeto de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras. [...] uno de los principales problemas que se plantea el día de hoy en la doctrina especializada que trata acerca de los organismos reguladores en otros países es su difícil anclaje constitucional, principalmente en los países latinoamericanos, porque su característica más distintiva, que reside en postular su absoluta independencia orgánica respecto de las directrices políticas del Gobierno, no parece ser plenamente compatible con sus respectivos ordenamientos constitucionales».¹⁰⁹

De otra parte, Quintanilla Acosta se refiere a la misma materia del modo siguiente:

«Durante las últimas décadas, muchos países, especialmente los que están en vías de desarrollo, emprendieron reformas estructurales en las industrias de infraestructura de servicios públicos. El antiguo modelo de operación estatal fue reemplazado por otro basado en participación privada, competencia y regulación por incentivos. En estas economías, los procesos de desregulación, privatización y competencia requirieron el desarrollo de un diseño institucional capaz de resolver los problemas de credibilidad. Entre los diferentes elementos del entramado institucional, la creación de los organismos reguladores autónomos fue un elemento crucial. De esta forma, se buscó promover la inversión a través de compromisos de largo plazo. Las reformas emprendidas en los países en desarrollo en las últimas décadas han teni-

¹⁰⁹ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios». En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima, p. 60.

do un denominador común: la implementación de organismos reguladores como parte de las reformas en las economías en la búsqueda de solucionar las crisis originadas por la falta de infraestructura para los servicios públicos y la escasez de recursos estatales. El Estado, en el nuevo modelo, evolucionó de su papel empresario al de regulador, enfrentando nuevos retos y problemas. Una materia clave en este nuevo papel es la independencia de los organismos reguladores, cuestionada periódicamente y escasamente entendida en los países con limitada tradición de regulación mediante agencias autónomas». ¹¹⁰

El artículo 132 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo dispone que los organismos reguladores:

1. Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional.
2. *Están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros.*
3. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia tienen funciones supervisoras, *reguladoras, normativas*, fiscalizadoras y sancionadoras; y de solución de controversias y reclamos, en los términos previstos por la ley de la materia.
4. Definen sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias.
5. Determinan su política de gasto de acuerdo con la política general de Gobierno.
6. Están dirigidos por un consejo directivo. Sus miembros son designados mediante concurso público. La ley establece los requisitos y el procedimiento para su designación. Sólo podrán ser removidos en caso de falta grave e incompetencia manifiesta debidamente comprobada, y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. La ley establece el procedimiento para su cese.
7. Defienden el interés de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley». (Las cursivas son mías).

¹¹⁰ QUINTANILLA ACOSTA, Edwin. «Autonomía de los organismos reguladores: revisión de literatura». Documento de trabajo n.º 14, ESAN, noviembre, 2004, p. 7.

Conforme a la tercera disposición transitoria de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo: «Son Organismos Reguladores los contemplados en la Ley n.º 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos».

Según el artículo 2 de la Ley n.º 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos: «Los Organismos Reguladores a que se refiere el artículo precedente son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, *con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa*, funcional, técnica, económica y financiera» (las cursivas son mías).

El artículo 3 de la ley citada señala que los organismos reguladores, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, ejercen, entre otras, las siguientes funciones: «Función normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios». Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia escala de sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el ministro del sector a que pertenece el organismo regulador.

De acuerdo al artículo 3.2., estas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos.

Es pertinente reiterar lo ya señalado en lo que se refiere a la atribución de potestad reglamentaria:

«La Administración no puede ejercitar más potestades que aquellas que efectivamente le han sido concedidas. Pues bien, si la Administración detenta un poder reglamentario independiente es porque se lo ha otorgado la Constitución. La existencia de un poder de participación en la elaboración del ordenamiento, la definición de una «fuente» de Derecho tan relevante, de un poder normativo complementario del legislativo, es por fuerza, dada su significación, una determinación constitucional».¹¹¹

La atribución de potestades, como es el caso de dictar reglamentos, se vincula muy estrechamente con el principio de legalidad, cuya razón de ser sólo puede explicarse o justificarse en tanto y en cuanto garantía de libertad para el administrado.

Según García de Enterría, el principio de legalidad se explica del modo siguiente:

«[...] no sólo la Administración, considerada en su conjunto, está condicionada por la existencia de un Derecho Administrativo, sino que también cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto jurídico-administrativo que admita semejante acción [...] Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevea semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado. [...] El principio de legalidad de la Administración se expresa en un mecanismo técnico preciso: La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndole a tal efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y

¹¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 182.

por ella delimitado y construido. Sin atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente».¹¹²

Y como lo hemos adelantado, este principio encuentra su fundamento como «garantía de la libertad» a favor del administrado o ciudadano frente a la eventual arbitrariedad por parte de la Administración cuando ésta desborda las funciones asignadas.

«Una razón para justificar la necesidad de que toda potestad pública sea limitada se alimenta del *ethos* de la libertad que aportó a la construcción del régimen constitucional la filosofía ilustrada: en principio está la libertad [...], lo que implica que «todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena». Para restringir esa libertad hace falta una Ley que así lo imponga. De modo que la Administración no puede pretender un poder general sobre los ciudadanos, que era dogma básico del absolutismo, sino solo potestades concretas, construidas por Ley analíticamente, como simples excepciones circulares a la situación básica de libertad».¹¹³

Dado que la potestad reglamentaria de estos organismos reguladores es atribuida no por la Constitución, sino a nivel de normas secundarias, esto es, leyes, cabe preguntarse entonces si tales reglamentos tienen un ámbito material exclusivo y garantizado, tal y como lo detentan, por ejemplo, los reglamentos del Banco Central de Reserva, de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP o de la Contraloría General de la República. ¿Cómo se justifica la regulación normativa?

- 1) El Estado tiene un rol de primer orden no sólo en la concreción de las políticas públicas; sino también, y aún más importante, en el respeto de la Constitución de la plena vigencia de los derechos fundamentales del administrado. En este punto, [...] en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho y de un modelo de *economía*

¹¹² *Idem*, p. 438.

¹¹³ *Idem*, p. 450.

social de mercado, la economía no constituye un fin en sí mismo, sino que es un instrumento al servicio de la persona humana y de su dignidad, razón por la cual el poder económico está limitado por la Constitución, evitando que dicho poder pueda degenerar en un abuso del mismo.¹¹⁴

- 2) Otra perspectiva acerca de la intervención en los mercados es la normativa. En ésta, la regulación se justifica debido a que permite utilizar el poder legítimo y coactivo del Sector Público para lograr determinados fines sociales. Con esto se busca encontrar asignaciones socialmente deseadas en las transacciones.¹¹⁵
- 3) Existen actividades valoradas por la sociedad como servicios básicos, es decir, consideradas como esenciales para las transacciones que se efectúan en el mercado. Sus marcos normativos contemplan una estrecha relación entre la empresa y el Estado, que se revela a través de la emisión de reglas relativas a los derechos y obligaciones de las empresas de servicios públicos. Para esto se diseñan mecanismos y se otorgan contratos de concesión.¹¹⁶
- 4) La regulación se justifica, principalmente, por dos consideraciones centrales que obligan a la intervención del Estado en los mercados:
 - Su participación proporciona, bajo ciertas condiciones, resultados más eficientes para los agentes económicos, generalmente expresadas por consideraciones de equidad.
 - La existencia de las denominadas fallas de mercado, que son aquellas circunstancias que impiden que una economía asigne los recursos adecuadamente.¹¹⁷
- 5) Por consiguiente, y siguiendo a Ariño Ortiz, la regulación es la actividad normativa en la que el Gobierno condiciona, corrige, altera los parámetros naturales y espontáneos del

¹¹⁴ CASES PALLARES, Lluís citado por OLIVOS CELIS, Milagros K. «Fundamentos constitucionales de la economía social de mercado en la economía peruana». En: *Revista de Investigación jurídica*, vol. 2, p. 22.

¹¹⁵ LASHERAS citado por QUINTANILLA ACOSTA. *Op. cit.*, p. 10.

¹¹⁶ GUPTA citado por Quintanilla Acosta. *Idem*, p. 12.

¹¹⁷ *Idem*, p. 9.

mercado, imponiendo determinadas exigencias con requisitos a la actuación de los agentes económicos.¹¹⁸

De lo indicado, resulta claro que la justificación o razón de ser de la regulación normativa se encuentra, por lo pronto, en el eficiente funcionamiento del mercado, corrigiendo, para tal efecto, distorsiones y la protección de los consumidores.

Sobre la base de lo indicado, el bloque normativo que regula a los organismos reguladores, en cuanto parte integrante del ordenamiento, ha publicado tales fines, confundándose o configurándose los mismos con los fines de interés general o público. Y ya se ha señalado: ahí donde existen fines de interés general o públicos, existen competencias públicas.

Ochoa Cardich refiere que: «Así, el artículo 65 de la Constitución dentro del capítulo de «Principios Generales del Régimen Económico» prevé que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. De ahí que existe un reconocimiento constitucional al interés público o social, cuya protección está a cargo del Indecopi y de los entes reguladores de los servicios públicos, que consideramos indispensables en el nuevo Derecho Administrativo Económico pero sometiendo su eficiencia al marco del respeto a los derechos fundamentales».¹¹⁹

Al respecto, De la Morena y De la Morena sostiene que:

«Donde esté la Administración Pública, actuando como tal, estará presente el interés público o, invirtiendo los términos, donde esté el interés público estará presente y actuando la Administración Pública, ya de una manera «real» o efectiva, si ese interés ha sido previamente publicado, ya de una manera «virtual» o potencial si se piensa en la posibilidad irrenunciable de que se pu-

¹¹⁸ Citado por Olivos Celis. *Idem*, p. 21.

¹¹⁹ OCHOA CARDICH, César. «Los principios del procedimiento administrativo». En: *Revista Peruana de Derecho Público*. Lima: enero-junio de 2002, año 3 n° 4, p. 145.

blique tan pronto como las circunstancias lo exijan o aconsejen. Actuación que podrá ser también «directa» cuando se ejerza a través de órganos encuadrados en sus propias estructuras, o «indirecta» cuando se considere que la realización del interés público podrá alcanzarse con la misma eficacia y a menor coste social, a través de agentes sociales o de simples particulares, influyendo convenientemente sobre sus comportamientos cooperativos. La Administración va a seguir, en este segundo supuesto, el criterio liberal que le aconseja que no haga con poder lo que pueda hacer sin poder y que no haga por sí lo que pueda hacer por otros. Pero con poder o sin él, la Administración estará siempre «haciendo» para el interés público, por sí misma, o «haciendo hacer» para él a los demás. Lo que para el caso es lo mismo». ¹²⁰

Sobre el mismo tema García de Enterría opina que:

«Las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio del interés público, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la Administración como organización; positivamente, la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés lo exija, obligación que marca incluso las potestades más amplias. Todo lo cual no es una simple admonición moral, sino un mecanismo técnico preciso, esta «adherencia al fin» (público) condiciona la validez de los actos administrativos en que se expresa el ejercicio de las potestades». ¹²¹

Finalmente, es fundamental tomar en cuenta lo indicado por el Chief Justice Marshall: «Si el fin es legítimo, si está dentro de los alcances de la *Constitución*, entonces todos los medios que son apropiados que son simplemente adoptados para ese fin, que no están prohibidos,

¹²⁰ DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis. «Derecho Administrativo e interés público. Correlaciones básicas». En: *Revista de Administración Pública*, enero-diciembre, 1983, n.º 100-102, p. 865.

¹²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pp. 445-446.

*sino que están de acuerdo con la letra y el espíritu de la Constitución, son constitucionales» (cursivas mías).*¹²²

Vale decir, a través del principio de «poderes inherentes» podría asumirse, luego de este largo excurso, que no sólo se legitima la simple potestad reglamentaria de los organismos reguladores, sino que tal potestad, dado el bloque normativo y los fines públicos perseguidos, bien podría hallar tal atribución al más alto nivel de la estructura normativa. Dejamos por ahora planteado el supuesto.

Ahora se trata de determinar el alcance del ejercicio de competencias y, notablemente, en el caso de competencias normativas, establecer la naturaleza de los reglamentos que expiden los organismos reguladores, esto es, cómo se incardinan estos productos normativos y cómo se relacionan con otras fuentes normativas, como es el caso de los decretos supremos.

Entre las funciones de los organismos reguladores se encuentra la que Guzmán Napurí denomina «técnicas». Esto es, «Obligaciones derivadas de normas reglamentarias generadas por el propio ente regulador, en uso de su facultad normativa. En general, dichas normas reglamentarias contienen reglas relativas a la calidad del servicio, a los mecanismos de prestación y a los procedimientos a seguir».¹²³

De otro lado, es de destacar que los reglamentos de los organismos reguladores tienen un carácter muy especial y diferenciado del resto de reglamentos. Así, no es difícil percibir que estos reglamentos tienen en la mayoría de casos, un alto contenido técnico, el mismo que sería muy difícil de ser regulado a través de la ley parlamentaria o, quién sabe, en el despacho de un ministro.

¹²² CUSHMAN, Robert Eugene. *Práctica constitucional*. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, p. 21.

¹²³ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. «Los entes reguladores en la Constitución». En: *Revista Peruana de Derecho Público*. Lima, enero-junio de 2002, año 3, n.º 4, pp. 41 y 42

Siguiendo con el carácter especial de estos reglamentos, Huapaya refiere que los mismos se deslindan de otros tipos de reglamentos, pues los productos normativos de los organismos reguladores, más que contener un mandato o imposición, suponen la labor de un árbitro o juez apolítico cuya actuación tiene por fin público que el mercado funcione sin distorsiones y que los derechos de usuarios y consumidores se encuentren debidamente tutelados.

De este modo, Huapaya argumenta que:

«Así, el producto de la regulación no es parecido a la imposición de un Reglamento, sino más bien es producto de una autoridad imparcial (un regulador), que es una suerte de árbitro o juez, que busca la solución más justa y ecuánime que permita el desarrollo de las acciones de los agentes del mercado. *La regulación, por tanto, no es sino el arbitramento de las actividades de los agentes económicos en el mercado en una situación en que aparecen fallas en el mismo*».

Pero no solo se trata del buen funcionamiento del mercado en abstracto, sino que han surgido otros valores que son susceptibles de tutela mediante la regulación: la protección de los usuarios y el servicio del interés público. En tal sentido, la regulación es instrumentada en organismos autónomos, neutrales y apolíticos: los organismos reguladores que pueden ser asimilados a «árbitros» de las actividades que regulan, deciden entre los intereses de los productores, los consumidores y el Estado, no para darle la razón a uno solo de ellos, sino para lograr el equilibrio de ese sistema, aproximación que se obtiene mediante la actuación consensuada o mediadora de los intereses de los agentes económicos de un sistema» (cursivas mías).¹²⁴

¹²⁴ HUAPAYA TAPIA, Ramón. «El proyecto de reforma de la Constitución». En: *Revista Peruana de Derecho Público*. Lima: enero-junio de 2002, año 3 n.º 4, p. 87.

Es pertinente citar a Guzmán Napurí cuando, aludiendo a los productos normativos de los organismos reguladores, se refiere a la naturaleza jurídica de los mismos del modo siguiente:

«La función normativa permite dictar reglamentos y normas para regular la prestación del servicio. Los reglamentos de los organismos reguladores complementan la regulación económica efectuada por la Ley, y a la vez, complementan las obligaciones de los prestadores del servicio resultantes del contrato de concesión. Las normas emitidas por los entes pueden ser técnicas o jurídicas, en virtud del enfoque que establezcan y se refieren fundamentalmente a la calidad y las modalidades de prestación de los servicios. Y es que los reglamentos emitidos por los organismos reguladores conforman un clásico ejemplo de reglamentos autónomos, puesto que no reglamentan ley alguna. Ello no justifica, sin embargo, que no exista una norma legal que autorice la emisión reglamentaria ni que la emisión de los mismos no se sujete a determinados parámetros.

Es evidente, además, que dichos reglamentos no pueden afectar situaciones jurídicas que se encuentran reservadas a la Ley. Ella tiene su origen en el hecho de que solo por Ley puede restringirse derechos fundamentales. A ello hay que agregar el hecho de que la función supervisora y, por ende, la función fiscalizadora, se basan en las obligaciones que provienen de los reglamentos existentes, en particular respecto a los operadores del servicio».¹²⁵

Sobre el particular es de precisar lo siguiente:

- a) Al ser los organismos reguladores adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros se supone que no están dotados de una «garantía institucional» la misma que debe siempre ser atribuida a nivel constitucional, y que permita que éstos cuenten con un ámbito competencial exclusivo de materias. Así, válidamente, podría sostenerse que los reglamentos de organismos regulado-

¹²⁵ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Op. cit.*, pp. 43-44.

res, al estar incardinados en una relación jerárquica, bien podrían ser modificados o derogados a través de decretos supremos de la Presidencia del Consejo de Ministros o a través de la ley, siempre y cuando así lo demanden los fines de interés general.

- b) Cabe preguntarse cómo la normativa de los organismos reguladores puede detentar la naturaleza de reglamentos autónomos, cuando, como se ha señalado, ella no tiene un ámbito material privativo garantizado por la Constitución y agotado por el bloque legal de constitucionalidad. Cuando hablamos de reglamentos autónomos nos referimos a fuentes formales dictadas por las administraciones públicas que están en una relación de competencia, y no jerárquica, con la ley. Esto es, ni la ley, con todo lo que ella supone, puede contravenir o agraviar o invadir el espacio normativo atribuido al reglamento autónomo.
- c) Los organismos reguladores no fueron diseñados por la Constitución. Posiblemente su creación ni siquiera pasó por la mente del constituyente de 1993. Parte de nuestras propuestas es plantear que las facultades normativas (ley-reglamento) tienen necesariamente su origen en la Constitución y, en su caso, en el bloque legal de constitucionalidad. Caso contrario, y haciendo un esfuerzo, podría improbablemente, como hemos indicado anteriormente, recurrirse a la doctrina de los poderes inherentes para legitimar la potestad reglamentaria. Sin embargo, ello no supone en modo alguno que los organismos reguladores cuenten con una garantía constitucional e institucional. No se puede comparar la autonomía de los órganos reguladores con la que detentan, por ejemplo, el Banco Central de Reserva, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP o la Contraloría General de la República.
- d) Como podrá apreciarse, y conforme al artículo 3c de la Ley n.º 27332, las materias a ser reguladas por la normativa de los or-

ganismos reguladores carecen de mayor substrato y relevancia. Las materias son fundamentalmente adjetivas o accesorias y sin mayor sustantividad. Se trata, en definitiva y en su mayoría, de normas procedimentales.

- e) Proponemos una reforma a la Carta de 1993 a efectos de «constitucionalizar» los organismos reguladores, para que así cuenten con autonomía, en su acepción jurídica rigurosa, y puedan dictar reglamentos dentro de un acervo de competencias que no pueda ser vulnerado o agraviado por otros entes del Estado. De igual manera, lo señalado supondría, por fuerza, que los organismos reguladores no estén adscritos a ningún sector y menos aún a la Presidencia del Consejo de Ministros. Así se evitará la «captura» de los organismos reguladores por parte de los supervisados y el poder político.

7. DECRETOS DE URGENCIA COMO MEDIDAS DE INTERVENCIÓN Y SUBVERSIÓN DE COMPETENCIAS

El artículo 211.20 de la derogada Carta de 1979 regulaba como atribución del Presidente de la República el dictado de decretos de urgencia de acuerdo a lo siguiente: «Administrar la hacienda pública; negociar los empréstitos; y dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso».

Los decretos de urgencia entraron al Derecho peruano por la puerta falsa. Que yo recuerde no se hace mención alguna de los mismos en el Diario de Debates de la Asamblea Constituyente de 1979. Con todo, lo que queda claro es que el artículo 211.20 fue una copia del artículo 190.8 de la derogada Constitución venezolana del año 1961, cuyo texto reconocía como atributo del Presidente de la República: «Dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así

lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial».

Volviendo al Derecho nacional, según Bernaldes Ballesteros:

«[...] el Partido Popular Cristiano propuso a la Asamblea un proyecto que incluía expresamente los decretos de urgencia, bajo la modalidad de decretos-leyes. La Asamblea no aceptó tal temperamento de tal manera que el inciso 20 carece de antecedentes que abonen la posibilidad de considerar las medidas extraordinarias como decretos-leyes. Antes bien, hay fundamento para sostener que la deliberación constituyente fue más bien en sentido contrario, evitando que por esa vía el Ejecutivo pudiese legislar».¹²⁶

Sin embargo, y una vez entrada en vigencia la Constitución de 1979, tal parece que esta fuente de Derecho permaneció en una suerte de *vacatio legis* de facto, pues no es sino hasta el año 1983 que se empieza a hacer uso de la misma. Según Francisco Eguiguren: «[...] dicha norma pasó virtualmente inadvertida para los analistas de la nueva Constitución, adquiriendo luego gran notoriedad sólo a raíz de su empleo profuso y distorsionado tanto en el anterior gobierno como en el actual».¹²⁷

El mismo Eguiguren agrega que:

«Tenemos casi la certeza de que los constituyentes no tomaron plena conciencia de la nueva institución que estaban introduciendo en la Carta Constitucional, lo que se evidencia en la virtual ausencia de debate y fundamentación sobre la materia, y en las omisiones y confusiones presentes en el texto final. Por

¹²⁶ BERNALDES BALLESTEROS, Enrique. «El funcionamiento del sistema político de la Constitución de 1979». En: *La Constitución diez años después*. Lima, 1989, p. 151.

¹²⁷ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. «Los decretos de urgencia en relación con la atribución de dictar medidas extraordinarias contenida en el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución». En: *Derecho PUCP*. Lima: PUCP, 1986, n.º 40, p. 171.

ello no faltan quienes sostienen que los llamados decretos de necesidad y urgencia fueron rechazados y excluidos en el proceso constituyente; pero al afirmarlo no alcanzan a descubrir que los constituyentes (no sabemos si queriéndolo o no) plasmaron una atribución presidencial que permite dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera sin necesidad de requerir autorización previa alguna del Parlamento y con cargo a rendirle ulteriormente cuentas a éste». ¹²⁸

Curiosamente, como bien dice Herrera Vásquez, «las “medidas extraordinarias” fueron aprobadas *casi inadvertidamente*, sin sufrir modificación la propuesta de la Comisión Especial de Poderes del Estado, resultando el tenor del artículo 211, inciso 20 de la Carta de 1979» (las cursivas son mías). ¹²⁹ Durante un buen tiempo nadie vio el gorila rosado de quinientos kilos que se paseaba por el salón.

El uso que distintos gobiernos hicieron de esta fuente de derecho fue excesivo y hasta frenético: un uso incontrolado; aunque no resultaría apropiado en este caso de hablar de uso, sino de abuso.

Así, mediante estos decretos de urgencia se regularon sistemáticamente distintas materias de orden financiero y económico, específicamente, de naturaleza tributaria, presupuestaria (créditos suplementarios) y control de moneda extranjera.

Durante la vigencia de la Carta de 1979 se dictaron 2262 decretos de urgencia. Esta cifra se divide de la siguiente manera: Gobierno de Belaunde 667, Gobierno de García 1033 y Gobierno de Fujimori 531 (hasta 1992).

Entre otros desencuentros interorgánicos del Congreso y el Poder Ejecutivo, la dación de esta cantidad exorbitante de decretos de urgen-

¹²⁸ *Idem*, p. 176.

¹²⁹ HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. «Las medidas extraordinarias y los decretos de urgencia en el modelo constitucional peruano». En: *Derecho PUCP*. Lima: PUCP, 1996, n.º 50, p. 241.

cia devino en la crisis constitucional que concluyó con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992 conducido por el presidente Fujimori.

Jiménez Mayor explica muy bien cómo se configuró esta coyuntura:

«La actitud de hostilidad del Gobierno se reflejó en muchos ámbitos, como en el abuso de la utilización de figuras constitucionales extraordinarias, como son los decretos supremos de urgencia que dispone el inciso 20) del artículo 211 de la Constitución. Su uso fue por decir lo menos, exagerado, transformando las más diversas normas del Estado y legislando a través de decretos, con prescindencia de los mecanismos legales, desnaturalizando la institución en lo que compete a lo extraordinario y urgente de la medida. En menos de dos años de Gobierno se expidieron 531 Decretos Supremos y 31 Decretos Supremos Extraordinarios expedidos al amparo de la Ley n.º 25397 de Control Parlamentario. Esta situación superó lo acontecido durante el gobierno del presidente García, que en los dos primeros años de gestión expidió 329 decretos».¹³⁰

Pero hay más: el artículo 132 Constitución de 1979 disponía que: «En situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario».

Durante la vigencia de la Constitución de 1979 no hubo, en líneas generales, acuerdo en la doctrina nacional sobre la naturaleza y alcances del artículo 132. No se pudo deslindar la naturaleza de esta facultad de intervenir la actividad económica con la establecida en el artículo 211.20 de la derogada carta. Inclusive, hubo casos de decretos de urgencia cuyo dictado se fundamentaba tanto en el artículo 211.20 como en el artículo 132.

¹³⁰ JIMÉNEZ MAYOR, Juan. «Las relaciones Parlamento-Ejecutivo y el sistema legislativo (algunas explicaciones en torno a la crisis política peruana)». En: *Pensamiento Constitucional*. Lima: PUCP, 1994, vol. I, n.º 1, p. 158.

Aunque ya es muy tarde pues ambos artículos constitucionales no están más en vigencia, sin embargo, considero que no es un ejercicio inútil decir algunas palabras. Me atrevería a decir que en una Constitución como la de 1979, que consagraba una intensa participación del Estado en la economía, resultaba completamente fuera de lugar una norma como la del artículo 132. Esta norma partía de un supuesto claro: el Estado en condiciones de normalidad no interviene en la economía. En otras palabras, el lugar de una norma como la contenida en el artículo 132 era en una Constitución de un Estado gendarme. Esto es, Estado gendarme en tanto «sistema que hace del mercado la clave de la asignación de recursos, la gran motivación para la intervención del Estado se orientará a corregir las deficiencias de la competencia y se restringirá su iniciativa empresarial a sectores como servicios públicos sociales (salud, educación, asistencia social, etcétera) y otros que por su baja rentabilidad no son atractivos a los inversionistas privados (tales como infraestructura vial y energética)». ¹³¹ Sobre el particular, Ochoa Cardich manifiesta que: «El Estado ante la defensa de la individualidad conlleva una desvalorización de éste que queda reducido a un Estado mínimo relegado al cumplimiento de funciones de vigilante nocturno (*night-watchman state*) limitado a velar por los derechos individuales, imposibilitado de restringirlos en función del interés social o público». ¹³²

Sí pues, el artículo 132, era un dispositivo más apropiado para un Estado gendarme y liberal.

El Estado diseñado por la Carta de 1979 era, pues, potencialmente intervencionista. Al respecto baste con citar el artículo 110 de esta Constitución que a la letra dice: «El régimen económico de la República

¹³¹ OCHOA CARDICH, César. «Constitución y economía de mercado». En: *Derecho PUCP*. Lima: PUCP, 1985, n.º 39, p. 233.

¹³² OCHOA CARDICH, César. «Actividad económica pública y derechos económicos privados en la Constitución de 1979». En: *Derecho PUCP*. Lima: PUCP, 1990, n.ºs 43-44, p. 194.

se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores».

Así, Kresalja y Ochoa Cardich refieren que es con la Carta de 1979 que dedicó su Título III al «Régimen económico», que se inicia la configuración de una Constitución económica propiamente dicha, sistematizada y orgánica, mediante la recepción tardía de un Estado social de derecho que combinaba el reconocimiento de la iniciativa privada dentro de una «economía social de mercado», con un rol potencialmente intervencionista del Estado en las relaciones económicas y con una presencia significativa de empresas públicas.¹³³

Sobre este mismo tema, aun cuando en otro trabajo, Ochoa Cardich aludía al régimen económico de la Carta de 1979 como sigue:

«La Constitución peruana de 1979, en su artículo 115, proclamó como sistema económico constitucional a la *economía social de mercado* y estableció, dentro de los principios del Régimen Económico, la habilitación al Estado de reservarse actividades productivas o de servicios. Esta reserva constituía un instrumento al que el Estado podía recurrir siempre que se acuerde por ley y que se declare la existencia de los presupuestos definidos en el artículo 114 de la Norma Suprema: las causas de interés social y de seguridad nacional».¹³⁴

¹³³ KRESALJA, Baldo y César OCHOA CARDICH. «Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional». En: *Pensamiento Constitucional*. Lima: PUCP, año 6, n.º 6, p. 734.

¹³⁴ OCHOA CARDICH, César. «El servicio público en la Constitución peruana de 1993». En: *Pensamiento Constitucional*. Lima: PUCP, 2013, vol. 18, n.º 18, p. 112.

En fin, es el profesor Ochoa Cardich quien alude al artículo 132 de la Carta de 1979 del modo siguiente:

«A nuestro juicio, debemos precisar que dentro del ordenamiento jurídico peruano la intervención es una institución de Derecho Administrativo, constitucionalizada por el artículo 132 de la Constitución de 1979, constituyendo una restricción a los principios de libre iniciativa privada y al de libertad de industria y comercio, establecidos en los artículos 115 y 131 de la Constitución, así como del derecho de propiedad privada sobre el cual es viable el ejercicio de la libertad de empresa».¹³⁵

Sin embargo, creemos que nunca resultó necesaria la inclusión de la potestad contenida en el artículo 132 de la Constitución de 1979. Ya el Poder Ejecutivo estaba investido por el artículo 211.20 de la potestad de dictar medidas de urgencia, en materia económica y financiera cuando así lo requiriese el interés nacional. Incluso, como ya se dijo, el Poder Ejecutivo dictó una pluralidad de medidas de urgencia basándose, además de en el artículo 211.20, en el aludido artículo 132. Si de lo que se trataba era de establecer una norma específica para el caso de restringir, intervenir o interferir la actividad empresarial privada, resultaba suficiente el artículo 114 de la misma Constitución. El artículo 114 disponía que: «Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reservas de dichas actividades en favor de los peruanos».

El único aspecto que podría configurar un contraste entre los decretos de urgencia y las medidas del artículo 132 de la Carta de 1979 es que ésta atribuye también tal potestad al Estado y no sólo al Presidente de la República, como en el caso de las medidas dispuestas en el artículo 211.20. Esto es, habrían contado también con esta potestad el Congre-

¹³⁵ OCHOA CARDICH, César. «Actividad económica pública y derechos económicos privados en la Constitución de 1979». En: *Derecho PUCP*. Lima: PUCP, 1990, n.º 43-44, p. 199.

so de la República, las regiones, los municipios, las administraciones públicas autónomas en cuanto tengan un ámbito de acción de virtualidad económica y financiera.

Reiteramos la pregunta: qué organismos incluía el término «Estado», al cual aludía el artículo 132. Podría ser el Congreso (mediante ley) o el Poder Ejecutivo. No se descartaría tampoco que los gobiernos regionales y los gobiernos locales hubieran podido ejercer esta potestad dictando medidas cuando la situación de crisis grave o emergencia se configurase dentro del correspondiente ámbito territorial.

El artículo 132 de la Carta de 1979 no podía ser calificado sino como un «texto anómalo». Esto es, implica un resquebrajamiento de la Carta de 1979 en su coherencia sistemática.

Sin embargo, es pertinente citar a Domingo García Belaunde cuando, refiriéndose a situaciones como la reseñada con relación al artículo 132 de la Carta derogada, afirma que:

«En caso de que surjan dudas al interior del texto constitucional, debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma. En los últimos tiempos se ha hecho referencia al serio problema de la ponderación de valoraciones en el mundo jurídico, en el sentido de que en un mismo texto pueden entrar en cuestión valores contrapuestos, en donde aparentemente una norma va en desmedro de otra a tal punto que se ha alegado la existencia de normas constitucionales que en realidad son inconstitucionales. Esto puede ser cierto en el orden de los valores, pero no debe serlo en el orden formal, que es el baremo final al cual se remite como cierre toda interpretación.

Por cierto, dentro de la Constitución no todas las normas son iguales; así, hay normas generales, otras más precisas, otras que necesitan reglamentación, otras, en fin, que son transitorias o reflejan tan sólo declaraciones de largo alcance (como los preámbulos). Pero si tomamos dos normas en pie de igualdad,

y apreciamos que los valores que ellas encierran se encuentran en aparente contradicción, no hay más alternativa que, con independencia a la ponderación de valores, salvemos el principio formal de la unidad de la Constitución y de la coherencia consigo misma (en tanto y en cuanto no sea modificada).¹³⁶

Es el artículo 118.9 de la Constitución de 1993 el que define como potestad del Presidente de la República el dictar decretos de urgencia: «Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia».

A continuación me ocuparé de algunos aspectos referentes a los decretos de urgencia, los mismos que considero de la mayor importancia, tales como naturaleza jurídica, virtualidad normativa y el control en cuanto a la oportunidad, razonabilidad y proporcionalidad de su dictado (control parlamentario y control jurisdiccional).

Al suponer la dación de decretos de urgencia una subversión del orden normal de competencias y ser, en alguna medida, una válvula de escape del sistema de competencias; y al descansar uno de sus supuestos habilitadores en el *interés nacional*, esto es, en un criterio estándar o concepto jurídicamente indeterminado, tal dación debe ser un recurso de extremo uso excepcional.¹³⁷

García de Enterría, mediante un ejercicio de analogía, sostiene que la dación de medidas de urgencia no puede ser abusivamente ejercida. Es una potestad claramente excepcional y no de uso ordinario o general y que ha de justificarse caso por caso en razones substantivas de objetiva

¹³⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La interpretación constitucional como problema». En: *Pensamiento Constitucional*. Lima: PUCP, 1994, vol. 1, n.º 1, p. 31.

¹³⁷ DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis. «Los fines de interés público como “causa” y como “límite” de la competencia y como “medio” y “medida” de control jurídico». En: *Revista de Administración Pública*, enero/abril, 1978, n.º 85, p. 169.

«necesidad», y necesidad de claro interés general. Se alteran las competencias normales por razones también excepcionales y estrictamente valoradas, y de interés general que resulten objetivables y visibles. Por la naturaleza de su virtualidad normativa y las circunstancias propias y especiales de su dación de acuerdo a los supuestos habilitadores, los decretos de urgencia no pueden ser catalogados sino como «medidas».¹³⁸ Un buen ejemplo de lo que es una «medida» lo hallamos en el Decreto de Urgencia n.º 23-2007. Este decreto de urgencia establece el otorgamiento de ayudas económico-sociales a la población damnificada por sismos. Se precisa que tales ayudas consisten en el otorgamiento de una subvención para sepelio ascendente a S/. 1,000.00 y una subvención por pérdidas materiales ascendente a S/. 6,000.00.

Se ha escrito mucho sobre las «leyes medidas». Sin embargo, a nuestro entender, la mejor definición de las mismas es brindada paradójicamente por un eximio civilista. Aun cuando las denomina «leyes de circunstancia», el profesor Osterling Parodi define las leyes medidas:

«La intervención del legislador no está ya destinada a dictar la norma imperativa a la que deben someterse los contratantes. El legislador no se limita a fijar las condiciones y efectos del contrato a concertarse. «El legislador de emergencia» empieza a regir los propios contratos vigentes. Moratorias, congelación de precios y arrendamientos, suspensión de acciones judiciales, resolución de los contratos en curso, son las características de estas nuevas corrientes legislativas.

Leyes de circunstancias» las llaman. La equidad, el interés social, el orden público, obligan al «legislador de emergencia» a dictar normas aplicables al contrato en curso. Equidad, interés social, son conceptos impregnados de principios morales, nociones subjetivas, cuyo ámbito de aplicación puede extenderse indefinidamente. Orden público, se expresa, empieza a ser todo

¹³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo 1, p. 338.

aquello que el legislador califica como tal y, desde este punto de vista, casi nada escapa a su alcance. La difusión de estas «leyes de circunstancias» empieza a robustecerse. Su influencia es permanente y se siente en nuestro tiempo». ¹³⁹

Para García de Enterría, las «medidas» son «Leyes que atienden a resolver problemas concretos y singulares y no planear propiamente un orden general y abstracto con vocación de permanencia». ¹⁴⁰

Otra definición de «ley-medida» que me parece importante citar, es la que formula Rafael Gómez-Ferrer Montant: «Son leyes que se dictan para una finalidad concreta y con un contenido adecuado a dicha finalidad». ¹⁴¹

Ángel Acedo Penco, aunque las llama «medidas legislativas», las define como medidas de carácter excepcional para afrontar determinadas situaciones imprevistas de gran repercusión social.

Por último, para Rubio Llorente las leyes medida «no están orientadas primariamente hacia la justicia, sino hacia la conveniencia, hacia la eficacia». Díez-Picazo indica que las leyes medida son aberrantes, son leyes singulares enderezadas a resolver un problema concreto o a adoptar medidas de situación o de coyuntura, leyes, en definitiva, sin ninguna pretensión de perennidad. ¹⁴²

Sin embargo, la definición de «medida» realizada por el Tribunal Constitucional es más bien pobre: «Leyes que, por la naturaleza de las cosas, tienen como propósito regular la situación jurídica de un ámbito

¹³⁹ OSTERLING PARODI, Felipe. «Las obligaciones», p. 17.

¹⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 141.

¹⁴¹ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. «Relación entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional». En: *Revista de Administración Pública*, n.º 113, p. 14.

¹⁴² «El procedimiento legislativo descentralizado en Italia y España», citado por FERNÁNDEZ SALGADO, Francisco. En: *Derecho PUCP*. Lima: PUCP, 2001, n.º 54, p. 87.

reducido de destinatarios» (artículo 103 de la Constitución) (Expediente n.º 005-2003-AI/TC).

De acuerdo a esta última definición cualquier resolución que verse sobre asuntos concretos y singulares que afecten a una pluralidad reducida de administrados serían «leyes medida».

Así, pues, los decretos de urgencia constituyen «medidas» (en su acepción jurídica rigurosa), que de darse los supuestos habilitantes, esto es, *estado de necesidad normativa*, subvierten el orden normal de las competencias de naturaleza económica y financiera, y en tal sentido, constituyen auténticas normas de intervención. «En casos de necesidad y en virtud del principio *salus publica lex* esto se entiende que el bien jurídico más débil (la conservación del orden normal de competencias legislativas) debe ceder ante el bien jurídico más fuerte (la conservación del orden jurídico y social, que, en ocasiones, no permite a que se tramite y apruebe una Ley)». ¹⁴³

Jean Rivero alude al «estado de necesidad normativa» del siguiente modo:

«Es propio de la naturaleza de la acción, gubernamental del poder, si el interés público lo exige, liberarse de la letra de la ley cuando ésta paralizaría peligrosamente iniciativas necesarias, de donde se deriva la teoría de las «circunstancias excepcionales» que reconocen en tiempo de crisis la legalidad de las decisiones necesarias aun cuando hayan sido tomadas éstas *praeter lege* o incluso *contra lege*». ¹⁴⁴

¹⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid: Civitas, 1979, p. 82.

¹⁴⁴ RIVERO, Jean. «Los principios generales del Derecho en el Derecho francés contemporáneo». En: *Revista de Administración Pública*, septiembre/diciembre, 1951, n.º 6, p. 295.

El artículo 118.9 de la Carta Política peruana vigente constituye en rigor una auténtica «cláusula general habilitante de competencias ajenas».

La realidad de los hechos nos ha demostrado que por más de treinta años la dación de decretos de urgencia no ha sido excepcional. Es menester que en cuanto al presupuesto fáctico habilitador para la dación de los decretos de urgencia se debe ejercer control tomando en cuenta la «regla de proporcionalidad y razonabilidad».

Es nítido, según el artículo 11.4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que los decretos de urgencia están sujetos al control político del Congreso de la República. Ello supone un gran avance en «la lucha contra las inmunidades del poder político».

Pero queda pendiente el tema en lo que se refiere a la habilitación de la jurisdicción constitucional para ejercer también el control de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello, en las líneas siguientes elaboraremos algunas consideraciones sobre la conveniencia y la justificación de que la jurisdicción ejerza el aludido control sobre los decretos de urgencia cuando se configure un estado de necesidad normativa.

El tema es más pacífico en el caso del control parlamentario, pues caben ambos tipos de control (jurídico y de oportunidad, razonabilidad y proporcionalidad). Como bien sostiene Ruiz Molledo:

«El parámetro del control parlamentario puede ser básicamente de dos tipos, un control político sobre la base del principio de oportunidad, y un control jurídico, sobre la base del principio de constitucionalidad, pudiendo el Parlamento recurrir a ambos, sin jamás olvidar que la decisión es básicamente sobre la base de un control político, debido a la naturaleza política del Congreso. Incluso hemos sostenido que aun cuando utilicemos el parámetro del control jurídico constitucional, es inevitable la

recurrencia al principio de oportunidad, en la evaluación de los requisitos exigidos por la Constitución».¹⁴⁵

No quiero, sin embargo, iniciar el tratamiento del control de razonabilidad y proporcionalidad por parte de la jurisdicción sobre decretos de urgencia sin antes referir que durante el franquismo el jefe de Gobierno contaba con la facultad de dictar normas de urgencia frente a casos de calamidad pública. Estas normas se denominaban decretos leyes. La apreciación de la urgencia en cada caso correspondía exclusivamente al jefe del Estado. El hecho de que no se diera la urgencia en determinados supuestos no tenía, pues, relevancia jurídica alguna, como tampoco la simple noticia al Gobierno, dada la publicación de las disposiciones en el *Boletín Oficial del Estado*.¹⁴⁶

Lo sucedido con ocasión del *putsch* de Argelia en 1962 configura un auténtico hecho histórico de punto de no retorno. Por vez primera, el 16 de febrero de 1962, ha conocido el Consejo de Estado (francés) de un recurso dirigido contra un acto producido por el presidente De Gaulle en ejercicio de los famosos poderes extraordinarios o dictatoriales del artículo 16 de la Constitución, poderes que utilizó en el *putsch* de Argel. Pues bien, para un gran sector de la doctrina el ejercicio de estos poderes extraordinarios, todos los poderes del Estado, que el presidente asume, era infiscalizable ante la jurisdicción contenciosa. El Consejo de Estado dijo lo contrario. Afirmó que «[...] estos poderes exorbitantes, extraordinarios, los cuales podrán incluso ser calificados auténticamente de soberanos, puesto que la competencia del Presidente viene a suplir la competencia general de todo el cuerpo del Estado, son plenamente

¹⁴⁵ RUIZ MOLLEDO, Juan Carlos. «El control parlamentario de los decretos de urgencia en el Perú». En: *Pensamiento Constitucional*. Lima: PUCP, 2000, vol. 7, n.º 7, p. 543.

¹⁴⁶ SALAS, Javier. «Los decretos leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia». En: *Revista de Administración Pública*, setiembre/diciembre, 1966, n.º 51, p. 46.

fiscalizables como regla ante el Consejo de Estado, escapando de la fácil tentación que ofrecía la doctrina de los actos de gobierno [...]».¹⁴⁷

Entrando en materia diré que la actuación del Estado, tanto en su sustrato político como meramente administrativo, ha de discurrir hacia la consecución de los fines públicos para la satisfacción de las necesidades generales. Así, sin tales fines públicos no se justificaría la actividad de los poderes del Estado, y menos aún cuando dicha actuación está revestida de la potestad de imperio que les permite profanar el ámbito de lo privado. Ya lo hemos dicho, ahí donde hayan fines públicos existirán necesariamente potestades o competencias estatales que han de ejercitarse de acuerdo a una rigurosa sujeción al ordenamiento jurídico (principios de constitucionalidad y de legalidad).

Tradicionalmente se ha entendido que los actos discrecionales que revisten la forma de actos de gobierno o de decisiones políticas fundamentales, por el hecho precisamente de ser no reglados o tratarse de conceptos jurídicamente indeterminados, y en tal sentido dejar una libertad más o menos amplia entre una pluralidad de opciones al agente o poder público que los adopta, no eran recurribles ante la jurisdicción. Esto es, eran inmunes al control jurisdiccional al menos en lo que se refiere al juicio de la razonabilidad y proporcionalidad de su dictado.

Es, por ejemplo, acto discrecional emblemático en nuestro ordenamiento: el dictado por parte del Presidente de la República de decretos de urgencia cuando así lo requiera el interés nacional. Sin embargo, actualmente la tendencia uniforme en el Derecho comparado es «juridificar», en la medida de lo posible, todas las decisiones del Estado, no dejar cotos inmunes al control de la jurisdicción constitucional.

Los únicos actos administrativos que no pueden ser judiciales por mandato del artículo 154 inciso 3) de la Constitución son las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura que imponen sanciones a los

¹⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 72-73.

magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público y las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, contra las que «no procede recurso alguno ante ningún Tribunal». Sin embargo, en el caso de resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, ello quedó relativizado por la sentencia n.º 00007-2007-PI/TC.

La judicialización de las decisiones del Estado se vincula muy estrechamente con la consecución de los fines de interés público que ha de perseguir toda actuación estatal. La constitucionalidad y legalidad a la que hacíamos referencia no sólo supone la adecuación del acto a los elementos reglados previstos por el ordenamiento —formalidad, plazos, comunicaciones, etcétera—, sino también a la oportunidad y razonabilidad de su dictado. En rigor, si se han configurado o no los supuestos habilitantes. Los presupuestos fácticos habilitadores se configurarán si y sólo si con ocasión del dictado del acto se han perseguido razonablemente y proporcionalmente los fines de interés público. Y no nos referimos a cualquier fin, aun cuando sea público, sino exclusivamente al fin concreto por el cual la competencia o potestad —en muchos casos exorbitante— fue otorgada por el ordenamiento. De lo contrario, se estarían malversando fines, y señaladamente competencias o potestades públicas, contraviniendo de un modo frontal el ordenamiento jurídico y el orden normal de competencias, y agravando los principios de constitucionalidad y legalidad. Pero la labor del juez constitucional al momento de hacer esta constatación no se referirá en absoluto al examen de reglas morales, sino que supondrá un ejercicio por el que se evalúe si efectivamente se configuraron los supuestos habilitantes para el dictado del acto (dato objetivo), y si éste se ajusta en cuanto a su oportunidad, proporcionalidad y razonabilidad, al fin público por el cual la competencia fue otorgada.

Sin embargo, el artículo 200 de la Carta de 1993 establece que «no le compete al Juez cuestionar la declaratoria del Estado de sitio o de emergencia». Sin embargo, este mandato queda nítidamente neutralizado, pues, siguiendo a Baca Oneto, «en virtud del texto del último párra-

fo del propio artículo 200 de la Carta, que permite la interposición de acciones de hábeas corpus y amparo en relación con derechos restringidos o suspendidos durante la vigencia de estos regímenes de excepción, permitiéndosele al Juez examinar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo. Así, si bien no se puede impugnar la declaración misma, sí serán impugnables sus efectos, al recurrirse los actos concretos tomados en virtud de ella».¹⁴⁸

Así pues, entendemos que ha de haber una justificación o motivación suficiente y, en cada caso, basada en real ocurrencia de los hechos materiales (emergencia, extraordinariedad y, sobre todo, el «factor tiempo» esto es, la necesidad de obrar rápidamente), a efectos de que se configure la habilitación para el dictado oportuno, razonable y proporcional de normativa excepcional y de urgencia, y que esta última esté enderezada a la consecución de los fines de interés público o nacional que a su vez y a ella misma dan legitimidad, legalidad y constitucionalidad.

Los temas de la discrecionalidad, de los conceptos jurídicos indeterminados, de la libertad de configuración, de la oportunidad, de la razonabilidad, de la proporcionalidad encuentran en el ordenamiento nacional, señaladamente, en la Ley del Procedimiento Administrativo General y en su artículo 4.1.4, un adecuado marco normativo, aun cuando tomado en préstamo del Derecho Administrativo:

«Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido».

¹⁴⁸ BACA ONETO, Víctor Sebastián. «Los actos de gobierno en el Derecho peruano». En: http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_10-Los-actos-de-gobierno-en-el-derecho-peruano.pdf, pp. 151-152.

Volviendo al tema de control político, el autor Aldo Blume sostiene que:

«Cabe precisar que el control llevado a cabo en el ámbito del Congreso de la República es un control de naturaleza política ya que la evaluación no se circunscribe a que el decreto en cuestión haya sido dictado dentro de los márgenes impuestos por la Constitución, conforme a los requisitos que han sido explicados líneas arriba, sino que también se tienen en cuenta criterios de conveniencia u oportunidad. Además, es realizado por un sujeto de naturaleza eminentemente política, como lo es el Congreso de la República».¹⁴⁹

García de Enterría refiere que: «Sobre el control político por la jurisdicción, diremos que de considerarse normas infiscalizables por los jueces, sea cual sea la vía de fiscalización, es consagrar pura y simplemente a favor del ente emisor una verdadera patente de corso para vulnerar la Ley y el Derecho».¹⁵⁰

Como bien anota Javier Salas: «La falta absoluta de motivación o la inconsistencia de la misma puede ser indicio de no existir los hechos que justifican el uso del instrumento jurídico de que se trata».¹⁵¹

García de Enterría, sobre este mismo tema, señala lo siguiente:

«Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho, y ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de

¹⁴⁹ BLUME, Aldo. «Los decretos de urgencia de Alan García. El abuso y la usurpación de facultades por parte de Poder Ejecutivo». En: *IDL*, 2011, primera edición, p. 21.

¹⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, ley e inmunidades del poder*. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 107.

¹⁵¹ SALAS, Javier. *Op. cit.*, p. 65.

otra. La valoración política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así». ¹⁵²

Más directamente Retortillo Bauer afirma que:

«Creemos, que todo este problema de la oportunidad puede reducirse a una sola cuestión: la exigencia de unas determinadas circunstancias fácticas para dictar un acto y la confrontación que de las mismas se haga al ser éstas verificadas por los tribunales que al juzgar de su suficiencia y validez, necesaria para que el acto pueda estimarse legítimo, podrán venir mediante el control de tales hechos a conocer de aspectos un tanto al margen del puro control de legalidad». ¹⁵³

Es de citar a Eloy Espinoza, con quien estamos de acuerdo, cuando señala que:

«[...] no creemos que pueda hablarse de respuestas "únicas" o "correctas" para todos los temas, sobre todo si lo que está en juego es aquel conjunto de decisiones consideradas centrales para el gobierno de una sociedad determinada. Entonces, y para evitar el abuso de quien tiene autoridad, sin duda es conveniente y hasta necesario que se ejerza control sobre las acciones ejercidas por dichas autoridades, aun cuando las mismas tengan un carácter discrecional y se encuentren dentro del ámbito de lo que podríamos más bien considerar el campo de "lo político", incluso en un sentido que cabría reputar como más estricto». ¹⁵⁴

¹⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 31-32.

¹⁵³ MARTIN-RETORTILLO, Baquer, S. «La desviación de poder en el Derecho español». En: *Revista de Administración Pública*, enero-abril, 1957, n.º 22, p. 146.

¹⁵⁴ ESPINOZA SALDAÑA, Eloy. «Balance a veinte años de vigencia de la carta de 1993». En: *Pensamiento Constitucional*. Lima: PUCP, 2013, n.º 18, p. 196.

El profesor Aníbal Quiroga es contundente cuando, refiriéndose al control jurisdiccional de la ley, afirma que éste no es ajeno al control de razonabilidad. Lo dicho por Quiroga es plenamente aplicable a los decretos de urgencia (sin perjuicio de tratarse de una doctrina fácilmente extensible al caso por un argumento *minore ad maius*), más aún cuando los decretos de urgencia tienen un importante elemento discrecional —y conceptos jurídicos— indeterminados, razón por la cual es de la mayor importancia que la jurisdicción analice si los supuestos habilitadores se configuran y si la dación del decreto de urgencia de que se trate resulta razonable. Repetimos, lo mismo se puede sostener con relación a los decretos de urgencia.¹⁵⁵

En lo referente a la cita del profesor Quiroga, reiteramos que es de precisar que si es procedente el control jurisdiccional de razonabilidad sobre leyes parlamentarias, con más razón tal control debe ser viable también en cuanto a decretos de urgencia. En efecto, los decretos de urgencia son producto de la ocurrencia de funcionarios que se encuentran obligados de justificar y motivar su decisión en cada oportunidad.

En esa misma línea de pensamiento ha procedido el Tribunal Constitucional disponiendo que:

Si bien es cierto que los requisitos formales y materiales son indispensables para la producción de los decretos de urgencia, no lo es menos que, como se señaló en el caso citado, el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de determinados criterios para evaluar, caso por caso, si las circunstancias fácticas que sirvieron de justificación para la expedición del decreto de urgencia respondían a las exigencias previstas por el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución y por el inciso c) del artículo 91 del Reglamento del Congreso. Tales criterios son:

¹⁵⁵ QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Los excesos del Tribunal Constitucional peruano: a propósito del control concentrado de la Constitución». En: *Estudios Constitucionales*. Lima: Justicia Viva, año 3, n.º 2, p. 38.

- a) Excepcionalidad: La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la «voluntad» de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español —criterio que este Colegiado sustancialmente comparte— que «en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma». (STC n.º 29/1982, FJ. n.º 3).
- b) Necesidad: Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.
- c) Transitoriedad: Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.
- d) Generalidad: El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el Caso Colegio de Notarios de Lima (exps. acums. n.ºs 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, FJ. n.ºs 6 y ss.), puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución, debe ser el «interés nacional» el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depara la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad. (Expediente n.º 0047-2004-AI/TC).

No obstante ello, con anterioridad a la dación de la sentencia ya citada, el Tribunal Constitucional resolvió que: «Evidentemente, (el Tribunal Constitucional) prescindirá, para el análisis y fundamentación de

su fallo, de la conveniencia, necesidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la política nacional relativa a la promoción temporal del desarrollo productivo nacional». (Expediente n.º 018-2003-AI/TC).

La parte final del artículo 118.19 de la Constitución dispone que el Congreso puede modificar o derogar los decretos de urgencia. En tanto, el artículo 102.1 dispone que corresponde al Congreso «dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes». Habría, pues, una aparente redundancia, dado que es de ordinario una atribución del Congreso derogar o modificar las leyes (queda claro que esta referencia a leyes no sólo alude a la ley formal, sino a todas las demás formas normativas que constituyen leyes materiales). Debe hallarse entonces una justificación o una ratio, a la parte final del artículo 118.19, pues de otra manera ésta carecería de toda razón de ser. Es necesario, asimismo, que se enfatice un contraste entre ambos dispositivos, de tal manera que cada uno de ellos se constituya en pieza de deslinde del otro y el sistema recobre así su coherencia sin que se confundan los planos y las competencias.

Al respecto, el artículo 91 del Reglamento del Congreso detalla el procedimiento de control de los decretos de urgencia del modo siguiente:

El Congreso ejerce control sobre los Decretos de Urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto.
- b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto de urgencia y a más tardar el día útil siguiente, el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución, para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles. La Comisión da cuenta al

Consejo Directivo del cumplimiento de esta atribución en el segundo día útil siguiente a la aprobación del dictamen. El Presidente informa obligatoriamente al Pleno y ordena su publicación en el Portal del Congreso o en la Gaceta del Congreso o en el diario oficial *El Peruano*.

- c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. En todo caso, presenta dictamen y recomienda su derogatoria si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política. En caso contrario, emite dictamen haciendo constar el hecho para los efectos a que se contrae la parte final del inciso b) de este artículo.
- d) Si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley.

Además de configurar un control que se califica como «político» en lo que se refiere a los supuestos habilitantes para la dación de un decreto de urgencia, contenido político que no debería ser ajeno a la jurisdicción constitucional, es de relieves el transcrito literal d) del artículo 91 del Reglamento del Congreso. Éste dispone, como se ha visto, que «si el pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley». Esto es, a diferencia de la atribución contenida en el artículo 102.1, que supone la promulgación por el Presidente de la República de las leyes dadas, el procedimiento contenido en el artículo 91 del Reglamento del Congreso supone la promulgación por parte del Presidente del Congreso de la ley modificatoria o derogatoria del decreto de urgencia sin intervención alguna del Presidente de la República. Esto resulta razonable, pues es el Presidente de la República es quien tiene la potestad de expedir decretos

de urgencia, y resultaría muy probable que observase el proyecto de ley que modifica o deroga el decreto de urgencia dado por él mismo.

Con todo, debe quedar claro que el control del Congreso sobre los decretos de urgencia no ha de limitarse a ser un control político, esto es, el control sobre la oportunidad de su dictado. Es pacífico que el Congreso podrá controlar la constitucionalidad del decreto de urgencia, en lo que se refiere al contenido normativo de tal decreto. En suma: un control jurídico constitucional.

Aun cuando refiriéndose a la Carta de 1979, Cantuarias y Oquendo señalan que «todo hace pensar que los decretos presidenciales de urgencia tratan materias normalmente reservadas a la ley; por lo que, de acuerdo a su contenido, son leyes en sentido material, esto es, normas con rango de ley».¹⁵⁶

No es que los decretos de urgencia sólo regulen materias propias de la ley, sino también de las administraciones públicas autónomas (sistema monetario, regulación del crédito, banca, seguros y regulación del sistema financiero, materia presupuestal) que tales administraciones detentan, evidentemente, como contenido de su esfera de competencias materia de naturaleza económica y financiera.

De presentarse los supuestos de carácter económico y financiero habilitantes para la dación de un decreto de urgencia, éste bien podría regular además de las materias propias de la ley, las materias propias y privativas de las aludidas administraciones públicas constitucionales no territoriales y colectividades territoriales.

¹⁵⁶ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y OQUENDO HERAUD, Sergio. «Acerca de los decretos llamados de urgencia y de la adecuación a sus caracteres y peculiar naturaleza sin necesidad de una previa reforma constitucional». En: *Derecho PUCP*. Lima: PUCP, 1991, n.º 45, p. 368.

Es casi unánime en la doctrinal nacional que el ámbito material de los decretos de urgencia es el contenido en el Título III, «Del régimen económico», de la Constitución. Y esto dota de más fuerza a la postura propuesta en el sentido de que los decretos de urgencia no sólo regulan materias propias de ley, sino también ámbitos normativos de carácter económico y financiero privativos de administraciones públicas autónomas, pues el capítulo v («De la moneda y la banca») del aludido Título III diseña, otorga autonomía y competencias a tales administraciones públicas autónomas, como son notablemente los casos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP y del Banco Central de Reserva.

Reitero, no todos los decretos de urgencia regulan materia propia de la ley.

Los decretos de urgencia, al estar dotados de fuerza de ley por el artículo 118.19 de la Constitución (y por los artículos 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y 77 del Código Procesal Constitucional), pueden regular materias sujetas a reserva legal (material o formal). Pero, el asunto va más allá. Podría darse en concreto la posibilidad de que los decretos de urgencia regulen materias que no son propias de la ley congresal, sino que son propias de alguna administración pública constitucionalmente autónoma con competencias administrativas y exclusivas de contenido económico o financiero. Me refiero sobre todo a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, al Banco Central de Reserva y a los entes territoriales.

De presentarse los presupuestos fácticos habilitadores para la dación de los decretos de urgencia, el orden normal de competencias queda subvertido, se configura un régimen de excepción, en su acepción más lata (esa es la *ratio* que se configura como una suerte de medidas de «intervención»). Y a través de estos decretos de urgencia en tanto «medidas», se puede regular sobre materias que son privativas, por ejemplo, del Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca, Seguros

y AFP y eventualmente ajenas a la Ley nacional. La decretación de urgencia constituye, pues, una «técnica normativa de cierre».

Es de la mayor importancia resaltar que en muchos casos los reglamentos dados por instituciones autónomas, territoriales o no territoriales, también constituyen en sentido material auténticas «normas-medida».

Ahora bien, debe ponerse en relieve, aunque hasta donde sabemos la doctrina no ha abordado en el tema, la problemática que se suscita cuando el decreto de urgencia es dictado, diríamos, para normar materia privativa de las regulaciones propias del Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (resoluciones, circulares) y se da una ley del Congreso para derogar o modificar tal decreto de urgencia. Queda claro que una ley del Congreso no podrá modificar o derogar tal decreto de urgencia, pues el Congreso no es competente para regular las materias privativas del Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, siendo ambas administraciones públicas autónomas a nivel constitucional y del bloque legal de constitucionalidad (artículo 3 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva y artículo 346 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP). La fuerza pasiva del decreto de urgencia será pues más fuerte que la fuerza activa de la ley del Congreso. Aunque no quiero agotar el tema, aun cuando siguiendo con esta lógica cabría plantear la posibilidad, dado que el nuestro es un Gobierno descentralizado y unitario a la vez, de que una circular del Banco Central de Reserva o de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP pudiese reivindicar sus competencias, derogando o modificando el decreto de urgencia en cuestión, una vez que la situación de urgencia y excepcional haya sido superada.

En cuanto a los gobiernos regionales el tema es pacífico. Esta herramienta de intervención también se encuentra correctamente consagrada por el artículo 90-A de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales:

Artículo 90-A.- Situaciones extraordinarias y sostenibilidad fiscal. Se dictan medidas temporales y extraordinarias en materia económica y financiera, conforme al inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, cuando los indicadores de desempeño financiero y/o presupuestario de los Gobiernos Regionales comprometan los estándares de gestión previamente establecidos y exista grave riesgo de la economía nacional y del proceso de descentralización. El Congreso tomará conocimiento de dichas medidas y adoptará las decisiones que le correspondan, de acuerdo a la Constitución y la Ley.

En virtud de este apoderamiento, el Gobierno nacional, previos los requisitos fácticos habilitadores, puede suspender, modificar o derogar normas regionales, pues está facultado para actuar positivamente para proteger el interés general, pudiendo restablecer el *statu quo ante* del atentado grave al interés general.¹⁵⁷

Otro supuesto de intervención es el previsto por el tercer párrafo del artículo 75, tercer párrafo, de la Ley Orgánica de Municipalidades, cuyo texto es el siguiente: «Sólo por ley expresa y con las mismas facultades exigidas para la dación de la presente Ley, se establecen regímenes especiales transitorios por los cuales otros organismos públicos pueden ejercer competencias que son exclusivas de las municipalidades. El régimen especial transitorio debe tener un plazo determinado».

Lo que no queda claro es por qué ambos tipos de gobierno territorial se encuentran sujetos a diferentes mecanismos de intervención. ¿Qué justifica este tratamiento diferenciado? ¿Cuál es la *ratio*? ¿Existe una *ratio*?

¹⁵⁷ COSCUELLA MONTAÑÉS, L. «La determinación constitucional de las competencias de las comunidades autónomas». En: *Revista de Administración Pública*, mayo/agosto, 1979, n.º 89, p. 37.

8. ORDENAMIENTOS TERRITORIALES

8.1. *Potestad legislativa y autonomía política*

No quiero empezar esta sección del presente trabajo sin antes citar a García de Enterría cuando, refiriéndose al régimen español, pone de relieve la real importancia y valor determinante de la potestad de los entes territoriales de dar leyes producto de un órgano representativo de la voluntad popular y que en buena cuenta supone el salto de una autonomía meramente administrativa a una autonomía de substrato político.

[Las leyes territoriales] poseen una verdadera substancia política por su misma posición constitucional y, paralelamente, cuentan con un elenco de funciones y de poderes que igualmente tienen naturaleza política, como revela, tanto su extensión e importancia material, como, de manera especial, la circunstancia de que cuentan para la gestión de tales funciones con el poder político por excelencia, que es el Poder Legislativo, el poder de hacer leyes formales y, por tanto, de configurar políticas propias con la máxima amplitud, en cuanto que ordenadas directamente a la Constitución.

De otra parte, resulta curioso que la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales no atribuya valor de ley a las ordenanzas regionales. Entiendo que quizá ello se deba a la mala experiencia que supuso el fallido proceso de regionalización llevado a cabo en los años ochenta del siglo pasado. Los gobiernos regionales resultaron siendo una suerte de feudos assembleístas, generándose así un auténtico caos normativo, agravando la noción más básica de lo que se entiende por seguridad jurídica y toda predictibilidad. Creemos que el autor de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales debió de despojarse de cualquier exceso de *self restraint*, sobre todo si éste se entiende en el sentido del proverbial atributo de las damas victorianas, reconociendo el valor de ley de las ordenanzas regionales y llamando así a las cosas por su nombre.

En el mismo sentido, causa alarma el hecho de que, pese a lo dispuesto por el artículo 74 de la Constitución, que atribuye a los gobiernos regionales la competencia para crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exoneraciones de éstos, «[...] a nivel del bloque legal de constitucionalidad tal atribución ha sido eliminada. El artículo 37.c de la Ley de Bases de la Descentralización establece que son bienes y rentas regionales los tributos creados por ley a favor de los gobiernos regionales. Asimismo, el artículo 38.1 de la Ley de Bases de la Descentralización indica que el Poder Ejecutivo, en el marco de la reforma tributaria y la política de descentralización, propone al Congreso para su aprobación los tributos regionales cuya recaudación y administración será de cuenta directa de los gobiernos regionales».

Pese a todo lo hasta aquí señalado, y no obstante tratarse de un tema eminentemente práctico o de carácter no normativo, debe tomarse en cuenta lo que el informe sobre la *Evaluación del proceso de descentralización a diez años de su inicio* (2013), alude sobre la autonomía política de los entes territoriales: «Los gobiernos regionales y gobiernos locales no podrán ejercer una auténtica autonomía política, administrativa y económica en asuntos de su competencia, así como las funciones que en el marco del proceso de descentralización se les han transferido, mientras mantengan una alta dependencia económica de las transferencias del gobierno nacional».

Llaman mi atención tres normas contenidas en la Ley Orgánica de Municipalidades, que aparentemente degradan a las ordenanzas municipales que de ser dispositivos con valor de ley terminan recibiendo un tratamiento más apropiado para la regulación de actos administrativos. Así, el artículo 129 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece entre los requisitos para la creación de una municipalidad de centro poblado «que la ordenanza municipal de creación quede consentida y ejecutoriada». De otra parte, el artículo 52 de la misma Ley Orgánica de Municipalidades dispone que para plantear una acción de inconstitucionalidad contra una ordenanza municipal se debe agotar la vía

administrativa. El artículo 40 de la Ley Orgánica de Municipalidades dispone que «Las ordenanzas en materia tributaria expedidas por las municipalidades distritales deben ser ratificadas por las municipalidades provinciales de su circunscripción para su vigencia».

Sobre este último tema de naturaleza tributaria es de indicar que en el expediente n.º 007-2001-AI/TC el Tribunal confirmó la constitucionalidad del procedimiento de ratificación de ordenanzas distritales por parte de una municipalidad provincial, señalando que no resulta contrario ni a la garantía institucional de la autonomía municipal ni tampoco al principio de legalidad en materia tributaria.

Este Colegiado sustentó tal interpretación en el hecho de que, en un Estado descentralizado como el peruano, los distintos niveles de gobierno deben apuntar hacia similares objetivos, de modo que el diseño de una política tributaria integral puede perfectamente suponer—sin que con ello se afecte el carácter descentralizado que puedan tener algunos niveles—, la adopción de mecanismos formales, todos ellos compatibles entre sí, lo que implica que un mecanismo formal como la ratificación de ordenanzas distritales por los municipios provinciales coadyuva a los objetivos de una política tributaria integral y uniforme acorde con el principio de igualdad que consagra el artículo 74 de la Constitución.

Y es que la ratificación guarda sustento con la necesidad armonizar y racionalizar el sistema tributario a nivel de municipalidades y evitar así las diferencias irracionales entre las distintas jurisdicciones municipales. Ello, por supuesto, no resta autonomía para la creación de tributos, pero sí ayuda a resguardar que exista un estándar mínimo en los criterios para la determinación de servicios municipales, y a evitar la arbitrariedad en la cuantificación de los mismos.

Los tres artículos de la Ley Orgánica de Municipalidades anteriormente citados no hacen sino confirmar el sesgo *antimunicipal* del le-

gislador orgánico, quien trata a los gobiernos locales como organismos menores, sin mayor capacidad de generar normativa jurídica, sin una verdadera autonomía política y que devienen en meros ejecutores de una voluntad ajena y sujetos a una tutela administrativa. El aludido sesgo (asumimos) se origina en el olvido de que el ejercicio básico de los derechos políticos y civiles fundamentales por parte de los ciudadanos empieza en el nivel de los gobiernos locales.

Dado el errático proceder del legislador, éste, como se ha visto, provee un tratamiento a las ordenanzas propio de un mero acto administrativo (agotamiento de la vía administrativa), disponiendo al mismo tiempo en el artículo 52.1 de la Ley Orgánica de Municipalidades que procede la acción de inconstitucionalidad cuando la ordenanza impugnada contravenga la Constitución. Sólo la Constitución. Así, de la lectura de tal artículo se desprende que las ordenanzas municipales no están inmersas en una relación de subordinación jerárquica con la ley, en cualquiera de sus formas; ello, sin perjuicio de la función constitucional que despliega el bloque legal de la Constitución. De este modo, resulta paradójal que la Ley Orgánica de Municipalidades regule en el mismo artículo a las ordenanzas como si éstas fueran actos administrativos (resoluciones de alcaldía) y, a la vez, de modo esquizofrenógeno, como normas con valor de ley y primarias, al incardinarse inmediatamente subordinadas a la Constitución.

También llama mi atención el texto del artículo 9.13 de la Ley Orgánica de Municipalidades cuando dispone que corresponde al concejo municipal «aprobar los proyectos de ley que en materia de su competencia sean propuestos al Congreso de la República».

Por su parte, el artículo 40 de la misma Ley Orgánica de Municipalidades define a las ordenanzas municipales del modo siguiente: las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal por medio de las cuales

se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa.

Ya he indicado que las ordenanzas municipales tienen valor de ley dentro de su ámbito de competencias y territorio. Ello concuerda con lo establecido en el citado artículo 40. Sin embargo, toda esta construcción, esto es, reconocer valor de ley a las ordenanzas, se descompensa y es arrasado como un infantil castillo de arena cuando el artículo 9.13 de la Ley Orgánica de Municipalidades dispone, como hemos visto, que corresponde al concejo aprobar proyectos de ley «que en materia de su competencia sean propuestos al Congreso de la República».

En rigor, y tratando de dar algún sentido a este conflicto de normas, creemos que el citado artículo 9.13 al aludir a «competencia» se refiere efectivamente a competencias propias de los gobiernos locales. Sin embargo, si bien se trata de competencias territoriales, su ejercicio en el caso de los gobiernos locales no corresponde ni se ejerce mediante legislación, sino a través, por ejemplo, de la función reglamentaria o, en su caso, de ejecución mediante el dictado de actos administrativos. Se trataría, pues, de una competencia compartida entre el Gobierno nacional y el ente territorial. El Gobierno nacional sería competente para dictar la legislación de que se trate y a los gobiernos locales correspondería la reglamentación o, también, la ejecución administrativa, de acuerdo al reparto hecho por la Constitución y el bloque legal de constitucionalidad.

Con todo, y como ya lo he sostenido, la facultad de dictar ordenanzas municipales (normas con valor de ley) por parte de los concejos municipales que son elegidos democráticamente, supone que nos encontremos ante una auténtica autonomía, no sólo administrativa y económica, sino, señaladamente, de naturaleza política. Dicho esto, cabe preguntarse si la participación de vecinos en algunas tomas de decisiones (en esto es ubérrima la Ley Orgánica de Municipalidades)

puede configurar una afirmación y *potencialización* más rotunda de la autonomía política.

Sobre el particular, el informe *Elementos y consideraciones para la gestión descentralizada*, elaborado por el Consejo Nacional de Educación y Usaid, dispone que:

Otro aspecto importante que se da en el nivel local, como expresión importante de la descentralización en su dimensión política, es la participación y control vecinal; pues los vecinos intervienen de manera individual o colectiva en la gestión administrativa y de gobierno municipal a través de mecanismos de participación vecinal y del ejercicio de derechos políticos, de conformidad con la constitución y la respectiva ley de la materia. Es así que la Ley Orgánica de Municipalidades, por un lado regula aspectos sobre la participación vecinal como el ejercicio del derecho de participación, la iniciativa en la formación de dispositivos municipales (los vecinos plantean la adopción de una norma legal de cumplimiento obligatorio), derecho de referéndum (para que el pueblo se pronuncie con carácter decisorio respecto a la aprobación o desaprobación de ordenanzas regionales, excepto de naturaleza tributaria), juntas vecinales comunales (se constituyen a propuesta del alcalde, de los regidores o a petición de los vecinos, se encargan de la supervisión de servicios públicos locales, cumplimiento de las normas y ejecución de obras municipales y otros servicios que se indiquen de manera precisa en la ordenanza de su creación), comités de gestión (para coparticipación de los vecinos, para la ejecución de obras y gestiones de desarrollo económico, son establecidos por resolución municipal señalando los aportes de la municipalidad, los vecinos y otras instituciones), derecho de denunciar infracciones y a ser informado, cabildo abierto (instancia de consulta directa del gobierno local al pueblo, convocada con un fin específico), participación local del sector empresarial (los empresarios, en forma colectiva, participan en la formulación, discusión, concertación y control de los planes de desarrollo económico local); y por otro lado los derechos de control vecinal como la revocatoria (siendo

el mandato de alcaldes y regidores irrenunciable y revocable de acuerdo a las normas prevista en la Constitución y la ley en la materia) y la demanda de rendición de cuentas (Título III de la Ley Orgánica de Municipalidades).¹⁵⁸

Entre otros, los siguientes artículos de la Ley Orgánica de Municipalidades aluden y promueven la participación vecinal:

- Artículo IX.- Planeación local.
- Artículo 98.- Consejo de Coordinación Local Provincial.
- Artículo 102.- Consejo de Coordinación Local Distrital.
- Artículo 106.- La Junta de Delegados Vecinales Comunes.
- Artículo 111.- Participación y control vecinal.
- Artículo 114.- Iniciativa en la formación de dispositivos municipales.
- Artículo 115.- Derecho de referéndum.
- Artículo 116.- Comités de gestión.
- Artículo 118.- Derecho de denunciar y a ser informado.
- Artículo 119.- Cabildo abierto.
- Artículo 120.- Participación local del sector empresarial.
- Artículo 122.- Revocatoria del mandato.

El término descentralización supone fundamentalmente la creación de personas jurídicas nítidamente deslindables del ente que les da origen, desapoderándose este último de parte de sus propias competencias. Ello supone un notable plus con relación a una mera delegación. Así, la institución descentralizada detenta el atributo de adoptar decisiones definitivas dentro de su ámbito de despliegue o desenvolvimiento.

Como ya lo indiqué, pieza de contraste de la descentralización es el concepto de desconcentración. Por este último, Jiménez Nieto entiende acertadamente:

¹⁵⁸ CONSEJO NACIONAL DE EDUCACIÓN y USAID. *Elementos y consideraciones para la gestión descentralizada*. Octubre 2012, p. 27.

«La delegación de autoridad administrativa por decisión del gerente institucional a favor de sus órganos auxiliares o de línea, a los efectos pragmáticos de una mayor eficiencia funcional, recomendable por la naturaleza misma de la actividad o por la dispersión geográfica del ámbito institucional. Cualquier entidad, centralizada o descentralizada, puede desconcentrar sus órganos a tal fin».¹⁵⁹

Es de mencionar el término «deslocalización», que alude al mero desplazamiento en el espacio o territorio de determinadas sedes o centros de dirección o de producción. Cuando un organismo gubernamental o una empresa cambian de lugar en cuanto a la ubicación de sus sedes, y por más que lo hagan desde un centro capitalino a una ciudad del interior, no puede hablarse propiamente de descentralización. En el Derecho peruano constituye un supuesto emblemático de deslocalización el hecho de que el Tribunal Constitucional tenga su sede en la ciudad de Arequipa (Bustamante Belaunde, Luis).¹⁶⁰

La deslocalización no supone, pues, la delegación de competencias al interior de una institución, menos aun la creación de una persona jurídica, a la que se le transfieren competencias. La deslocalización supone únicamente el traslado físico de una institución de una localidad o circunscripción a otra.

Ahora bien, la descentralización puede ser de naturaleza política o administrativa. Por el momento nos limitaremos a señalar que cuando la descentralización es de naturaleza política, tal naturaleza debe ser reconocida necesariamente por la Constitución y su regulación agotada por el bloque legal de constitucionalidad. Aun cuando podría decirse que se trata de un requisito meramente formal, no se puede dejar de considerarlo, pues es tarea esencial de la Constitución precisar los ór-

¹⁵⁹ JIMÉNEZ NIETO, Juan Ignacio. «Política y Administración». En: separata *Derecho Administrativo*. Lima: PUCP, 1982, 11.1.1 y ss.

¹⁶⁰ BUSTAMANTE BELAUNDE, Luis. «La descentralización política en la regionalización». En: *Thémis*. Lima: PUCP, 1988, p. 54.

ganos competentes (niveles de gobierno), para el cumplimiento de sus recíprocos fines. Pero de ello me ocuparé más adelante.

Tal como lo hemos indicado, las personas jurídicas que se originan en un proceso descentralizador, pueden detentar o bien el atributo de la autonomía —sea política o administrativa— o el atributo de autarquía.

Debe precisarse, asimismo, que la autarquía bajo ningún supuesto puede ser considerada como producto de un proceso de desconcentración. La autarquía supone siempre una previa descentralización. Previa descentralización de la cual nace el atributo de la personalidad jurídica. De la desconcentración —operación típicamente intrainstitucionalidad— sólo pueden originarse subcentros administrativos estrictamente subordinados al órgano matriz, del cual son meros ejecutores de su voluntad.

Efecto del diseño de Estado descentralizado con pluralidad de ordenamientos jurídicos —léase instituciones—, ordenamientos con un sistema de fuentes y un acervo de competencias, será la alteración de los principios tradicionales para explicar las relaciones internormativas, mediante una menor relevancia de la idea de jerarquía, y sus variantes, que en lo sucesivo habrá de compartir su función informadora con el criterio de competencia y función constitucional.

En efecto, de poco sirve aplicar el principio de jerarquía cuando lo que hace la Constitución es atribuir ámbitos competenciales y diseñar un sistema privativo de fuentes a favor de diferentes ordenamientos, produciéndose, de este modo, una relación de separación y lateralidad, y no jerárquica entre ellos. Así, por ejemplo, en el sistema jurídico nacional existen normas de carácter nacional, regional y local, entre las cuales, en principio, no existe una relación jerárquica sino de lateralidad y separación. Entiendo que ésta es la única forma de asegurar una efectiva descentralización del poder, en más de los casos, poder político, teniendo como únicos límites la Constitución, en tanto supraordena-

miento, el bloque legal de la constitucionalidad, el principio de unidad, coordinación y cooperación, y, señaladamente, el resto de los principios generales y fundamentales que informan a la Constitución misma y que dotan de coherencia a la totalidad de ordenamientos.

En las relaciones entre pluralidad de ordenamientos no existe, pues, en principio, posibilidad de aplicar la idea de jerarquía, pero ésta sí se activa y se aplica al interior de cada ordenamiento. Así, el decreto de alcaldía se encuentra jerárquicamente subordinado a la ordenanza municipal tal como lo está el decreto supremo (reglamento ejecutivo) a la ley parlamentaria. Y, claro está, todos los ordenamientos y sus respectivos sistemas de fuentes se subordinan a la Constitución en cuanto supraordenamiento.

Con justa razón Luis Bustamante Belaunde opina que:

«La descentralización, en efecto, implica pluralidad de instituciones productoras de normas con rangos jerárquicos equivalentes. Pero también supone que ellos no se refieran a las mismas materias. La clase de la descentralización radica, ciertamente, en una adecuada previsión de las materias que constituyen las competencias específicas para cada uno de los niveles con capacidad normativa».¹⁶¹

Ello es rigurosamente cierto; mas no suficiente. Por más preciso que resulte el reparto constitucional de competencias no puede hacerse un corte «limpio» de las mismas. Así, siempre queda latente la posibilidad de que coincidan en ciertos aspectos o que se solapen.

De otra parte, es de precisar que el concepto angular sobre el que descansa cualquier proceso descentralizador es el de autonomía. Como ya hemos visto, por autonomía se entiende el poder conferido por el ordenamiento jurídico superior a favor de determinadas instituciones de

¹⁶¹ *Ibidem.*

autonormarse (etimológicamente no es más que la capacidad de darse leyes a sí mismo), esto es, el poder de dictar normas jurídicas que han de tener relevancia respecto a los administrados y siempre dentro del ámbito de respectivos fines de interés.

Es por ello que la autonomía, sea de naturaleza política o administrativa, debe ser atribuida por la Constitución en tanto fuente de fuentes y competencia de las competencias, y agotada por el bloque legal de constitucionalidad. Pieza de contraste de la autonomía es la idea de autarquía (poder de administrarse a sí mismo), y que no supone la capacidad de dictar normas jurídicas sino meros actos administrativos. La autarquía, en consecuencia, puede ser reconocida o atribuida por el legislador ordinario.

El artículo 191 de la Constitución dota a los gobiernos regionales de autonomía política, económica y administrativa. El artículo 2 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales dispone que «Los Gobiernos Regionales emanan de la voluntad popular. Son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, económica y administrativa en asuntos de su competencia, constituyendo, para su administración económica y financiera, un Pliego Presupuestal». En lo que respecta a los gobiernos locales, el artículo 194 de la Constitución señala que «Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley».

Adicionalmente, el artículo II de la Ley Orgánica de Municipalidades refiere que: «Los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico».

Se debe considerar el origen constitucional de la autonomía de los entes territoriales, la composición y funcionamiento de sus órganos. Además, se debe analizar la relación de estos gobiernos con otros poderes públicos, la naturaleza o contenido de sus competencias privativas y, con ellas, la posibilidad de dar leyes que encuentran su origen en asambleas originadas en el sufragio. Esto, sin duda, refuerza el substrato político a la autonomía de la cual estos gobiernos están dotados.

Santiago Muñoz Machado afirma que «la autonomía política implica la detentación de un mayor grado de la facultad de dirección política de la Comunidad beneficiada de la autonomía y, en consecuencia, es lógico que esté en su dominio el instrumento por el que se canalizan las decisiones fundamentales, la ley en definitiva».¹⁶²

En lo que se refiere a la potestad de dictar leyes —poder, en estricto, político— que detentan los gobiernos territoriales, es de indicar, como ya se precisó, que estos productos normativos válidamente pueden ser equiparados en cuanto a su valor o rango jerárquico a la ley estatal. Me atrevería a llamarlas «leyes formales».

En efecto, se trata de fuentes primarias, esto es, inmediatamente subordinadas a la Constitución. Por ello, tanto las ordenanzas municipales como las regionales se ubican en una posición de lateralidad respecto a la ley nacional y todas ellas en una posición equidistante a la norma constitucional. En la estructura normativa a que se refiere el artículo 51 de la Constitución, estas normas territoriales se incardinan en el nivel de «ley», sin perjuicio de las precisiones que se harán más adelante.

No obstante lo indicado, no puede dejar de considerarse el hecho de que al encontrarse la ley nacional más próxima a las materias que se vinculan al interés general de toda la nación, esto es, por ejemplo, a la idea de soberanía, defensa, seguridad interna, relaciones exteriores,

¹⁶² MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Derecho Público de las comunidades autónomas*. Madrid: Civitas, 1982, tomo 1, p. 387.

decimos, pueden detentar mayor importancia o relevancia que las leyes territoriales.

Es nítido el origen democrático de las leyes territoriales. Así, tanto en los consejos regionales como en los concejos municipales se configura un juego de mayorías y minorías que representan la voluntad popular en la comunidad que consejeros y concejales representan. En rigor, no estamos hablando de reglamentos. Los reglamentos resultan siendo producto de la ocurrencia de un funcionario, estando éste obligado a justificar su decisión en cada oportunidad luego de un procedimiento burocrático interno.

Según Zás Friz:

«[El] fundamento de esta politicidad (su elemento esencial) está dado por la elección directa de representantes que una comunidad local o intermedia realiza a través de su cuerpo electoral. La importancia de la elección directa de las autoridades de una corporación territorial fue tomada ya en consideración por la teoría de la descentralización administrativa, cuyo exponente histórico principal fue Hauriou, quien consideró que el carácter electivo de las autoridades locales era el elemento más destacado y el que definía la descentralización».¹⁶³

Con relación a los gobiernos regionales como órganos productores de normas con rango de ley, el Tribunal Constitucional ha referido que:

La creación de gobiernos regionales con competencias normativas comporta la introducción de tantos subsistemas normativos como gobiernos regionales existan al interior del ordenamiento jurídico peruano. Tal derecho regional, sin embargo, tiene un ámbito de vigencia y aplicación delimitado territorialmente

¹⁶³ ZÁS FRIZ BURGA, Johnny. «La autonomía política y sus elementos. Una introducción conceptual para el estudio de los gobiernos subnacionales». En: *Derecho PUCP*. Lima: 1999, n.º 52, p. 476.

a la circunscripción de cada gobierno regional, además de encontrarse sometido a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional, particularmente, a la Ley de Bases de la Descentralización y a la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. (Expediente n.º 0047-2004-AI/TC).

Tal como se ha señalado, es a la norma constitucional y al bloque legal de la constitucionalidad a los que corresponde diseñar el sistema de fuentes y las competencias que han de ser ejercidos a través del aludido sistema. La potestad legislativa de los entes territoriales no es excepción. Así, el artículo 38 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales dispone que: «Las Ordenanzas Regionales norman asuntos de carácter general, la organización y la administración del Gobierno Regional y reglamentan materias de su competencia».

Así, el Tribunal Constitucional ha definido a las ordenanzas regionales disponiendo que:

Sobre la base de su autonomía política, los gobiernos regionales se constituyen en los órganos productores de normas regionales de carácter general con rango de ley, las cuales en nuestro sistema de fuentes se denominan ordenanzas regionales, conforme al artículo 37 de la Ley n.º 27867, Ley Orgánica de Regiones. Al respecto, el artículo 38 de la misma ley señala que: Las Ordenanzas Regionales norman asuntos de carácter general, la organización y la administración del Gobierno Regional y reglamentan materias de su competencia. (Expediente n.º 0047-2004-AI/TC).

El artículo 40 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece que:

Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa. Mediante ordenanzas se crean, modifican, suprimen

o exoneran los arbitrios, tasas, licencias, derechos y contribuciones, dentro de los límites establecidos por ley.

En cuanto a las ordenanzas municipales, el mismo Tribunal ha dispuesto que:

La fuerza o el valor de ley de estas normas se determina por el rango de ley que la propia Constitución les otorga —artículo 200, inciso 4 de la Constitución—. Se trata, por tanto, de normas que, aun cuando no provengan de una fuente formal como la parlamentaria, son equivalentes a las emitidas por ella y, como tales, se diferencian por el principio de competencia y no por el de jerarquía normativa. De este modo, la ordenanza, en tanto ley municipal, constituye un instrumento importante a través del cual las municipalidades pueden ejercer y manifestar su autonomía. (Expediente n.º 0047-2004-AI/TC).

De otro lado, y como ya se indicó, el artículo 200 de la Constitución dispone que son materia de la acción de inconstitucionalidad, entre otras, las normas regionales de carácter general y las ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma y en el fondo, característica ésta de las normas que detentan valor y rango de ley, y en algunos casos tan sólo apariencia de ley.

Mediante la facultad que detentan tanto los gobiernos locales como los gobiernos regionales —de acuerdo al artículo 74 de la Constitución— para crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley, pueden cubrir válidamente la reserva de ley dispuesta por el mismo artículo constitucional.

Vinculado con el punto anterior se puede indicar que las leyes territoriales, a través de un poder de supremacía general y dentro de su territorio, pueden afectar la actuación del común de los ciudadanos, bien sea en las relaciones recíprocas entre éstos, bien sea en su relación con el gobierno territorial.

Más adelante, y dentro del mismo expediente citado, el Tribunal Constitucional resolvió que:

Dado que las ordenanzas regionales son normas con rango de ley (artículo 200.4 de la Constitución), no se encuentran jerárquicamente subordinadas a las leyes nacionales del Estado, por lo que para explicar su relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia, pues tienen un ámbito normativo competencial distinto. Lo cual no significa que éste pueda ser desintegrado, ni mucho menos, contrapuesto. De hecho —según se ha podido referir, y respecto de lo cual a continuación se profundizará—, en tanto existen leyes a las que la Constitución ha delegado la determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales, los gobiernos regionales no pueden expedir ordenanzas que resulten contrarias a ellas, so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad indirecta.

Al respecto, es de precisar que la relación entre ordenanzas y las normas que integran el bloque legal de constitucionalidad en modo alguno es una de jerarquía. Aun cuando es cierto que el bloque legal de constitucionalidad detenta supremacía sobre las ordenanzas, esa supremacía en modo alguno tiene la naturaleza de jerárquica. El bloque legal de constitucionalidad cumple una función en la estructura normativa, una función de naturaleza constitucional, pues el aludido bloque lleva a término el reparto de competencias y el diseño de fuentes. En rigor, se trata de una supremacía, no jerárquica, sino de carácter material. Queda claro que una típica relación de jerarquía, como lo es entre ley formal y reglamento, no se asemeja ni por asomo a la relación que se configura entre la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales con las ordenanzas regionales. Nótese que la sentencia en ningún momento alude a la idea de jerarquía en cuanto a la relación de la ordenanza con el bloque legal de constitucionalidad. Lo aquí dicho es perfectamente aplicable a la relación entre la Ley Orgánica de Municipalidades y las ordenanzas municipales.

De afirmarse un valor equivalente entre ley territorial y ley nacional se debe asumir el poder que detentaría la primera para modificar, suspender o derogar la ley nacional que verse sobre materias que ya forman parte del acervo competencial del ente territorial y cuyos efectos sólo se desplieguen en el territorio del gobierno local o gobierno regional. Sin embargo, el artículo 36 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales establece que: «Las normas y disposiciones del Gobierno Regional se adecuan al ordenamiento jurídico nacional, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro Gobierno Regional ni de los otros niveles de gobierno».

Discrepamos con esta disposición. Bien podría ser el caso de que un aspecto de la realidad, antes de la dación de la Constitución y del bloque legal de constitucionalidad, hubiese sido regulado por una ley nacional cuya eficacia se circunscriba a la jurisdicción del ente territorial de que se trate. Una vez operada la transferencia de competencias entiendo que el ente territorial podría válidamente derogar o modificar la ley nacional. Caso contrario, tal ley nacional continuará regulando materias propias del ente territorial *ad infinitum*, pese a que estas (las materias) configurarían la concreción de los respectivos fines de interés del ente territorial. Así las cosas, habría que esperar a que el legislador nacional buenamente (*ad libitum*) derogue tal ley nacional, dejando, de este modo, sumido en parálisis al ente territorial. Queda claro que lo que propongo en modo alguno contraviene lo dispuesto por el artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil, pues en el caso que planteamos una norma con valor de ley, como es el caso de la ordenanza, estaría derogando la ley nacional (incompetencia sobreviniente).

El artículo 45.b.1 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales se refiere a la función normativa y reguladora de los gobiernos regionales, los cuales elaboran y aprueban normas de alcance regional, regulando los servicios de su competencia. Esta función normativa y reguladora se deslinda nítidamente de la función de planeamiento recogida en el artículo 45 b.2, la misma que desarrollaremos más adelante. Así, el bloque

legal de constitucionalidad otorga a los gobiernos regionales facultades normativas sobre algunas materias. Por ejemplo, el artículo 47.e) de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales prevé como facultad normativa de las regiones regular los servicios referidos a la educación inicial, primaria, secundaria y superior no universitaria, en coordinación con el gobierno local y en armonía con la política y normas del sector correspondiente y las necesidades de cobertura y niveles de enseñanza de la población. Más allá de la escasez de materias sujetas a la normatividad originaria de la región, creo que es importante precisar cuál es la fuente formal por la cual la región ha de ejercer esta facultad normativa.

Para tal efecto revisamos la definición de las ordenanzas regionales y decretos regionales:

Artículo 38.- Ordenanzas Regionales

Las Ordenanzas Regionales *norman asuntos de carácter general*, la organización y la administración del Gobierno Regional y reglamentan materias de su competencia. (cursivas mías).

Artículo 40.- Decretos Regionales

Los Decretos Regionales *establecen normas reglamentarias para la ejecución de las Ordenanzas Regionales*, sancionan los procedimientos necesarios para la Administración Regional y *resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés ciudadano*. (cursivas mías).

Más allá de la relación que se da entre ordenanza y decreto, cuando este último desarrolla el contenido de la primera en su calidad de reglamento ejecutivo, existe entre ambas fuentes una «comunidad material» al ser competentes —palabras más, palabras menos— para normar «asuntos de orden general» y «asuntos de carácter general».

Y el tema de «comunidad material» nos lleva a considerar que estamos en un campo donde la idea de jerarquía prevalece. En tal sentido, además de alguna esporádica reserva material a favor de las ordenanzas, entiendo que en este caso la reserva formal es la que prevalece. Cual-

quier materia que regule originariamente la ordenanza y que no haya sido objeto de regulación con anterioridad (*lege silente*) configurará una «congelación del rango». Vale decir, el decreto no podrá irrumpir en tal materia, le estará vedada. En el mejor de los casos, el decreto reglamentará la ordenanza de que se trate sin transgredirla ni desnaturalizarla. En caso contrario, si determinada materia ha sido originariamente normada o regulada por decreto regional (reglamento independiente), no será problema que una ordenanza regional, por ser jerárquicamente superior, pueda modificar, suspender o derogar tal decreto.

Ya hemos indicado que el artículo 118.9 de la Carta vigente regula los decretos de urgencia. Y el artículo 90-A de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales los ha recogido y previsto como una pieza de intervención a los gobiernos regionales. El citado artículo además amplía los presupuestos fácticos habilitadores señalados como causal para la dación de decretos de urgencia, «cuando los indicadores de desempeño financiero y/o presupuestario de los Gobiernos Regionales comprometan los estándares de gestión previamente establecidos y exista grave riesgo de la economía nacional y del proceso de descentralización».

Pese a la generalidad que esto supone, creemos que hubiese sido posible establecer como supuesto habilitador, aun cuando se trate de un concepto indeterminado, «agraviar o atentar gravemente contra el interés económico o financiero de la Nación». Así, este poder de intervención sería una auténtica «técnica normativa de cierre».

En virtud de este apoderamiento, el Gobierno nacional, previos los requisitos fácticos habilitadores, puede suspender, modificar o derogar normas regionales, pues está facultado para actuar positivamente para proteger el interés general, pudiendo restablecer el *statu quo ante* del atentado grave al interés general.¹⁶⁴

¹⁶⁴ COSCUELLA MONTANER, L. «La determinación constitucional de las competencias de las comunidades autónomas». En: *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto 1979, n.º 89, p. 37.

Otro supuesto de intervención es el previsto por el tercer párrafo del artículo 75 de la Ley Orgánica de Municipalidades, cuyo texto es el siguiente:

Sólo por ley expresa y con las mismas facultades exigidas para la dación de la presente Ley, se establecen regímenes especiales transitorios por los cuales otros organismos públicos pueden ejercer competencias que son exclusivas de las municipalidades. El régimen especial transitorio debe tener un plazo determinado.

Esta norma resulta curiosa, pues no prevé cuáles son las causales o supuestos habilitadores para su dación. No hay supuesto de hecho. Esto es, queda estrictamente al libre albedrío del legislador, y de manera *ad libitum*, determinar la oportunidad para la intervención del gobierno local de que se trate.

Finalmente, y sin perjuicio de la función de planeamiento, alarma sobremanera la diminuta atribución de facultades normativas a favor de las regiones para el ejercicio de las competencias materiales asignadas. Las facultades a favor de las regiones de carácter extranormativo son abundantes. Las facultades o atribuciones que abundan son, verbigracia, coordinar, gestionar, dirigir, evaluar, fomentar, calificar, controlar, aprobar, administrar, ejecutar, supervisar, promover, facilitar, autorizar, fortalecer, contribuir, erradicar, implementar. En suma, funciones de ejecución y gestión.

8.2. Potestad reglamentaria y autonomía administrativa territorial

Pero conjuntamente con este substrato político, tanto los gobiernos locales como regionales detentan adicionalmente un ámbito de actuación administrativa (*imperium*: facultades normativas, regulatorias, supervisoras y de fiscalización).

Tal como ha quedado expresado, la autonomía administrativa, en contraste con la autarquía, supone necesariamente, además de la fa-

cultad de dictar actos administrativos, la facultad de dictar auténticos reglamentos que van más allá del plano doméstico (*ad extra*) o que sus efectos no se circunscriben a relaciones de sujeción especial con algunos administrados.

El artículo 9.2 de la Ley de Bases de la Descentralización define la autonomía administrativa como «la facultad de organizarse internamente, determinar y reglamentar los servicios públicos de su responsabilidad».

En lo que respecta a los gobiernos locales, el artículo II, parte final, de la Ley Orgánica de Municipalidades dispone que: «La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico».

El artículo 195 de la Constitución dispone que los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. Adicionalmente, el mismo artículo constitucional precisa que los gobiernos locales son competentes, entre otras materias, para aprobar su organización interna y su presupuesto, administrar sus bienes y rentas, organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad, fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura local, desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.

Por su parte, el artículo 6 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece que la alcaldía es el órgano ejecutivo del gobierno local. El

alcalde es el representante legal de la municipalidad y su máxima autoridad administrativa.

En lo que al concejo municipal se refiere, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Municipalidades lo regula del modo siguiente: «El concejo municipal, provincial y distrital, está conformado por el alcalde y el número de regidores que establezca el Jurado Nacional de Elecciones, conforme a la Ley de Elecciones Municipales. Los concejos municipales de los centros poblados están integrados por un alcalde y 5 (cinco) regidores. El concejo municipal ejerce funciones normativas y fiscalizadoras».

Conforme al artículo 19 de la Ley Orgánica de Municipalidades, los siguientes incisos contienen competencias de orden administrativo a cargo de los concejos: 3, 4, 5, 7, 11, 15, 17, 18, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 32. No incluimos la aprobación de planes y políticas, pues los mismos son aprobados mediante ordenanzas, y las ordenanzas son leyes, en modo alguno reglamentos, en su acepción jurídica rigurosa.

El artículo 39 de la Ley Orgánica de Municipalidades señala que:

Los concejos municipales ejercen sus funciones de gobierno mediante la aprobación de ordenanzas y acuerdos. Los asuntos administrativos concernientes a su organización interna, los resuelven a través de resoluciones de concejo. El alcalde ejerce las funciones ejecutivas de gobierno señaladas en la presente ley mediante decretos de alcaldía. Por resoluciones de alcaldía resuelve los asuntos administrativos a su cargo.

Entiendo que el artículo 39 ya citado, constituye una auténtica clave de bóveda a efectos de comprender el carácter bifronte de los gobiernos locales. De una parte encontramos las ordenanzas como fuente de mayor jerarquía al interior del ordenamiento jurídico municipal. De otra parte se alude a decretos de alcaldía —en rigor, reglamentos—, los cuales se originan en la actuación administrativa de los alcaldes. En cuanto a las resoluciones de alcaldía, queda claro que las mismas aprue-

ban actos administrativos, los que a diferencia de los decretos de alcaldía no constituyen normas jurídicas que innovan el ordenamiento, sino que se limitan a ser una mera aplicación de éste, como es el caso de los actos administrativos.

El artículo 42 de la Ley Orgánica de Municipalidades define los decretos de alcaldía en cuanto establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente administración municipal, y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario que no sean de competencia del concejo municipal.

Sólo quiero resaltar que el artículo citado establece, entre otros aspectos, que los decretos de alcaldía son en rigor reglamentos ejecutivos. Esto es, normas administrativas destinadas a facilitar la aplicación y llevar a sus consecuencias prácticas a las normas supraordenadas, en este caso, las ordenanzas.

Es el artículo 41 de la Ley Orgánica de Municipalidades el que define los acuerdos del modo siguiente: «Los acuerdos son decisiones, que toma el concejo, referidas a asuntos específicos de interés público, vecinal o institucional, que expresan la voluntad del órgano de gobierno para practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional».

Cabe preguntarse si los acuerdos son reglamentos o actos administrativos. Cabe preguntarse también si los acuerdos contienen normas jurídicas, vale decir, si son preceptos innovadores del ordenamiento jurídico, derogando normas, creando supuestos nuevos, habilitando relaciones o actos hasta ese momento no previstos. Por lo pronto, me atrevería a afirmar que los acuerdos contienen actos administrativos. Así, son materia de acuerdos: fijar las dietas de los regidores (artículo 12 de la Ley Orgánica de Municipalidades); fijar la remuneración del alcalde (artículo 21 de la Ley Orgánica de Municipalidades); declarar la

vacancia del cargo de alcalde o regidor (artículo 23 de la Ley Orgánica de Municipalidades); suspender el ejercicio del cargo de alcalde o regidor (artículo 25 de la Ley Orgánica de Municipalidades); las decisiones de concesión de nuevos proyectos, obras y servicios públicos existentes o por crear (artículo 33 de la Ley Orgánica de Municipalidades); crear empresas municipales (artículo 35 de la Ley Orgánica de Municipalidades); disponer de los bienes municipales (artículo 59 de la Ley Orgánica de Municipalidades); o decidir la donación de bienes de propiedad municipal (artículo 68 de la Ley Orgánica de Municipalidades).

Adicionalmente, los acuerdos contienen declaraciones líricas, retóricas y protocolares de carácter simbólico, sin virtualidad normativa alguna. Más adelante nos extenderemos sobre este tema.

Se debe incidir en que el atributo de autonomía administrativa supone, pues, no sólo la facultad de determinado órgano para dictar actos administrativos (actos ordenados) y gestionar y proveer bienes públicos y servicios públicos, sino la fundamental capacidad de dictar reglamentos destinados al cumplimiento de sus respectivos fines de interés. Es de precisar que no todos los reglamentos que se dan en el sistema detentan la naturaleza de «reglamentos ejecutivos», pues como ya se ha dicho, en muchos casos tales reglamentos tienen la naturaleza de «medidas».

En cuanto a los gobiernos regionales, es el artículo 191 de la Constitución el que prevé que éstos tienen autonomía administrativa en los asuntos de su competencia. Por su parte, el artículo 192 de la Constitución dispone que los gobiernos regionales promuevan el desarrollo y la economía regional, fomenten las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo. Sobre las políticas y los planes de desarrollo me encargo en la siguiente parte del presente trabajo.

A nivel legislativo, aun cuando formando parte del bloque legal de constitucionalidad, tenemos el artículo 2 de la Ley Orgánica de Go-

biernos Regionales el cual establece que: «Los Gobiernos Regionales emanan de la voluntad popular. Son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, económica y administrativa en asuntos de su competencia, constituyendo, para su administración económica y financiera, un Pliego Presupuestal».

De los artículos citados queda en evidencia que los gobiernos regionales, además de ser entidades de sustrato político —lo que les permite dar ordenanzas con valor de ley las mismas que se originan en un colegiado democrático—, tienen un sustrato administrativo. Ello queda claro debido a dos razones: tienen personalidad jurídica de derecho público y, señaladamente, están dotados de autonomía administrativa. Una faz de su naturaleza bifronte es por fuerza que los diferentes gobiernos regionales, detentan la naturaleza de administraciones públicas, autónomas y territoriales.

El artículo 192 de la Constitución señala las siguientes competencias administrativas de los gobiernos regionales:

1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.
2. Administrar sus bienes y rentas.
3. Regular y otorgar las autorizaciones, licencias y derechos sobre los servicios de su responsabilidad.
4. Dictar las normas inherentes a la gestión regional.
5. Promover actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley.
6. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional.

Nótese que en el listado detallado de competencias administrativas que he hecho no he incluido a los planes y políticas nacionales, secto-

riales y regionales. La aprobación de los planes regionales se formaliza a través de ordenanzas regionales. Las ordenanzas no forman parte del ordenamiento «administrativo» de las regiones. Las ordenanzas son leyes y, como se ha dicho, corresponden a la faz política del carácter bifronte de las regiones.

En cuanto al ordenamiento normativo administrativo regional, se puede señalar que el mismo es encabezado por los decretos regionales. Según el artículo 40 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, los decretos regionales establecen normas reglamentarias para la ejecución de las ordenanzas regionales, sancionan los procedimientos necesarios para la administración regional y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés ciudadano.

Quiero poner de relieve dos aspectos de los decretos regionales. Primero, se trata de decretos que, en parte, tienen la naturaleza de «ejecutivos». Son decretos ejecutivos aquellos «fenómenos normativos de segundo orden» que tienen la virtualidad de desarrollar, con rigurosa sujeción, a la ley (ordenanza), concretizando y facilitando la aplicación de ésta, y llevando su cumplimiento a las consecuencias prácticas.

Segundo, conforme al mismo artículo 40 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, «los Decretos regionales sancionan los procedimientos necesarios para la Administración Regional». Esta potestad se refiere al poder de toda administración pública para autoorganizarse («reglamentos administrativos»), no afectando mediante ésta en modo alguno al común de los ciudadanos (ámbito de impotencia), sino al propio personal y en algunos supuestos afectando a determinados administrados mediante una relación de especial sujeción o supremacía. Algunos autores sostienen que esta capacidad de autorregulación, al tener efectos tan limitados, no constituye auténticas normas jurídicas. Otro sector de la doctrina va más allá y postula que la potestad de la administración pública para autoorganizarse es inherente a toda administración pública.

Discrepamos. Todas y cada una de las potestades que detentan la pluralidad de administraciones públicas deben ser positivamente atribuidas a éstas por el ordenamiento, ordenamiento al cual están sujetas las administraciones públicas —en tanto personas jurídicas— en toda actuación. El Derecho Público es rigurosamente atributivo. Poder no dado, poder denegado.

Sabemos que los decretos regionales se relacionan a través de una sujeción jerárquica con las ordenanzas regionales. Es, pues, una relación de jerarquía y el dato primario para aplicar este principio es que tanto las ordenanzas como los decretos regionales pertenecen al mismo ordenamiento y comparten un ámbito de acción material aunque con diferentes atributos.

¿Cómo se da la relación entre los decretos supremos y los decretos regionales? Ambas fuentes pertenecen a distintos ordenamientos, entre ellas está de más todo esfuerzo para incardinarlas en un mismo ordenamiento conforme a la idea de jerarquía. Esta relación sólo puede ser informada a través de dos conceptos: separación y competencia. Aquí la idea de jerarquía es del todo extraña.

Queda claro que en el caso expuesto no tomamos en cuenta a los decretos supremos que aprueban planes y políticas nacionales y sectoriales.

Según el artículo 39 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales:

Los Acuerdos del Consejo Regional expresan la decisión de este órgano sobre asuntos internos del Consejo Regional, de interés público, ciudadano o institucional o declara su voluntad de practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional. Los Acuerdos Regionales serán aprobados por mayoría simple de sus miembros. El Reglamento del Consejo Regional podrá acordar otras mayorías para aprobar normas.

En principio, pareciera que los acuerdos regionales carecen de mayor virtualidad normativa. Así, y mediante esta fuente, el consejo regional resuelve asuntos internos del mismo consejo, de interés público, ciudadano o institucional o declarar su voluntad de practicar determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional.

De la revisión que hemos hecho de algunos acuerdos adoptados por una serie de gobiernos regionales encontramos:

- Acuerdo n.º 0134-2014-GRA (Arequipa): Se reconoce a una serie de platos típicos de la Región Arequipa en virtud de su valioso aporte cultural en el desarrollo y preservación de las tradiciones.
- Acuerdo n.º 127- 2014-GRA (Arequipa): Se reconoce al «Perol Mollendino» como plato típico de la provincia de Islay de la Región Arequipa.

Los acuerdos citados no innovan el ordenamiento jurídico. Tampoco son una aplicación del mismo. Son declaraciones líricas de carácter simbólico. Son sencillamente declaraciones de voluntad, pero en este caso no generan ni producen efectos jurídicos de ningún tipo.

Distinta es la naturaleza de los siguientes acuerdos:

- Acuerdo n.º 122-2014-GRA (Arequipa): Declaran en emergencia el servicio de hemodiálisis del Hospital Honorio Delgado Espinoza en Arequipa por treinta días.
- Acuerdo n.º 072-2014 GRSM (San Martín): Autorizan transferencia de Infraestructura del proyecto: Almacén para granos San José de Sisa.

No estamos frente a actos administrativos. Entiendo que estamos ante reglamentos. Pero son reglamentos de escasa virtualidad normativa. Son «reglamentos medidas», reglamentos operativos, medidas en cuanto normas que atienden a resolver problemas concretos y singulares y no planear propiamente un orden general y abstracto con vocación de permanencia.¹⁶⁵

9. OTROS INSTRUMENTOS DE CONEXIÓN ENTRE ORDENAMIENTOS (POLÍTICAS Y PLANES)

Donayre Montesinos cita a Manuel García Pelayo cuando éste alude a la interacción y coordinación entre órganos constitucionales señalando que:

«[...] la independencia jurídica del órgano respecto a una voluntad extraña en lo que se refiere al ejercicio de sus competencias no excluye la interdependencia organizativa o sistemática de los órganos entre sí, sino que más bien supone que el producto de la acción de los unos sea condición para la acción de los otros o que, cuando menos, tenga efectos sobre ella. Precisamente una de las funciones de la Constitución es el establecimiento de unas normas que regulen las relaciones de interacción y, por tanto, de interdependencia objetiva entre los órganos instituidos por ella. Al conjunto de estas relaciones destinadas a conexas órganos paritarios e independientes *in suo ordine* se les suele denominar relaciones de coordinación».¹⁶⁶

Primero las cosas prácticas, esto es, gobernabilidad, y es que antes de entrar el aspecto rigurosamente jurídico quiero recordar un texto

¹⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid: Civitas, 1979, p. 82.

¹⁶⁶ DONAYRE MONTESINOS, Christian. «Entre la autonomía y la autarquía del Jurado Nacional de Elecciones». En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3038/2885>, pp. 134-135.

contenido en el informe *Usaid/Perú Informe Anual del Proceso de Descentralización* (2012). Tal cita nos ilustrará sobre el clima, el contexto y las circunstancias en que los conflictos se suscitan o pueden suscitarse dentro del proceso de descentralización:

La descentralización debe contribuir a la gobernabilidad nacional, regional y local en tanto busca acercar el Estado a la población; sin embargo, el proceso se ha venido implementando en un contexto de alta conflictividad social en el país en los últimos diez años. Así, durante el 2012 se han generado tensiones entre el Gobierno nacional y algunos gobiernos regionales y locales producto de algunos conflictos sociales.¹⁶⁷

Tal es la situación.

Volviendo nuevamente al tema legal, es de precisar que al tratarse de una pluralidad de ordenamientos o de administraciones públicas autónomas (algunas de ellas de substrato territorial), es natural que el reparto de competencias no sea perfecto, pues habrá competencias que se solapen o se interfieran. Entonces, analizaré la forma como estos ordenamientos se relacionan o interactúan. Es de indicar que en caso de un conflicto, el mismo debe ser resuelto, como vía previa, a través de la coordinación, el principio de lealtad, la colaboración institucional y la concertación entre los entes involucrados. Todo esto de acuerdo al principio constitucional de unidad, lealtad, coordinación y cooperación que tiene la virtualidad de informar todo el sistema y ser inspirador del mismo.

Al respecto, es de precisar que los ordenamientos encuentran la unidad en la Constitución y el bloque legal de constitucionalidad, esto es, a nivel «supraordenamiento». Además, en otros niveles se configuran relaciones interordinamentales que encuentran su fundamento en el ya citado principio constitucional de unidad, coordinación y cooperación.

¹⁶⁷ USAID/PERÚ. *Informe Anual del Proceso de Descentralización*, 2012, p. 35.

En este sentido, es que resulta necesario reconocer y validar el principio constitucional de unidad, coordinación y cooperación. Este principio constitucional encuentra su correlato normativo y se manifiesta en las siguientes disposiciones: artículos 58, 191, 192 y 195 de la Constitución; artículos 6.a, 7.1 y 49.1 de la Ley de Bases de la Descentralización; artículos 7, 8.11 y 46 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales; artículos VI, VII; VIII, IX y 10 de la Ley Orgánica de Municipalidades; artículos v.2, v.3, 1, 4.1, 5, 6.3, 17, 19.5, 19.13, 23.1.a, 23.3 a, 25.6 y 25.9 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Como ya se dijo, el Estado diseñado por la Constitución de 1993 es uno de carácter complejo, que se manifiesta mediante el diseño de una pluralidad de ordenamientos (algunos de naturaleza territorial, otros de naturaleza funcional). Ordenamientos que encuentran la unidad, como ya vimos, en la Constitución en cuanto supraordenamiento y en el principio constitucional de coordinación y cooperación. También se ha incidido en que estos ordenamientos se subordinan, no jerárquicamente, sino por función constitucional, al bloque legal de constitucionalidad. Este tipo de relación normativa —a través de la función constitucional— obedece, si se me permite, a una «consideración jurídico-material». Se han cargado también las tintas en lo que se refiere a la separación de los ordenamientos, que, como ya se señaló, encuentran la unidad en la Constitución, en cuanto supraordenamiento, y el bloque legal de constitucionalidad. Ahora bien, es de precisar que entre la pluralidad de ordenamientos y más allá de la norma supraordenamiento, no se da una separación absoluta. Como claro ejemplo de ello podemos citar el artículo 49.1 de la Ley de Bases de la Descentralización, norma que también encuentra su justificación en el principio constitucional de coordinación y cooperación que a la letra dice: «El Gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, *articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades*» (las cursivas son mías).

El artículo 8 de la Ley Orgánica de Municipalidades, por su parte, señala que «Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo». El artículo 45 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales indica que las funciones de los gobiernos regionales «se ejercerán con sujeción al ordenamiento jurídico establecido por la Constitución, la Ley de Bases de Descentralización y demás leyes de la República».

Y es importante considerar que al tratarse de un Estado descentralizado y a la vez unitario no puede haber una separación absoluta entre los diferentes niveles de gobierno. Debe haber instrumentos de conexión, de articulación, como pueden ser la colaboración, la supervisión, la armonización, la delegación de facultades, la jerarquía, la desconcentración, la solidaridad, la adecuación, la subsidiaridad, la cooperación, la concertación, la lealtad, la asociación, la complementariedad, la concurrencia normativa, la planificación y, notablemente, la coordinación. «Pero en el otro extremo recordaremos que autonomía no quiere decir cantonalismo o anarquía, aunque estas tendencias hayan pretendido capitalizar la expresión, sino que se predica precisamente en contraste con otros ordenamientos que suponen su completitud y sus límites».¹⁶⁸

En suma, no se trata de un ejercicio competencial anómico. La descentralización es un proceso técnico y político complejo que requiere de un arreglo institucional adecuado para implementarlo de manera gradual y convertirlo en *permanente, obligatorio, vinculante, continuo, irreversible, integral y democrático*. Construir un Estado unitario y descentralizado supone que cada una de las entidades públicas de los tres niveles de gobierno funcione de manera independiente, con los grados de autonomía que establecen las normas que regulan sus competencias,

¹⁶⁸ MARTÍN MATEO, Ramón. «La autonomía local y el sistema normativo español». En: *Revista de Administración Pública*, n.º 94, p. 69.

pero su accionar se mantiene enmarcado en las políticas nacionales determinadas por los entes rectores del Gobierno central.¹⁶⁹

No se debe entender la autonomía de los gobiernos subnacionales como una autarquía, sino como el derecho y la capacidad efectiva de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia, enmarcado en las políticas nacionales, tal como lo establece el artículo 8 de la Ley de Bases de la Descentralización.¹⁷⁰

De otra parte, aquí es pertinente citar a Santiago Muñoz Machado a modo de justificación de la virtualidad «orientadora» y «armonizadora» y a la vez de coordinación (sin vaciar de contenido) que detentan la instancia central y las instancias territoriales:

«En estos sistemas es un postulado de la autonomía que las demarcaciones territoriales inferiores estén ocupadas casi exclusivamente por el aparato administrativo de los entes autónomos. Pero es una existencia del principio de unidad que esas organizaciones, aunque separadas, no están incomunicadas, que el conjunto administrativo sea un sistema que funcione en régimen de continuidad».¹⁷¹

Sobre la importancia de la coordinación entre distintos niveles de gobierno, Eduardo García de Enterría cita la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional español:

«La de 28 de abril de 1983 (del TC español), en materia de sanidad, indica que:

¹⁶⁹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA/PNUD. *Estudio del proceso de descentralización en el Perú desde una perspectiva del control gubernamental*. Lima, enero 2014, p. 174.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 386.

¹⁷¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. «Los principios constitucionales de unidad y autonomía y el problema de la nueva planta de las administraciones públicas». En: *Revista de Administración Pública*, enero-diciembre 1983, n.º 100-102, p. 1869.

La coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían, o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema». ¹⁷²

Mención aparte merecen la Ley del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales (Ley n.º 28273) y la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada (Ley n.º 28059). El objeto de la primera es garantizar la transferencia de competencias, funciones, atribuciones y recursos del Gobierno nacional a los gobiernos regionales y locales, y optimizar la calidad de los servicios públicos. En cuanto a la segunda, su objeto es establecer el marco normativo para que el Estado en sus tres niveles de gobierno promueva la inversión de manera descentralizada, como herramienta para lograr el desarrollo integral, armónico y sostenible de cada región, en alianza estratégica entre los gobiernos regionales, locales, la inversión privada y la sociedad civil.

No obstante ello, resulta interesante citar el documento de trabajo *Evaluación del proceso de descentralización a 10 años de su inicio*, elaborado por el Congreso de la República, cuando se afirma que:

No debe dejarse de tomar en cuenta que a pesar del tiempo transcurrido, aún subsisten los problemas, ya que no se han atendido las reformas institucionales de organización y gestión de competencias que se requieren para que el Estado opere eficientemente en un contexto descentralizado. Aún persiste la desarticulación y falta de claridad en la delimitación de las competencias, funciones y facultades de cada nivel de gobierno, lo que afecta la prestación de los servicios e incrementa la conflictividad de las relaciones cotidianas entre los entes del Estado.

¹⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones». En: *Revista de Administración Pública*, enero-diciembre, 1983, n.ºs 100-102, p. 269.

Parte importante de esta relación de conexión entre los distintos ordenamientos se configura en lo que respecta a la elaboración y aprobación de planes y políticas.

Sólo los planes, en cuanto actos complejos que incorporan un diagnóstico de la situación —un pronóstico de su evolución, un cuadro de prioridades y objetivos y un programa sistemático de acción en función de aquéllos—, pueden asegurar globalmente la convergencia imprescindible de las distintas acciones, sin la cual no puede conseguirse el óptimo de eficacia en ningún sistema. Los planes, la planificación, constituyen por ello la máxima expresión de la coordinación en su aspecto funcional.¹⁷³

Asimismo, la planificación, por encima de todo, supone o debe presuponer una filosofía político-social que la informa, un orden ético y axiológico al que sirve. Se planifica para algo. Un plan en sí constituye un mero instrumento, una técnica o conjunto de técnicas para alcanzar unos objetivos y está al servicio de unos fines. La planificación configura las formas de vida y de convivencia, pero según los fines marcados.¹⁷⁴

No se trata de una norma jurídica propiamente dicha (el plan) ni de un conjunto de normas, sino de una información, una prospectiva y un programa de criterios, objetivos y acciones.¹⁷⁵

García de Enterría respalda esta posición cuando afirma que los planes y políticas detentan la calidad de «medidas»:

«La "ley medida" más que definir un orden abstracto pretende, por el contrario, resolver un problema concreto y singular, instrumentar una "política pública" (crecimiento económico, pleno empleo, salud, educación, protección del medio ambiente,

¹⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, p. 330.

¹⁷⁴ ORTIZ DÍAZ, José. «Planificación estatal y planificación local». En: *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto, 1975, n.º 77, p. 31.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 44.

cultura, vivienda, etcétera) lo que en definitiva, supone adoptar, aunque con una técnica normativa, una "medida" o serie de medidas para afrontar un problema determinado y conseguir un determinado objetivo».¹⁷⁶

A continuación transcribo un texto contenido en el *Informe Anual del Proceso de Descentralización 2012*, elaborado por el Programa Pro Descentralización:

[...] las reformas que se han dado en los sistemas administrativos del Estado desde el inicio del proceso de descentralización no siempre han respondido a las diferentes funciones y lógicas de gestión territorial que tienen los niveles de gobierno. Tales diferencias justificarían que la normativa que rige los distintos sistemas administrativos del Estado no sea homogénea, y que existan reglas diferentes a ser aplicadas por los gobiernos regionales y locales atendiendo a sus particularidades, sus distintas funciones y los recursos humanos y financieros de los que disponen.¹⁷⁷

Más interesante y preciso es el texto que transcribo a continuación, que forma parte del informe *Perú Múltiple: descentralización y desarrollo*, elaborado por Ceplan:

Descentralizar no se trata sólo de cortar el ciclo de decisiones en dos o tres tramos, según el número de niveles de gobierno, involucrados, como si los niveles sub-nacionales fuesen simples ejecutores del nivel central. Como el Estado descentralizado es una estructura más compleja, formada por niveles de gobierno elegidos, cada uno con competencia para definir políticas a su escala y en su ámbito, el ciclo también se hace más complejo, debiendo incorporar una serie de interdependencias decisorias y de gestión entre unos y otros niveles. Por eso se dice que descentralizar competencias es mucho más que transferir funciones de un

¹⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, tomo 1, p. 80.

¹⁷⁷ USAID/PERÚ. *Op. cit.*, p. 35.

nivel a otro. E implica considerar que al interior de cada región hay desniveles, diversidades, conflictos, culturas contrapuestas y con una experiencia de diálogo escasa.

Además del bloque legal de constitucionalidad, resultaría (sujeto a inventario) aplicable la idea de prevalencia o supremacía («regla de colisión» en caso de materias mixtas, según De Otto y Pardo) en lo que corresponde a la relación entre políticas y planes nacionales y sectoriales cuando orientan o armonicen (con el ánimo de preservar la unidad) los planes y políticas subnacionales. El bloque legal de constitucionalidad es generoso en lo que se refiere al régimen de políticas y planes. Así, por ejemplo, podemos aludir a los siguientes dispositivos: artículos 58, 192 y 195 de la Constitución; vi, 4, 6.4, 17, 18.1, 18.2, 19.13, 22.2, 23.1, 23.3 y 44 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; artículos vi, vii, viii, ix, x y 97 de la Ley Orgánica de Municipalidades; artículos 8, 9, 18, 26.1 a, 35.a, 35.b y 49 de la Ley de Bases de la Descentralización; artículos 8.5, 8.6, 8.11, 32 y 45 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales; artículo 1 del D.S. n.º 027-2007-PCM.

De Otto y Pardo recuerda las palabras de Luciano Parejo cuando este último describe la forma como opera el principio de prevalencia:

«[...] parece apuntar así a que dentro de las materias compartidas la regla de prevalencia no opera libremente sino junto a otras reglas de competencia. Una de ellas es la que se desprende de la relación entre legislación básica y legislación de desarrollo. La otra es la del interés nacional, que opera allí donde las facultades del Estado no se limitan a la normación principal o básica en el sentido usual y común de esta expresión, sino que se extienden al «establecimiento de una regulación de todo aquello que en la materia sea necesario para la satisfacción del interés general o nacional presente en la misma».¹⁷⁸

¹⁷⁸ DE OTTO Y PARDO, Ignacio. «La prevalencia del derecho estatal sobre el derecho regional». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, mayo-agosto, 1981, n.º 2, p. 91.

Es de poner en relieve que conforme al artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, las políticas nacionales y sectoriales son aprobadas por decreto supremo. Sin embargo, y dada la especial importancia de la materia a regular, serán las ordenanzas regionales y municipales (normas con valor de ley y de la mayor jerarquía en los ordenamientos territoriales) las fuentes a través de las cuales se apruebe el desarrollo armonizado de las políticas nacionales y sectoriales (artículos 8.11 y 32 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y artículo VII, parte final, de la Ley Orgánica de Municipalidades). Entre los planes y políticas aprobados a través de ordenanzas tenemos: la Ordenanza Regional n.º 032-2009 GR/LL, que aprueba el Plan de Desarrollo Regional concertado de La Libertad: 2010-2021; la Ordenanza Regional n.º 022-2013-GRP-CRP, que aprueba el Plan de Desarrollo Regional Concertado Puno al 2021; la Ordenanza Regional n.º 262-2013/ GRP, que aprueba el Plan Estratégico de Desarrollo Regional Concertado - Piura 2013-2016.

Ahora bien, cabe preguntarse cómo se relacionan los decretos supremos que contienen las políticas nacionales y sectoriales y las ordenanzas territoriales que desarrollan armónicamente tales políticas nacionales y sectoriales. Reconozco, como ya lo insinué, que me tienta la idea de plantear una relación basada en una supremacía o prevalencia a favor del Gobierno nacional, pero ahí no se agotan las posibilidades.

Los planes y políticas, en cuanto a fuentes de derecho, configuran un supuesto muy especial de normativa.

Difícilmente pueden los planes y políticas alinearse o equipararse a otras normas que detentan una vocación con tendencia hacia una indeterminada permanencia. Es por ello, y como se ha visto, que no se ha vacilado en atribuir a los planes y políticas la naturaleza de «medidas» o «leyes-medidas» (concepto ya definido en este trabajo). (Los planes y políticas) así ofrecen la característica de que con su cumplimiento agotan sus efectos. Se trata, como se ha dicho, de un fenómeno de duración «predeterminada», «existencialista». Un plan económico tiene carácter

consuntivo, deja de producir efectos cuando ya se ha cumplido, mientras que una ley, que regula, por ejemplo, la mayoría de edad prolonga sus efectos indefinidamente, con independencia de que haya personas que alcancen esta mayoría de edad.¹⁷⁹

Continuando con el tema de las políticas y planes, es pertinente citar el artículo 4.1 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el cual dispone que:

El Poder Ejecutivo tiene las siguientes competencias exclusivas:

1. Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno.

Las políticas nacionales definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas. Las políticas nacionales conforman la política general de gobierno.

Política sectorial es el subconjunto de políticas nacionales que afecta una actividad económica y social específica pública o privada.

Las políticas nacionales y sectoriales consideran los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales y locales, concordando con el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República. Para su formulación el Poder Ejecutivo establece mecanismos de coordinación con los gobiernos regionales, gobiernos locales y otras entidades, según requiera o corresponda a la naturaleza de cada política.

El cumplimiento de las políticas nacionales y sectoriales del Estado es de responsabilidad de las autoridades del Gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales.

¹⁷⁹ ORTIZ DÍAZ, José. *Op cit.*, p. 42.

Esta norma, por su amplitud, relevancia y detalle, resulta siendo la «clave de bóveda» que informa la relación internormativa entre los distintos tipos de políticas y planes. El mandato contenido en el primer párrafo del artículo 4.1 es nítido: las políticas nacionales y sectoriales «son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno».

El mismo artículo, y sin perjuicio de lo señalado hasta aquí, parece disponer que es posible la intervención de los entes territoriales en la confección de las políticas y planes nacionales y sectoriales. Así, se establece que «Para su formulación [de los planes nacionales y sectoriales, se entiende] el Poder Ejecutivo establece mecanismos de coordinación con los gobiernos regionales, gobiernos locales y otras entidades, según requiera o corresponda a la naturaleza de cada política».

El artículo 6.2 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo dispone que «Es función del Poder Ejecutivo, planificar, normar, dirigir, ejecutar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales en conformidad con las políticas del Estado». El numeral 4 del mismo artículo precisa como función del Poder Ejecutivo: «Implementar la coordinación con los gobiernos regionales y locales, con énfasis en las competencias compartidas».

Por su parte, el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo señala que, «La Presidencia del Consejo de Ministros es el Ministerio responsable de la coordinación de las políticas nacionales y sectoriales del Poder Ejecutivo. Coordina las relaciones con los demás Poderes del Estado, los organismos constitucionales, gobiernos regionales, gobiernos locales y la sociedad civil».

Es el numeral 1 del artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo el que establece como función del Presidente del Consejo de Ministros «Proponer objetivos del gobierno en el marco de la Política General de Gobierno». El numeral 2 del mismo artículo, precisa que el Presidente del Consejo de Ministros «Coordina las políticas nacio-

nales de carácter multisectorial, en especial, las referidas al desarrollo económico y social; asimismo, formula las políticas nacionales en su respectivo ámbito de competencias, el proceso de descentralización y de modernización de la Administración Pública».

Finalmente, el artículo 23.3 a) establece como funciones de los ministros «coordinar con los Gobiernos Regionales y Locales la implementación de las políticas nacionales y sectoriales, y evaluar su cumplimiento».

El artículo 192 de la Constitución es claro al sostener que «Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, *en armonía* con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo» (cursivas mías).

El artículo 8.11 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales refiere que «la gestión de los gobiernos regionales se rige por los siguientes principios: Concordancia de las políticas regionales.- Las políticas de los gobiernos regionales guardan concordancia con las políticas nacionales de Estado».

El artículo 45 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales establece lo siguiente:

Concordancia de políticas sectoriales y funciones generales:

- a) Concordancia de políticas y funciones del Gobierno Regional y políticas sectoriales. Es competencia exclusiva del Gobierno Nacional definir, dirigir, normar y gestionar las políticas nacionales y sectoriales, las cuales se formulan considerando los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales, concordando el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República. Se ejerce con criterios de orden técnico-normativo y de la forma que establece la Ley.

Los Gobiernos Regionales definen, norman, dirigen y gestionan sus políticas regionales y ejercen sus funciones generales y específicas en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales. Corresponde al Gobierno Nacional determinar la jerarquización de los activos, empresas y proyectos por su alcance nacional, regional o local, la que se aprobará mediante Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, previa opinión técnica del Consejo Nacional de Descentralización.

Un Gobierno Regional o una Junta de Coordinación Interregional pueden administrar activos, empresas y proyectos de alcance nacional, si poseen capacidades acreditadas para ello y con arreglo a convenios específicos acordados con el Gobierno Nacional».

A su vez, el artículo 32 de la misma Ley Orgánica de Gobiernos Regionales señala que: «La gestión del Gobierno Regional se rige por el Plan de Desarrollo Regional Concertado de mediano y largo plazo, así como el Plan Anual y el Presupuesto Participativo Regional, aprobados de conformidad con políticas nacionales y en cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente».

El artículo 195 de la Constitución precisa que «Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, *en armonía* con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo» (cursivas mías).

El artículo VI de la Ley Orgánica de Municipalidades dispone que: «Los gobiernos locales promueven el desarrollo económico local, con incidencia en la micro y pequeña empresa, a través de planes de desarrollo económico local aprobados en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo; así como el desarrollo social, el desarrollo de capacidades y la equidad en sus respectivas circunscripciones».

El artículo VIII de la Ley Orgánica de Municipalidades dispone que «Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en

armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo».

Y el artículo IX de la Ley Orgánica de Municipalidades señala que:

El proceso de planeación local es integral, permanente y participativo, articulando a las municipalidades con sus vecinos. En dicho proceso se establecen las políticas públicas de nivel local, teniendo en cuenta las competencias y funciones específicas exclusivas y compartidas establecidas para las municipalidades provinciales y distritales. El sistema de planificación tiene como principios la participación ciudadana a través de sus vecinos y organizaciones vecinales, transparencia, gestión moderna y rendición de cuentas, inclusión, eficiencia, eficacia, equidad, imparcialidad y neutralidad, subsidiariedad, consistencia con las políticas nacionales, especialización de las funciones, competitividad e integración.

Es sabido que las competencias se distribuyen tomando como base los respectivos fines de interés de cada instancia. Esas competencias pueden suponer el ejercicio de las mismas de modo exclusivo o compartido. Tomando ello como base, puedo afirmar que los planes y políticas nacionales y sectoriales deberían ser formulados teniendo como sustento el «interés general» y nada más (un común denominador normativo). No debería ir más allá (ámbito material de impotencia). El mandato contenido en el artículo 10.2 de la Ley de Bases de la Descentralización es nítido: «Los Poderes Legislativo y Ejecutivo, no pueden afectar ni restringir las competencias constitucionales exclusivas de los gobiernos regionales y locales».

Es de precisar que en lo que se refiere a los conceptos «intereses» y «fines» De la Morena y De La Morena precisa que:

Considero, en consecuencia, que tan interés público lo será el denominado genéricamente tal como el que subyace en algunas otras expresiones, tales como las de «interés general», «interés social», «utilidad pública» u otras análogas. Todas ellas deman-

darán una actuación real y efectiva de la Administración, al margen de que esa actuación pueda ser directa o indirecta, requerir de una dosis mayor o menor de poder y aconsejar de una u otra forma de ejercerla.¹⁸⁰

Al ser la Ley de Bases de la Descentralización una norma integrante del bloque legal de constitucionalidad, el citado artículo 10.2 constituiría una «cláusula constitucionalmente garantizada».

Repetimos: las competencias atribuidas a los diferentes entes territoriales se originan en los respectivos fines de interés público. Es en lo que se refiere a sus respectivos intereses, particularidades y peculiaridades, que éstos podrán desplegar su competencia en lo que a normar la planificación se refiere. Tal competencia para su ejercicio detendrá una garantía que encuentra su justificación en la autonomía. Tal autonomía no podrá ser invadida por el ente central u otros entes territoriales. Se trata de un derecho a una política propia por título constitucional.

Partiendo de lo expresado, habrá (en el caso de las diferentes políticas y planes) una parcela de materias garantizada, que ningún otro nivel de gobierno podrá contravenir. Así, y dado el núcleo básico, es nítido que una política nacional no podría vaciar y agotar exhaustivamente el contenido de lo que es especialmente peculiar y propio de un ente territorial (particularidad territorial), y que corresponde a este último regular. El artículo vi de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo es claro: «El Poder Ejecutivo ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno».

Se configura un reparto de poder normativo. Así, y en tal caso, el Gobierno nacional sólo es competente para dictar políticas que configuren un contenido esencial o un núcleo duro, que en rigor suponen

¹⁸⁰ DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis. «Derecho Administrativo e interés público. Correlaciones básicas». En: *Revista de Administración Pública*, enero-diciembre, 1983, n.º 100-102, p. 866.

«bases» o «marcos», y que no pueden ir más allá del interés general (*ultra vires*), vaciando así de contenido competencial a otros niveles de gobierno. Cada ente territorial, ejerciendo una colaboración normativa, desarrollará tales bases conforme a su ámbito de competencias e intereses respectivos y no podrá invadir las materias privativas del Gobierno nacional que se formalizan mediante políticas públicas nacionales y sectoriales (bases).

Pero, como ya dijimos, el Gobierno nacional no podrá ir más allá de lo que le corresponde (dictado de normas «bases» o «marcos») que, repetimos, no podrán dejar sin contenido el acervo competencial de los entes territoriales (mediante invasiva concreción y detalle), el mismo que se despliega mediante la normativa de desarrollo, esto es, políticas y planes territoriales.

A estas alturas resulta pertinente citar la sentencia del Tribunal Constitucional cuando resuelve que:

Sobre el particular, resulta pertinente advertir que si bien la garantía de la autonomía regional no impide que el legislador nacional regule materias que comparte con el gobierno regional, al hacerlo debe respetar su contenido esencial, esto es, que no se sujete o condicione la capacidad de autodesarrollo pleno de los gobiernos regionales a relaciones que se puedan presentar como arbitrarias, pues sobre aquél recae un mandato constitucional que lo obliga a abstenerse de adoptar medidas regresivas que posterguen el proceso de regionalización o dificulten irrazonablemente la asignación adecuada de competencias y transferencia de recursos del Gobierno nacional a los gobiernos regionales, conforme enuncia el artículo 188 de la Constitución. (Expediente n.º 00011-2008-PI/TC).

Es importante que aun cuando los entes territoriales estén dotados de autonomía política, ello no impida en modo alguno esta articulación y armonización entre políticas y planes nacionales, de una parte, y los planes y políticas territoriales, del otro. Bien ha hecho el Tribunal

Constitucional al definir del modo siguiente la autonomía política que detentan los entes territoriales y en cuanto a políticas y planes: «Consiste en la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que les son inherentes» (Expediente n.º 0015-2005-PI/TC).

Todo este razonamiento encuentra su base en la autonomía de la que están dotados los entes territoriales. El Gobierno nacional no puede hacer de los entes territoriales meros ejecutores de una voluntad ajena y sujetos a su tutela administrativa.

Cabría preguntarse cómo se configura la relación entre «bases», «marcos» (políticas nacionales y sectoriales) de una parte, y las normas de desarrollo (planes territoriales) de la otra.

Descartamos que se trate de una relación de naturaleza jerárquica. Dada la diferencia de funciones o atribuciones a cargo de cada instancia (bases-desarrollo), no existe «comunidad material» entre ambas fuentes, como sí se da en la rigurosa relación «ley-reglamento ejecutivo». Además, son normas provenientes de distintos ordenamientos. Los artículos 192 y 195 de la Constitución refieren que las políticas territoriales deben *adecuarse* a las políticas nacionales y sectoriales. «Adecuación» supone un espacio más o menos amplio, un margen más holgado de libertad para desplegar en alguna medida discrecionalmente la facultad normativa, mientras que la dación de reglamentos supone una sujeción más fuerte a la ley, de ahí que sean, en tanto normas *secundum legem*, denominados reglamentos ejecutivos.

Reitero que en este caso estamos frente a una competencia normativa y compartida de forma vertical y que las instancias ejercen utilizando diferentes atribuciones o funciones (normativa básica y normativa de desarrollo). La normativa básica sería algo así como un «común denominador normativo».

Así, corresponderá al Gobierno nacional la facultad de dictar las bases o marcos, y no más allá (*ultra vires*), mientras los entes territoriales tendrán a su cargo la dación del desarrollo de acuerdo a sus respectivos intereses, que no son otra cosa que sus competencias privativas.

Resulta ilustrativo tomar las siguientes explicaciones de Eduardo García de Enterría: «La disociación entre básico y desarrollo se concibe, pues, sobre ese doble juego de «política global» y de «políticas propias» o específicas incluidas en el marco de aquélla, pero substantivas».¹⁸¹

Y el propio García de Enterría agrega que: «[...] lo esencial del concepto de bases es su contenido». Este contenido está constituido esencialmente por la regulación del “interés general” de la materia de que se trate, el que, por tanto, ha de definirse con el carácter de una normativa nacional y supra-comunitaria, y ello siempre que no se exceda ese interés general».¹⁸²

Entrando de lleno al tema de cómo se relacionan los planes y las políticas nacionales, de una parte, y las políticas y planes territoriales de la otra (bases-desarrollo) es de precisar lo siguiente.

Ya hemos dejado de lado la idea de jerarquía. También nos hemos ocupado del principio de prevalencia o supremacía. Y es, pues, en virtud del principio de prevalencia o supremacía, y del espacio de círculo material del interés general, que las políticas nacionales o básicas podrán delimitar las dos esferas de competencia. Sin embargo, la norma básica debe dejar un espacio substantivo (parcela de materia) capaz de albergar «una política propia para los entes territoriales», espacio lógicamente ordenado sobre los intereses respectivos de los entes territoriales y sin que vean vulnerada su libertad de configuración normativa.¹⁸³

¹⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 232-233.

¹⁸² *Idem*, p. 235.

¹⁸³ *Idem*, pp. 239 y ss.

En lo que se refiere a la relación entre políticas y planes nacionales o sectoriales, de una parte, y de la otra las políticas y planes subnacionales. El Tribunal Constitucional ha resuelto lo siguiente:

En tal sentido, la Ley n.º 27783, de Bases de la Descentralización (LDB) establece en su artículo 26.1 que el diseño de políticas nacionales y sectoriales entre otros es competencia exclusiva del Gobierno Nacional. Y de manera similar, la Ley n.º 27867, la LOGR (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales), artículo 45 a) establece que es competencia exclusiva del Gobierno Nacional definir, dirigir y gestionar las políticas nacionales y sectoriales en consideración a los intereses nacionales y diversidad de las regiones, estando los Gobiernos Regionales encargados de definir, dirigir y gestionar sus políticas regionales en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales. Refiere, por consiguiente, que las competencias de los gobiernos regionales deben desarrollarse de conformidad con las políticas y planes nacionales atendiendo al principio de unidad y el de cooperación y lealtad regional, sin contravenir las políticas nacionales y sectoriales elaboradas por el gobierno nacional. Expediente n.º 0001-2012-PI/TC.

He expresado que, de acuerdo al ordenamiento, las políticas nacionales y sectoriales son aprobadas a través de decretos supremos, mientras que las políticas que las desarrollan (políticas territoriales) son, dada su especial importancia y relevancia material, aprobadas mediante ordenanzas regionales y municipales (fuentes éstas con valor de ley). A primera vista, ello podría percibirse como paradójal y hasta asistemático.

Lo importante aquí es señalar que esa primacía del decreto supremo sobre la ordenanza es informada fundamentalmente por la función que cumple el decreto supremo, esto es, el diseño de las bases en cuanto a políticas públicas se refiere. Y ello, a su vez, nos lleva a plantear que dada esa primacía, o como se prefiere llamarla «superioridad cualitativa», «supremacía material» o «consideración jurídico material», también se origina en los principios de unidad, coordinación, lealtad nacional, taxatividad y cláusula de residualidad.

Se configura, pues, una división vertical, dado que el decreto supremo fija las políticas nacionales en cuanto diseñador de «bases», y cumpliendo una función constitucional que delimita las competencias no puede pertenecer sino al bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, es valor entendido que los decretos supremos, en tanto fuentes normativas, están dotados de una fuerza pasiva bastante relativa, pese, en el caso que nos ocupa, a contar con un ámbito de regulación que reviste la virtualidad, como hemos dicho, de «superioridad cualitativa» y «supremacía material». En estos dos supuestos descansa, pues, la idea de prevalencia o primacía del orden nacional sobre el orden territorial.

La idea de primacía o prevalencia encuentra su legitimidad y razón de ser en los principios fundamentales de unidad e igualdad. Asimismo, esta primacía o prevalencia encuentra su correlato normativo en la rectoría que ejerce el Gobierno nacional en cuanto a la elaboración y ejecución de políticas y planes. El ejercicio de rectoría se legitima absolutamente en el artículo 58 de la Constitución. Este artículo precisa que «La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, *el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura*» (cursivas mías).

Sobre este artículo, Pérez Hualde ha precisado que:

«La facultad estatal de orientar hacia el desarrollo nos coloca de por sí ante un Estado en modo alguno prescindente. Por el contrario, esa finalidad de «orientar», que a los efectos que aquí nos interesan significa «dirigir» o «encaminar», podría servir de base —si no lo ha sido ya— para diversos grados de «orientación» con el solo límite de la razonabilidad, la buena fe y la desviación de poder, de un modo conceptual. Cuando una medida legisla-

tiva es «orientadora» significa una lisa y llana intervención en el comportamiento de las variables económicas». ¹⁸⁴

De acuerdo con el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, los ministerios, entes rectores de los sistemas funcionales, «diseñan, establecen, ejecutan y supervisan las políticas nacionales y sectoriales». Según el artículo 23.1. de la misma ley, son responsables de «formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial bajo su competencia, aplicable a todos los niveles de gobierno» y deberán «cumplir y hacer cumplir el marco normativo relacionado con su ámbito de competencia, ejerciendo la potestad sancionadora correspondiente». ¹⁸⁵

Por otro lado, los rectores de los sistemas funcionales y administrativos deben fiscalizar el cumplimiento de las políticas nacionales y sectoriales, evaluando la posibilidad de ejercer su rol sancionador. Para ello es recomendable realizar un análisis que permita el desarrollo de mecanismos legales, institucionales y organizacionales para el ejercicio de la vigilancia, fiscalización, control interno y sanción a los funcionarios públicos de las entidades de los tres niveles de gobierno que incumplan las políticas y normas que son de cumplimiento obligatorio. Los entes rectores deben tipificar las faltas, establecer las respectivas sanciones y determinar un debido proceso para la defensa. Solo así se podrá mantener el carácter unitario y descentralizado del país. No se debe entender la autonomía de los gobiernos sub nacionales como una autarquía (sic), sino como el derecho y la capacidad efectiva de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia enmarcado en las políticas nacionales, tal como lo establece el artículo 8 de la Ley de Bases de la Descentralización. ¹⁸⁶

¹⁸⁴ PÉREZ HUALDE, Alejandro. «Servicios públicos y reforma constitucional». En: *Revista Peruana de Derecho Público*, enero-junio, 2002, n.º 4, año 3, p. 112.

¹⁸⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA / PNUD. *Op. cit.*, 406.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 386.

En lo que respecta a la forma legal (decreto supremo) a través de la cual se aprueban las políticas nacionales y sectoriales, estoy de acuerdo con Pérez Moreno cuando acota que:

«A las razones sustanciales de necesidad se añaden motivos de conveniencia para justificar la ley para el Plan: mayor participación de la sociedad, mayor importancia oficial, mayor perdurabilidad contra cambios de futuros gobiernos, mayor respaldo a la administración, mayor garantía frente a posibles impugnaciones judiciales [...]. Es necesario que la ley apruebe el Plan porque, y en cuanto que, éste requiera que se lleven a cabo derogaciones singulares del ordenamiento jurídico, o nuevas normas para habilitar su ejecución; a su vez, estas nuevas normas o derogaciones pueden venir referidas o impuestas exclusivamente para la ejecución del Plan, o pueden llevar una vocación de permanencia, con lo cual se reforma o innova el ordenamiento aprovechando la circunstancia que la Ley del Plan ofrece».¹⁸⁷

Sobre el mismo tema, Sebastián Martín Retortillo opina que:

«[El plan] en su más amplio sentido, con su significado actual y con la variedad misma de matices que ofrece, entra en juego la doctrina de las materias reservadas a la Ley; la exigencia de una Ley formal, aparece entonces como consecuencia del impacto que el Plan puede suponer en campos reservados privativamente a la Ley. Y ello, *no sólo* (tratándose de limitaciones impuestas en la esfera de los derechos patrimoniales propiamente dichos, sino también en cuanto el Plan incide en el *status* de los administrados, modulando su propia autonomía [...]) conviene tener en cuenta que la exigencia de Ley no es un simple trámite, mera formalidad, que pueda estimarse cumplido por el hecho de la aprobación del Plan por el Parlamento. No; la doctrina aplicable a estos casos hace que deba ser la Ley la que necesariamente determine, en toda su extensión, tanto la modulación de esas incidencias como

¹⁸⁷ PÉREZ MORENO, Alfonso. «Consideraciones sobre el rango normativo de la Ley de Plan de Desarrollo». En: *Revista de Administración Pública*, n.º 73, pp. 74-75.

de las habilitaciones que a la Administración se le confieren: una determinación concreta, específica, singularizada».¹⁸⁸

Posición contraria manifiesta Ortiz Díaz:

«Resulta difícil, dada la composición y funcionamiento del órgano legislativo, que puedan ser discutidos en él, punto por punto, todos los aspectos y detalles de algo tan complejo como es un Plan de Desarrollo.

La carencia de los pertinentes elementos de información y juicio casi impiden a aquél entrar en el análisis y examen de los detalles concretos, que parecen más bien propios de la competencia del ejecutivo».¹⁸⁹

Similar opinión manifiesta Retortillo Baquer:

«El plan económico es, básicamente, una obra del Gobierno. La adopción de las opciones que representa, opciones políticas, sólo el Gobierno puede adoptarlas: a él le corresponde, por tanto, la elaboración del plan, lo mismo que le corresponderá también, después, de modo muy principal, su ejecución. De ahí que sea él quien únicamente pueda proponer a las Cortes su aprobación. Además, el plan económico —como los Presupuestos Generales— supone una serie de compromisos políticos que se proyectan en el ámbito económico, que sólo el Gobierno debe formular en ejercicio del liderazgo que le corresponde».¹⁹⁰

Sin perjuicio de lo indicado, es de reiterar que las ordenanzas territoriales que aprueban planes subnacionales no se subordinan jerárquicamente a los decretos supremos, que a su vez aprueban políticas

¹⁸⁸ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. «Parlamento y Gobierno en la planificación económica». En: *Revista de Administración Pública*, enero-abril, 1968, n.º 55, n.ºs 33-34.

¹⁸⁹ ORTIZ DÍAZ, Jose. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁹⁰ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. «Reflexiones sobre la regulación constitucional de la planificación económica». En: *Revista de Administración Pública*, septiembre-diciembre, 1988, n.º 117, p. 29.

nacionales y sectoriales. La razón de ello es simple: ambas fuentes pertenecen a distintos ordenamientos —ordenamiento nacional y ordenamientos territoriales— (nótese que no aludo a estos últimos como «subordenamientos»). En suma, si pudiéramos aglutinar esta relación en dos elementos, estos serían competencia y separación, y ello sin perjuicio de la existencia de conexiones positivas. La relación entre ambas fuentes es competencial, esto es, «bases-desarrollo». Es un reparto de poder normativo. Igualmente, y después de todo lo señalado, al provenir la separación de fuentes de distintos ordenamientos, esto no quiere decir que no hallan articulaciones entre ambas, y qué mejor ejemplo que el régimen de políticas y planes, inspirado también en el principio constitucional de unidad, lealtad, coordinación y colaboración.

Los atributos son distintos. Uno es elaborar las «bases», y, el otro, su «desarrollo».

Antes de terminar me gustaría citar el artículo 14.d de la Ley de Bases de la Descentralización, que regula la manera como han de ser ejercidas las competencias compartidas o concurrentes, como es el caso de la relación «bases-desarrollo»:

En el ejercicio de las competencias compartidas cada nivel de gobierno debe actuar de manera oportuna y eficiente, cumpliendo a cabalidad las acciones que le corresponden y respetando el campo de atribuciones propio de los demás. También aplicarán como criterios las externalidades, nacional, regional y local, que trascienden el ámbito específico donde se ubica el ejercicio de determinada competencia o función; y la necesidad de propiciar y aprovechar economía de escala».

García de Enterría es muy didáctico cuando se refiere al supuesto «paradojal» de que la normación básica sea dispuesta por una fuente de inferior jerarquía a la que contiene el desarrollo de tales bases.

Pero tal espacio de normación concurrente es perfectamente posible aun cuando dichas bases se formulen reglamentariamente, si no está excluido por la materia de que se trate, y ello incluso en el supuesto de que las normas de desarrollo de las regiones tengan rango de ley, pues la relación entre los dos ordenamientos no es una relación jerárquica, como es ya común admitir y luego tendremos ocasión de precisar.¹⁹¹

Tampoco resulta paradójal ni asistemático que la acción para impugnar los decretos supremos (normas de base) supuestamente inconstitucionales o ilegales sea la acción popular (Constitución artículo 200.5 y artículo 76 del Código Procesal Civil), mientras que conforme a los artículos 200.4 y 77 del Código Procesal Civil la vía para impugnar las ordenanzas (normas de desarrollo) sea la acción de inconstitucionalidad. Repetimos, ambas fuentes corresponden a ordenamientos diferentes, cada una con competencias diversas (bases-desarrollo) y están incardinadas en el sistema normativo en una relación de separación, aun cuando, como he dicho, no absoluta.

Además del artículo VI de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el artículo 38 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece, tal vez de modo redundante, una garantía para cautelar la autonomía y competencias propias de los gobiernos locales. Tal artículo dispone que «Ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece como competencia exclusiva de las municipalidades». El artículo 45 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, dispone que los «Gobiernos Regionales definen, norman, dirigen y gestionan sus políticas regionales y ejercen sus funciones generales y específicas en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales».

Es de indicar que la competencia atribuida al Gobierno nacional en cuanto al diseño de políticas públicas nacionales se origina en lo pres-

¹⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). Madrid: Civitas, 1979, p. 71.

crita por el artículo 118.3 de la Constitución, el mismo que provee que corresponde al Presidente, «dirigir la política general del Gobierno». De igual modo es de citar el artículo 119 de la Constitución: «La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo». Todo ello sin dejar de considerar el principio rector (orientación y fundamentación).

En cuanto a los entes territoriales (gobiernos regionales y gobiernos locales), estos hallan la justificación competencial en materia de planificación y planeamiento en los artículos 192, 194 y 197 de la Constitución.

El artículo 192 dispone que «Las Municipalidades tienen competencia para organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad». Por su parte, el artículo 194 establece que: «Las Municipalidades pueden asociarse o concertar entre ellas convenios cooperativos para la ejecución de obras y prestación de servicios comunes».

Finalmente, el artículo 197 prevé que:

Las regiones tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Les corresponden, dentro de su jurisdicción, la coordinación y ejecución de los planes y programas socioeconómicos regionales, así como la gestión de actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley. Sus bienes y rentas propias se establecen en la ley. Las Regiones apoyan a los gobiernos locales. No lo sustituyen ni duplican su acción ni su competencia.

Ello no obsta para señalar que el poder de rectoría de los ministros, en tanto miembros del Poder Ejecutivo (artículo 22.2 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo), sobre las políticas públicas esté sujeto a los límites siguientes:

- a) Competencias propias o concurrentes de los entes territoriales.
- b) La autonomía política y administrativa de los entes territoriales.
- c) Los intereses respectivos, las peculiaridades y particularidades de los entes territoriales.

Lo mismo resulta válido en lo que se refiere a los poderes de supervisión que otorga el artículo 3 del D.S. n.º 027-2007-PCM.

Es importante ahora indicar que la relación internormativa entre «bases» y «desarrollo» encuentra su última fundamentación —además de en el poder de rectoría según la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo— en los artículos 2.2 (derecho a la igualdad ante la ley), esto es, «tratamiento uniforme», y el artículo 43 (indivisibilidad del Estado), ambos artículos contenidos en la Constitución.

Cabe dejar planteada la posibilidad de que los decretos de urgencia, en tanto medidas de carácter económico y financiero, y una vez configurados los supuestos legitimadores, puedan intervenir o interferir, modificando, derogando o suspendiendo el contenido de planes y políticas siempre y cuando los mismos versen sobre materia económica o financiera. Una situación extraordinaria o inesperada de naturaleza temporal, económica y financiera suscitada en el territorio de una región o municipio, de acuerdo a su gravedad, bien puede configurar un *impasse* que responda al interés nacional.

Lo hasta aquí escrito sobre políticas y planes bien puede ser calificado como un «escenario ideal». En los hechos, el proceso de elaboración y ejecución de políticas y planes no ha sido pacífico. El proceso no ha resultado tampoco lineal. Así, en este proceso se han configurado controversias e *impasses* originados en la falta de transparencia, coordinación, armonización y falta de decisión política, generándose pocos avances y notables retrocesos —concretamente, superposición de competencias, falta de adecuación de los instrumentos rectores a la realidad y diversidad de las regiones— que en modo alguno han ayudado a las

instancias participantes a alcanzar un resultado satisfactorio como fue previsto en un inicio, esto es: el diseño, la construcción y funcionamiento de un auténtico Estado unitario y descentralizado.

LAS FUENTES DE PRODUCCIÓN NORMATIVA
EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993
(JERARQUÍA, COMPETENCIA Y FUNCIÓN CONSTITUCIONAL)
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
NOVIEMBRE DEL 2015, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ

El Estudio Mario Castillo Freyre contribuye a la difusión de la doctrina jurídica en el Perú y en el extranjero. Para tal efecto, promueve la publicación de obras jurídicas en dos colecciones diferentes. La primera es la Biblioteca de Arbitraje, que en el año 2015 habrá completado 34 volúmenes.

La segunda es la Biblioteca de Derecho, en la que se publican obras de diversas áreas del Derecho distintas al Arbitraje y dentro de la que se enmarca la obra del profesor Emilio Tafur Charún, que hoy publicamos.

«En esta obra, el lector podrá apreciar la notoria versación del autor sobre el tema, quien ha tenido el cuidado de acudir al momento de su elaboración, a la más autorizada doctrina sobre la materia, no sólo del Perú sino del extranjero.

Por lo demás, esta obra, con su publicación, se constituye en un libro pionero sobre el tema, el mismo que será de gran utilidad en el medio profesional para los abogados de diversas especialidades, a la par que fuente de consulta indispensable en asignaturas universitarias de Derecho Constitucional y Administrativo.

En ese sentido, la Biblioteca de Derecho de nuestro Estudio se honra en presentar a la comunidad jurídica peruana esta obra de tan experimentado hombre de leyes; la misma que marca — en muchos sentidos — el retorno de Emilio, por la puerta grande, a estos ámbitos del Derecho».

DEL PRÓLOGO DE MARIO CASTILLO FREYRE

**BIBLIOTECA DE DERECHO
LAS FUENTES DE PRODUCCIÓN NORMATIVA EN LA
CONSTITUCIÓN DE 1993
(JERARQUÍA, COMPETENCIA Y FUNCIÓN CONSTITUCIONAL)**

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ISBN: 978-612-46837-1-8



9 786124 683718