

El concepto de Ley en el ordenamiento jurídico peruano (Crónica de una muerte fecunda)

Por

Emilio Tafur Charun

“All day staring at the ceiling making
Friends with shadows on my wall
All night hearing voices telling me
That I should get some sleep
Because tomorrow might be good for something
Hold on, feeling like I'm headed for a breakdown
And I don't know why.”

Unwell/ Matchbox Twenty

Desde tiempos arcaicos en el ordenamiento jurídico peruano la ley parlamentaria (ley formal) tradicionalmente se caracterizó por ser la única fuente inmediatamente subordinada a la Constitución y dotada del atributo “fuerza de ley”. En tal virtud, la ley formal era irresistible para las demás fuentes normativas. No existía, pues, punto del ordenamiento jurídico que no pudiese ser innovado por su “fuerza activa”. De otro lado, la ley formal detentaba la

capacidad de resistir la “fuerza activa” de otras fuentes normativas salvo, ciertamente, la de otra ley formal ulterior. Esa era la regla. Y ello sin perjuicio, como veremos, que se hayan configurado ciertos episodios o coyunturas en los que el reglamento (Decreto Supremo) ocupó el lugar de la Ley formal por razones rigurosamente políticas.

Como bien sostiene RUBIO LLORENTE (1983:422-423), aun cuando refiriéndose al ordenamiento español, “En la doctrina clásica, la fuerza de ley era la nota distintiva de ésta por antonomasia, el núcleo duro del concepto. La fuerza de la ley tenía, a su vez, una doble faceta, activa y pasiva. Fuerza activa de la ley, o fuerza de la ley en sentido activo, que otros llamaban el poder innovador, era la capacidad exclusiva de la ley para modificar cualquier punto del orden jurídico preexistente, incluso en muchos casos y para muchos autores, del orden jurídico constitucional preexistente. Fuerza pasiva era, a su vez, la resistencia específica de la ley para no ser modificada ni derogada si no es por otra ley, es decir, por otra norma dotada de la misma fuerza específica. Todas las leyes y sólo las leyes tenían esta fuerza y, al menos desde este punto de vista, sólo había una especie de ley, la que emanaba de la potestad legislativa del Estado. (...) La «fuerza de ley» no designa, pues, entre nosotros, una característica

común a todas las leyes o a todas las disposiciones a las que sin ser leyes se atribuye tal fuerza. El concepto de «fuerza de ley» engloba una considerable variedad de fuerzas distintas, con lo que se convierte en un metaconcepto o quizá, simplemente, en un pseudoconcepto, carente de toda capacidad ordenadora y heurística, que mal puede ser empleado para establecer el concepto de ley”.

Para efectos de graficar lo indicado por RUBIO LLORENTE, se puede citar los siguientes preceptos constitucionales que precisan los límites de una “fuerza de Ley” bastante mediatizada. Así, por ejemplo, el artículo 74, *in fine*, de la carta de 1993 dispone que, “Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria.” El artículo 79, *ab initio*, preceptúa a su vez que, “Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto”. Según el artículo 101.4 de la Carta de 1993, “No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República”. El artículo 104, *ab initio*, prescribe que, “El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la

facultad de legislar, mediante decretos legislativos, *sobre la materia específica* y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa". El mismo artículo establece que, para efectos de la dación de decretos legislativos, "No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente". El artículo 106 restringe el ámbito de actuación de las leyes orgánicas a las materias que el mismo artículo consigna. Estas materias son, siempre de acuerdo al mismo artículo, "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". Pero es de precisar que las leyes ordinarias no podrán regular tales materias, configurándose así una relación competencial entre la ley orgánica y la ley ordinaria. Según el artículo 118.19 de la Constitución, el Presidente de la República dicta medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, *en materia económica y financiera*. También es de citar el artículo 10.2 de la Ley de Bases de la Descentralización, el cual prescribe que, "Los Poderes Legislativo y Ejecutivo, no pueden afectar ni restringir las competencias constitucionales exclusivas de los gobiernos regionales y locales." El artículo VI de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) también es claro: "El Poder Ejecutivo ejerce

sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno”. Resulta también pertinente citar el artículo 38 de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) cuando el mismo prescribe que, “Ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece” (Las cursivas son nuestras)

Sobre la misma materia queremos dejar simplemente planteado el caso de las Administraciones públicas de relevancia constitucional y extraterritorial como es el caso del BCR y la SBSAFP. La ley formal debe respetar el ámbito de competencias privativo de estas Administraciones. Y esto está recogido en el Derecho objetivo patrio de modo positivo. Por ejemplo, el artículo 3 de la LOBCR dispone que, “El Banco en el ejercicio de su autonomía y en el cumplimiento de su finalidad y funciones, *se rige exclusivamente por las normas de esta Ley y sus Estatutos.*” (Las cursivas son nuestras) El artículo 346 de la LOSBS preceptúa que, “La presente Ley determina el marco de la autonomía funcional, económica y administrativa de la Superintendencia de Banca y Seguros; establece su ubicación dentro de la estructura del Estado; define su ámbito de competencia; y señala sus demás funciones y atribuciones. *Las demás leyes o disposiciones legales distintas a esta ley, no podrán establecer*

normas de obligatorio e imperativo cumplimiento para la Superintendencia”. (Las cursivas son nuestras).

Volviendo a esta noción auroral de la ley parlamentaria la misma se asimila notablemente al concepto de ley que fuera esbozado por el jurismo clásico. Así, CARRE DE MALBERG (1948: 1236-1237) afirmaba que:

“El campo de la ley es en efecto ilimitado y lo es no solamente en el sentido de que la Constitución no indica materias que se excluyan de la potestad legislativa y se reserven a la competencia administrativa, de donde resulta que el legislador puede extender a su arbitrio su actividad a cualquier clase de objeto; sino también que el campo de la ley es indefinido (...)”.

En igual sentido, OTTO MAYER citado por VILLEGAS BASAVILBASO (1950: 252) sostenía que, “El acto legislativo está colocado arriba de toda actividad del Estado, como una voluntad superior y jurídicamente más fuerte; la ley es irrefragable. En otros términos, la voluntad del Estado cuando tiene este origen, no puede válidamente ser anulada, modificada o privada de sus efectos por ninguna otra vía; por su parte, ella anula todos los otros emitidos a nombre del Estado, que le sean contrarias”.

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

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

“En el jacobinismo histórico aparece, en efecto, el mito de la Asamblea (La «Convención», expresión absoluta de la voluntad general) como el lugar donde se posa el Espíritu Santo, o en términos más secularizados, el espíritu colectivo infalible y certero, en una suerte de unión mística lograda a través del debate incesante y de la catarsis que este procura. Es el jacobinismo, sostenido en el principio representativo absoluto de la voluntad general, el que alimenta el dogma de la soberanía parlamentaria en el constitucionalismo de tipo francés, que proscribiera resueltamente todo poder por encima de la Asamblea y, por supuesto, todo, poder judicial, simple instrumento ejecutivo de las leyes de la propia Asamblea (...).”

De tal suerte, el legislador podía regular *ad libitum* cualquier materia dejando únicamente a favor de la Administración pública la capacidad de dar reglamentos ejecutivos que desarrollen las leyes de que se trate, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.

No obstante y como ya lo adelantamos, antes de analizar el concepto de Ley en la Constitución de 1979, y que ha sido más detallado en la Carta de 1993, creemos que resulta necesario transcribir lo que Sergio Oquendo Heraud & Luis Felipe Cantuarias Salaverry (1991:361-363) escribieron sobre las crisis que en tiempos ya arcaicos forzaron al Poder Ejecutivo a dar decretos supremos con “valor de Ley”.

Al respecto, los autores citados sostienen lo siguiente:

“La facultad extraordinaria del Poder Ejecutivo para emitir normas jurídicas sin que exista previamente delegación del Poder Legislativo no es nueva. En el Perú existe un antecedente histórico, que es el decreto supremo del 1ro. de enero de 1948, dictado durante el gobierno de José Luis Bustamante y Rivero y refrendado por su ministro de hacienda, Luis Echeopar García, por medio del que se aprobó el Presupuesto General de la República para el año fiscal de 1948.

A este respecto, Zolezzi consigna que "como el Congreso no sancionó el Presupuesto, entre otras varias consideraciones el Decreto Supremo expresa que 'el Poder Ejecutivo se encuentra ante una situación de hecho que no puede dejar de afrontar sin incurrir en seria responsabilidad'. Se consideró a la situación de emergencia como título habilitante para dictar una medida extraordinaria, sobre materia que, conforme a la Constitución entonces vigente, estaba reservada a ley".

Los autores agregan luego que, "Más recientemente, la Ley 17044 del 20 de abril de 1968 autorizó al gobierno del arquitecto Belaunde a dictar "medidas de carácter extraordinario para dar solución al desequilibrio estructural de las finanzas públicas, para fortalecer la balanza de pagos y para fomentar el desarrollo integral de la economía. Se estableció, sin embargo, que dichas "medidas extraordinarias" debían ser expedidas mediante decretos supremos con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y con cargo de dar cuenta al Congreso."

Hasta aquí la cita, y sirva la misma para en parte, desarrollar como antecedente de la incardinación y el diseño de la pluralidad de normas con valor de ley que tanto la Constitución de 1979 y, con más intensidad, la Constitución de 1993 esbozan.

En efecto, a partir de la Constitución de 1979 y replicando la misma tendencia, aun cuando con mayor énfasis, en la Constitución de 1993, el modelo de Estado se reestructura mediante un tipo de relación entre los poderes clásicos, así como con la aparición de lo que válidamente podría llamarse una “pluralidad institucional”, diseñada la misma tanto a nivel territorial como funcional. Por fuerza, ello se va a traducir en la forma cómo se manifiesta la voluntad del Estado. Así las cosas, resulta necesario e imperioso no solo reconsiderar el concepto de Ley sino además los criterios aplicables al sistema de fuentes, que por cierto ha sufrido los efectos de un auténtico revulsivo con ocasión de la dación de nuestras dos más recientes Constituciones.

Lo dicho bien puede suponer que estemos ante una crisis del concepto de Ley. Más específicamente, una crisis del concepto de “Ley parlamentaria” o, si se quiere, de la “Ley formal”.

Asimilando al Derecho objetivo patrio lo escrito por Gómez Ferrer-Morant (1987:9), podemos decir que tal crisis se manifiesta en tres aspectos:

- a) La Ley parlamentaria deja de ser una manifestación de voluntad “soberana”. La Ley puede ser materia de juicio de constitucionalidad. El control jurisdiccional de la Ley es una

realidad, ya sea este control difuso o concentrado.

- b) No existe más un concepto unitario de Ley. Junto con la Ley formal existe una pluralidad de otras fuentes normativas dotadas de rango o valor de Ley. Así, pues, además de hacer el deslinde entre ley orgánica y ley ordinaria, se encuentran diseñadas por la Carta de 1993 los decretos legislativos, los decretos de urgencia, el reglamento del congreso, las ordenanzas regionales, las ordenanzas municipales.
- c) El ordenamiento jurídico nacional no es más una estructura rigurosamente escalonada y jerarquizada, pues queda claro que dado el modelo de Estado diseñado, existe una pluralidad de ordenamientos con su propio sistema de fuentes normativas y que encuentran la unidad en la constitución, en el bloque de constitucionalidad, en la coordinación y armonización de políticas y en la ejecución de competencias compartidas y concurrentes. Todo ello sin perjuicio de que es el Gobierno nacional a quien corresponde ejercer la rectoría sobre la actividad administrativa propia de los otros niveles de gobierno. Entonces, el principio de jerarquía no resulta suficiente para informar todas las relaciones normativas. Otros criterios, como son la competencia y la función

constitucional, pueden también resultar útiles para dar solución a cualquier antinomia que se suscite.

La Constitución en cuanto fuente de fuentes y competencia de las competencias diseña el sistema de fuentes normativas y otorga las competencias privativas de cada ente, respectivamente. Las Cartas de 1979 y de 1993 no son una excepción en este sentido.

De este modo, se ha formulado un modelo de Estado en el cual la dación de normas jurídicas no es competencia exclusiva y excluyente del Congreso nacional y del Poder Ejecutivo. Las Constituciones de 1979 y 1993 han dotado de potestad legislativa también a las Regiones y a las Municipalidades. Queda claro que ante ello, tanto las Regiones como las Municipalidades, dotadas de personalidad jurídica y autonomía política, no son meras organizaciones periféricas, desconcentradas y ejecutoras de una voluntad ajena. Es verdad que ambos tipos de niveles de gobierno son auténticas Administraciones públicas. Pero no se puede tampoco negar que estos niveles de gobierno detentan un sustrato político. Este sustrato político se deriva de la capacidad de las Regiones y Municipalidades de dar normas con valor o rango de Ley y a lo que se suma el origen de sus autoridades a través del sufragio ciudadano.

Potestad legislativa, decimos, que no solo supone la capacidad de innovar el ordenamiento y limitarse a aplicarlo mediante la dación de actos administrativos, sino también el poder de dar disposiciones normativas primarias e inmediatamente subordinadas a la Constitución.

A continuación vamos a llevar a cabo una suerte de “vivisección” de la fuente ordenanza municipal a efectos de constatar si estamos en realidad frente a una fuente con rango o valor de Ley o si estos atributos son meramente nominales.

Ernesto Blume Fortini (Blume Fortini (1997: 27-28) ensaya una definición de Ordenanza municipal indicando que:

“Como está dicho la función legislativa o normativa municipal la realiza el legislador municipal vía Ordenanzas, que son en puridad leyes municipales; dispositivos o normas jurídicas (en el más estricto sentido) que regulan el ámbito competencial municipal y, en general, atienden a la necesidad normativa que presenta la problemática local o municipal. Empero, también en concordancia con la autonomía política, que como quedó enfatizado, conlleva la autonormación o autorregulación, el Legislador Constituyente Peruano le ha dado a la Ordenanza Municipal el rango de ley, al establecer en el artículo 200, inciso 4), de la Constitución, las leyes

impugnables por causal de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que tienen rango de ley, al igual que las leyes propiamente dichas, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, los reglamentos del Congreso y las normas regionales de carácter regional. El rango significa “... índole, clase, categoría, calidad” (...). *Por lo tanto, el rango de ley significa índole, clase, categoría y calidad de ley.* En tal sentido, si por disposición constitucional la Ordenanza Municipal tiene rango de ley, consecuentemente tiene índole, clase, categoría y calidad de ley; *raciocinio que permite arribar a la conclusión que la Ley del Congreso y la Ordenanza Municipal tienen igual índole, clase, categoría y calidad, diferenciándose únicamente en la materia normativa que corresponde a cada una.*” (Las cursivas son nuestras).

Entonces, refiriéndonos específicamente a las ordenanzas municipales, a modo de ejemplo, cabe formular un *test* al que hemos aludido como “vivisección”, para establecer cuál es su naturaleza y si estamos frente a una auténtica norma primaria inmediatamente subordinada a la Constitución y que en rigor, detente el atributo de valor de Ley.

De acuerdo al Artículo 40º, *ab initio*, de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM), “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”. (Las cursivas son nuestras)

Notablemente y de *lege ferenda*, diremos por nuestra parte que las ordenanzas son normas ordinamentales con jerarquía de Ley, dadas por las Municipalidades, vigentes en un ámbito territorial determinado y detentoras de un acervo de competencias privativas. Fuentes primarias, en fin, inmediatamente subordinadas a la Constitución, que comparten el mismo escalón primario con otras fuentes normativas que tienen también rango de ley, como son la ley ordinaria, la ley orgánica, el decreto legislativo, el decreto de urgencia y la ordenanzas regional. Todas estas fuentes de producción normativa se terminan ubicando en una posición de lateralidad la una con la otra y equidistantes de la Constitución. Las ordenanzas municipales y las demás fuentes ya mencionadas, son normas con rango de ley, que se

relacionan entre sí por el principio de competencia y algunas de ellas pertenecen a distintos ordenamientos jurídicos siendo algunos de ellos de carácter territorial. Las ordenanzas, en rigor, no son reglamentos, son leyes, en términos materiales, que nacen de la asamblea (Concejo municipal), asamblea que a su vez tiene su origen en la voluntad ciudadana.

Como veremos más adelante, esta definición de Ordenanza que hemos ensayado quizá no suponga más que un “wishful thinking” (pensamiento deseoso). (Tafur Charun, 2023:106)

Para efectos de este *test* no tomamos en cuenta la LOM que forma parte integrante del bloque de la constitucionalidad (BC), al tratarse de una norma interpuesta que cumple una función constitucional al haber sido así dispuesto por la Constitución. La existencia de la LOM en modo alguno agravia la supuesta calidad de norma primaria de las ordenanzas.

Y, sin embargo, no negamos la importancia de la función que cumple el BC (leyes de producción normativa), el cual está compuesto en su mayor parte por leyes orgánicas, al desarrollar el diseño de fuentes y agotar el reparto de competencias entre los diversos entes que la Constitución esboza e informa. (Tafur Charun 2015:26).

Con todo y también de *lege ferenda*, las ordenanzas en modo alguno son una reglamentación de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) o en general del BC. No estamos frente a una relación rigurosamente jerárquica. Más aun, y como se sabe, la LOM cumple una “función constitucional” en relación con las ordenanzas. Esta relación en modo alguno puede configurar una relación “ley – reglamento ejecutivo”. La dación de ordenanzas no constituye una rigurosa ejecución de la LOM. Existe entre ambas fuentes un ámbito lo suficientemente holgado y discrecional que permite a las Municipalidades adoptar mediante ordenanzas o decretos de alcaldía, una política propia dentro de un amplio parámetro diseñado por la LOM, la misma que en términos materiales lleva a cabo una función constitucional. Tafur Charun. (2023:108)

El artículo 195, *ab initio*, de la Carta de 1993 preceptúa 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 VI del Título Preliminar de la LOM prevé 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*". (Las cursivas son nuestras)

Por su parte, el artículo VIII de la LOM establece 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 específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo.* (Las cursivas son nuestras)

El mandato contenido en el primer párrafo del artículo 4.1 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), es nítido: las políticas nacionales y sectoriales, "son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno".

De otra parte, entendemos que las competencias se distribuyen tomando como base las realidades y los

respectivos fines de interés de cada instancia así como en general, sus peculiaridades.

Repetimos, parafraseando a García de Enterría, que las competencias atribuidas a las Municipalidades se originan en sus respectivos fines de interés público. Es en lo que se refiere a sus respectivos intereses, particularidades, necesidades y peculiaridades, que estos podrán desplegar su competencia para normar la planificación y las políticas. Tal competencia, para su ejercicio, detendrá una garantía que encuentra su justificación en la autonomía e interés respectivo para salvaguarda de sus competencias. La autonomía no podrá ser invadida por el ente central u por otros entes territoriales. (Tafur Charun. 2023:111)

Al respecto, es de citar nuevamente el artículo 10.2 de la Ley de Bases de la Descentralización, el cual prescribe que, “Los Poderes Legislativo y Ejecutivo, no pueden afectar ni restringir las competencias constitucionales exclusivas de los gobiernos regionales y locales.” A su vez el artículo VI de la LOPE también es claro: “El Poder Ejecutivo ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno”.

Partiendo de lo expresado y notablemente de *lege ferenda*, 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 duro” que configura la autonomía municipal, es nítido, como hemos visto, que una política nacional (presuntamente “básica”) no podría vaciar, agotar e invadir exhaustivamente el contenido de la realidad e intereses privativos de una Municipalidad, y que corresponde a esta última regular pues tales intereses concretizan su ámbito de competencias.(Tafur Charun. 2023:111)

Queda claro entonces que la normativa en lo que corresponde a planes y políticas dadas de una parte por el Gobierno nacional y de la otra por entes territoriales, será de naturaleza competencial (Bases – Desarrollo). En modo alguno aquí se configura una relación jerárquica tipo Ley-Reglamento ejecutivo. El desarrollo de las políticas por parte de los entes territoriales supone un ámbito de materias representado por sus intereses respectivos, intereses respectivos que se replican en las competencias correspondientes. Además, esta relación internormativa también supone, para el caso de las Municipalidades, un campo de acción lo suficientemente holgado y detentador de amplia discrecionalidad que, repetimos, no tiene similitud alguna con la relación entre ley y reglamento ejecutivo. En tal sentido, es de relieves que el concepto de “armonía” precisado en la Constitución y la LOM, resulta más laxo y así en la relación entre

Gobierno nacional y Municipalidades no se configura una rigurosa sujeción por la cual las Municipalidades resultan siendo meros ejecutores de una voluntad ajena.

Es de precisar que el artículo II de la LOM señala 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*”. (Las cursivas son nuestras) Para nosotros tal “sujeción” únicamente opera en lo que se refiere al BC y de conformidad al artículo VIII de la LOM, esto es, “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”.

En suma, a cada instancia corresponderá funciones específicas sobre distintas vertientes de una misma materia. Reiteramos, la relación es competencial en modo alguno jerárquica.

Algo aporta a este planteamiento el hecho que de acuerdo al artículo 4.1, *in fine*, de la LOPE, “Las políticas nacionales y sectoriales se aprueban por

decreto supremo, con el voto del Consejo de Ministros”. Y, sin embargo, las políticas de los entes territoriales, dada la importancia de la materia a regular, detentan forma de ordenanzas. Esto es, normas con valor de Ley. Nada más ajeno a la idea de jerarquía.

De *lege lata* y desde una óptica netamente formalista pues así lo dice la Constitución, no existe la menor duda que las Municipalidades en virtud de su autonomía política, detentan la capacidad de dar normas con rango y valor de ley (ordenanzas). Tampoco se puede negar que existen leyes y reglamentos nacionales que afectan *legítimamente* la actuación de las Municipalidades y también el alcance de su autonomía política y administrativa, y con todo ello, la fuerza activa y pasiva de las Ordenanzas. Es prueba de ello el artículo VIII del Título Preliminar de la LOM ya citado. Esto resulta aún más notable cuando estamos frente a la actuación de funciones específicas en *conurrencia* sobre distintas vertientes pero de una misma materia por parte del Gobierno nacional y de las Municipalidades. Así, a cada instancia corresponderá el ejercicio de distintas “funciones específicas” pero siempre, reiteramos, sobre distintas vertientes de una misma materia (“Bases – Desarrollo”). De suscitarse una antinomia esta se resolverá deslindando el interés

respectivo del ámbito nacional y las peculiaridades y concreciones del ámbito local. Para tal efecto, el Gobierno nacional en virtud de la rectoría que ejerce, además claro está, de tener por finalidad la prosecución de los fines de interés general superior, dictará las “bases” normativas. Y el “desarrollo” de tales bases corresponderá a las Municipalidades de acuerdo a sus peculiaridades e intereses. La relación entre “bases” y “desarrollo” será pues, informada por el criterio “concurrencial” que es una faceta de la idea de competencia. (Tafur Charun: 2023:113).

Sin embargo, y aquí ya no estamos en el ámbito de la idea de competencia, se han suscitado una pluralidad de casos en los que la ordenanza ha sido desplazada o dejada de lado para dar lugar a preceptos provenientes del Gobierno nacional, que no constituían en rigor “políticas” sino normas que se ocupaban de materias propias de la ordenanza contraviniendo así la autonomía de las Municipalidades. Estos casos prácticos proveen un importante basamento y en ellos se pone en relieve la auténtica incardinación de la Ordenanza municipal en el ordenamiento. Esto es, facilitan algunos indicios sobre cuál es en realidad la ubicación de las ordenanzas en la estructura normativa nacional. Es de notar, asimismo, cómo algunos reglamentos que a continuación son citados, ejercen de hecho y en alguna medida, la función

propia de las normas integrantes del BC pese a no contar aquellos con los atributos de “jerarquía” y “remisión constitucional”.

Entre otros, encontramos los siguientes reglamentos:

- 1) Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación (Decreto Supremo 029-2019-Vivienda).
- 2) En lo que se refiere a la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento y los Formatos de Declaración Jurada, el artículo primero de la misma preceptúa que su finalidad es establecer el marco jurídico de las disposiciones aplicables al procedimiento para el otorgamiento de la *licencia de funcionamiento expedida por las municipalidades*. Asimismo, la primera disposición final, transitoria y complementaria de la misma ley dispone que, “La presente norma entrará en vigencia a los ciento ochenta (180) días calendario, contados a partir del día siguiente de su publicación. *En dicho plazo corresponderá a las municipalidades adecuar su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos, a efectos de incorporar los procedimientos, requisitos y demás disposiciones previstos en la presente Ley.*” (Las cursivas son nuestras).

- 3) En cuanto a la Ley General de Bodegueros, esta es reglamentada por el Decreto Supremo N° 010-2020-PRODUCE, que regula el otorgamiento de la licencia provisional de funcionamiento que las municipalidades deben otorgar de manera automática, gratuita y por única vez, previa conformidad de la zonificación y compatibilidad de uso correspondiente, siempre que sea requerida expresamente por los bodegueros. Mediante el Decreto Supremo N° 200-2020-PCM, se aprobó el “Decreto Supremo que aprueba Procedimientos Administrativos Estandarizados de Licencia de Funcionamiento y de Licencia Provisional de Funcionamiento para Bodegas”. Por Decreto de Alcaldía N° 001-2022-AL/MDP se adecuó el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la Municipalidad Distrital de Pucusana, *aprobado mediante Ordenanza Municipal N° 002-02-MDP, de acuerdo a las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo N° 200-2020-PCM, que aprobó el Procedimiento Administrativo Estandarizado de Licencia de Funcionamiento y de Licencia Provisional de Funcionamiento para Bodegas.*
- 4) Mediante Decreto Supremo N° 022-2016-VIVIENDA, se aprueba el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo

Urbano Sostenible (RATDUS), *norma que contiene los procedimientos técnicos, criterios y parámetros que los Gobiernos Locales deben considerar en la formulación, aprobación, implementación y modificación de los instrumentos de planificación urbana y en los instrumentos de gestión urbana contemplados en dicho Reglamento. El artículo 58° del Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible (RATDUS), define al Planeamiento Integral (PI) como: “(...) un instrumento técnico – normativo mediante el cual se asigna zonificación y vías primarias con fines de integración al área urbana, a los predios rústicos no comprendidos en los PDU, EU o localizados en centros poblados que carezcan de PDU y/o de Zonificación”. Asimismo, el numeral 61.3 del Artículo 61° del RATDUS establece que: “La propuesta final del PI con el respectivo Informe Técnico Legal es presentada por la Gerencia Municipal competente al Concejo Municipal Provincial para su aprobación mediante Ordenanza, siguiendo el procedimiento establecido en el numeral 55.5 v del artículo 55 del Reglamento, en concordancia con las funciones y competencias establecidas en la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades”.*

Luego de haber analizado la naturaleza jurídica de las ordenanzas, su alcance normativo y haberlo hecho también con otras fuentes que según la Constitución detentan valor de Ley, la pregunta se cae de madura: ¿Qué tienen todas estas fuentes en común que las haga ser merecedoras de tal atributo? Hemos visto que conceptos clásicos como la “fuerza de Ley” no pueden mantener su vigencia, pues existen límites al ámbito material en el que se desenvuelve la fuente de que se trate dotada supuestamente con “fuerza de Ley”. A modo de paliativo es de indicar que resulta urgente y necesario el que se recurra a otros criterios de incardinación normativa que vayan más allá de la idea de jerarquía la cual es privativa del concepto “fuerza de Ley”. Ante ello, tales criterios de incardinación serían la competencia y la función constitucional. Ello es más acorde con el diseño de Estado llevado a cabo por la Carta de 1993. Un modelo de Estado política y funcionalmente descentralizado y que cuenta con una pluralidad de ordenamientos de carácter “primario” que no son otra cosa que Administraciones públicas de sustrato político en el caso de los entes territoriales. Esto es, ordenamientos directamente subordinados a la Constitución. Cada fuente, ya lo vimos, tiene distinto alcance normativo, no existe tampoco univocidad en lo que se refiere al valor o rango de Ley. No existe, en fin, un concepto de Ley que abarque a todas las distintas fuentes que solamente de *lege lata* ostentarían este atributo.

Por todo ello, aun cuando no necesariamente llega a esta conclusión, es de citar a RUBIO LLORENTE (1983:421) cuando afirma que:

“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.*” (Las cursivas son nuestras)

BIBLIOGRAFIA

Blume Fortini, Ernesto. (1997). Informe especial. “El despojo normativo y las alternativas para enfrentarlo a la luz de la Constitución de 1993”. En: “El Rango de Ley de las Ordenanzas Municipales en la Constitución de 1993 (Colisión normativa entre Ley del Congreso y Ordenanza Municipal).”. Lima, Compilador Ernesto Blume Fortini.

Cantuarias Salaverry Luis Felipe & 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 N°45 - DICIEMBRE 1991.

Carre de Malberg, Raymond (1948) Teoría General del Estado, México, Fondo de Cultura Económica

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

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

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

Tafur Charun, Emilio. (2015). “Las Fuentes de Producción Normativo en la Constitución de 1993 (Jerarquía, competencia y Función Constitucional)”. Lima. Biblioteca de Derecho Mario Castillo Freyre.

Tafur Charun, Emilio. (2023) Temas de Derecho Público. Lima. Biblioteca de Derecho del Estudio Mario Castillo Freyre.

Villegas Basavilbaso, Benjamín. (1950) Derecho Administrativo. Tipográfica Editora Argentina, Bs. As. Tomo 1