

LOS DECRETOS DE ALCALDIA

Por

Emilio Tafur Charun

I

Estructura del Estado Territorialmente

Complejo y su incidencia en el sistema de fuentes

En otro lugar hemos sostenido que con ocasión de la dación de la carta de 1979, el profesor García Belaunde expresó que la misma había supuesto que el casi dos veces secular modelo trídico de Estado estallara en mil pedazos ante la aparición de una pluralidad de organismos dotados de sus propias competencias, atributos o poderes. Tal aserto del autor citado adquirió aun mayor virtualidad con la sanción de la carta de 1993 —sin dejar de tomar en cuenta la reforma de 2002—. La dación de esta Constitución y su ulterior reforma, así como, en su momento, la Constitución de 1979, supusieron un auténtico revulsivo no solo en lo que refiere a una reforma del modelo de Estado y su estructura, sino, con ello, la distribución del acervo competencial que corresponde a cada una de tales entidades y notablemente en el atributo de autonomía que detentan, con todo lo que este concepto importa o supone. De otra parte, y con cargo a desarrollarlo con más detenimiento, sostenemos que algunas de las ya

aludidas entidades configuran auténticas administraciones públicas en su acepción jurídica rigurosa. Se debe tomar en cuenta, asimismo, que estas administraciones públicas (Regiones y Municipalidades) son diseñadas al más alto nivel del ordenamiento. Esta relevancia constitucional supone un aspecto que, como veremos, es de la mayor importancia para definir el real alcance de la potestad normativa y demás atributos, como es el dictado de reglamentos, que detentan estas administraciones públicas. Es también de la mayor importancia el que estas administraciones públicas estén dotadas de personalidad jurídica, que es reconocida o atribuida por la Constitución. Es, pues, como afirma García de Enterría cuando sostiene que la detentación de personalidad jurídica es el dato primario e inexcusable de toda Administración Pública. Ello supone, entonces, un claro deslinde en relación con otras administraciones públicas «menores», que aun cuando detentan «autonomía» y «personalidad jurídica», no son diseñadas a nivel constitucional sino meramente legislativo, todo lo que hace de ellas, en algunos casos y según la más sana doctrina, entes sujetos a tutela, desconcentrados y periféricos ejecutores de una voluntad ajena.

Lo ya dicho encuentra su correlato positivo en el artículo 188 de la Carta de 1993 el mismo que establece que, “La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales.” El artículo 195 de la Constitución establece 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» (las cursivas son nuestras). Desarrollando este principio el artículo V, *ab initio*, de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) señala que, “La estructura, organización y funciones específicas de los gobiernos locales se cimientan en una visión de Estado democrático, unitario, descentralizado y desconcentrado, con la finalidad de lograr el desarrollo sostenible del país (...).” Ello se vincula muy estrechamente con lo dispuesto por el artículo IV de la misma ley, pues este se refiere a la finalidad de las municipalidades precisando que, “Los gobiernos locales representan al

vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción”.

Sin embargo, y como veremos más adelante en detalle, el *quid* de la mentada estructura estatal y con ella la municipal, radican en lo previsto por el artículo 194, *ab initio*, de la Constitución cuyo texto es el siguiente: “Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. *Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia*”. (Las cursivas son nuestras). En este contexto, replica este precepto constitucional el artículo II de la LOM el cual, *in fine*, prevé 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*. (Las cursivas son nuestras) Todo ello se complementa con lo previsto en el artículo VIII de la LOM

II

De la potestad reglamentaria en general

Prima facie, ensayamos la siguiente definición de reglamento: es un acto unilateral dado por la Administración Pública que crea normas jurídicas que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico y que están destinadas al cumplimiento o prosecución de los fines de interés público fijados por el mismo ordenamiento, esto es, actos que se incorporan al ordenamiento jurídico, dotados de fuerza innovativa y que, en tal sentido, son de aplicación teóricamente hipotética, contemplando situaciones jurídicas abstractas. Según su relación específica con la Constitución y la ley, el reglamento puede ser ejecutivo, autónomo, independiente o doméstico. Los tres primeros reciben la denominación de «reglamentos jurídicos». (Tafur (Charun-2023-33))

Pero la potestad reglamentaria en modo alguno puede ser definida como si de un solo concepto se tratara, y en tal sentido que lo abarque todo. Así, pues, para empezar diremos que existen reglamentos que rigen en todo el territorio nacional y otros en cambio son exclusivamente de aplicación en una provincia o un distrito. De igual modo, y por la función que desempeñan, tenemos los reglamentos ejecutivos que desarrollan las normas con valor de ley, facilitando y concretizando la aplicación de esta. Dentro de este mismo criterio de la función del reglamento podemos referirnos a los reglamentos independientes, que

suplen a la Ley cubriendo los vacíos dejados por esta, es decir, cuando no se configura una reserva material o una reserva formal. Y, tenemos en fin, los reglamentos autoorganizativos, los mismos que surten efectos *ad intra*, y restringen su actuación a la organización interna de la Administración pública de que se trate. Queda claro que estos reglamentos autoorganizativos no pueden afectar la esfera jurídica del común de los ciudadanos, salvo el caso de “relaciones de sujeción especial”.

Mención aparte merecen los reglamentos autónomos de los cuales el ordenamiento del Gobierno nacional apenas presenta un supuesto. En general, se trata de reglamentos a los que la Constitución otorga directamente un ámbito de materias exclusivo y excluyente que será vedado a la regulación de la Ley en sentido formal. Al tratarse de normas inmediatamente incardinadas debajo de la Constitución queda claro que no se subordinarán a la Ley.

Habiendo ya visto que los reglamentos se deslindan en base a su función, a su posición en el ordenamiento, y en suma a su naturaleza jurídica, resulta conveniente sintetizar lo hasta aquí manifestado, esto es, que los reglamentos podrán ser *praeter legem* o *secundum legem*.

Como se ha visto, el reglamento se define como un acto unilateral, dado por la Administración Pública, que crea normas jurídicas que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico y que están destinadas al cumplimiento o satisfacción de los fines de interés público fijados por el mismo ordenamiento, esto es, actos que se incorporan al ordenamiento jurídico, dotados de fuerza innovativa y que, en tal sentido, son de aplicación teóricamente hipotética, contemplando situaciones jurídicas abstractas, todo ello en contraste con el acto administrativo. En otras palabras y según García de Enterría y TR Fernández (2001; pp. 183-184), el acto administrativo no se integra ni forma parte del ordenamiento jurídico. La dación de un acto administrativo en forma alguna supone una innovación del ordenamiento jurídico, es una mera aplicación del ordenamiento jurídico vigente al momento de su dación. El acto administrativo es un acto «ordenado», mientras el reglamento es de carácter ordinamental.

Sin embargo, es de precisarse que esta naturaleza “ordinamental” no siempre se configura. Habrá casos cuando el reglamento solo tenga de “decreto” el nombre, y se trate en realidad de un acto resolutivo, ejecutivo o administrativo. Lo mismo se puede decir de las ordenanzas municipales –normas con valor de ley- las que, como veremos, no constituirán siempre

materia en rigor legislativa sino serán propiamente reglamentos ejecutivos, *secundum legem*, actos administrativos o medidas. Se configura así una suerte de “polisemia normativa”.

III

LA ATRIBUCION DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Pasemos ahora a precisar qué tipo de dispositivos son aquellos que atribuyen la potestad reglamentaria a las diferentes administraciones. Interesa subrayar que la norma que atribuya tal potestad debe ser de la mayor jerarquía o supremacía. En efecto y ya lo hemos visto, los reglamentos son normas de mucha importancia aun cuando en algunos casos su materia sea la autoorganización, la regulación de relaciones de sujeción especial o con efectos *ad intra*, o la dación de «medidas».

Como bien dicen García de Enterría y Fernández (García de Enterría y Fernández 2001: 182) — «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».

Es impecable el razonamiento de los autores citados. Creemos que la atribución de la potestad

reglamentaria debe limitarse y corresponder en exclusiva a la norma constitucional, y tal atribución puede bien ser desarrollada por el bloque constitucional (BC), recurriéndose, así y a su vez, a la idea de “función constitucional”.

Más detalladamente, Tornos Mas (Tornos Mas 1983: 374) explica:

«Debe igualmente explicarse el surgimiento de la potestad reglamentaria, pues en la misma no rigen los criterios generales de vinculación de la potestad administrativa a una norma previa, al ser el ejercicio de esta potestad la emanación de una norma. *Por esta razón la potestad reglamentaria, es atribuida directamente por la Constitución a la administración*, la cual encuentra únicamente en la ley un límite material. El ejercicio de la potestad reglamentaria deriva, por tanto, de la Constitución, si bien está condicionado en su extensión por una ley previa allí donde exista una reserva legal» [las cursivas son nuestras].

Como basamento de esta capacidad de la Constitución de atribuir la potestad reglamentaria diremos que este se origina en el principio de legalidad pues sabido es que en el ámbito del derecho público, y más precisamente en el caso de la actuación de las administraciones públicas, no resulta aplicable el artículo 2.24.a) de la Carta de 1993, el mismo que reconoce: «Nadie está obligado a hacer lo

que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe».

Sin embargo, es preciso hacer una aclaración. Esto es, distinto es el caso de atribución de potestad reglamentaria cuando el producto de esta afecta la esfera jurídica del común de los ciudadanos. Así, y en este supuesto, la potestad reglamentaria ha de ser atribuida necesariamente por la Constitución y, de ser el caso, agotada por el BC. Ello encuentra su elemento basilar en la seguridad jurídica, la sistematicidad del ordenamiento, la interdicción de la arbitrariedad y la fuerza de la razón. En cambio y en caso que el reglamento sea autoorganizativo teniendo solo efectos al interior de la Administración y sus efectos sean rigurosamente, en consecuencia, *ad intra*, entendemos que los reglamentos en este supuesto no podrán regular la situación del común de los administrados imponiéndoles cargas y obligaciones en general. En este supuesto sí bastará que la aludida potestad sea atribuida por una norma con valor de Ley o que la Administración se autohabilite. Otra excepción también será la que se configura en el caso de las relaciones de sujeción especial.

IV

INTERESES RESPECTIVOS

De otro lado, es de indicar que la competencia surge del fin público de interés general. Ahí donde existen

fines públicos existen competencias administrativas. Así, pues, no se puede concebir la existencia de una competencia que no tenga por objeto el cumplimiento de determinado fin de interés público. Sin esa previa «publicación» del fin, mal podría existir una competencia. El fin de interés público da origen a la competencia, pero no solo da origen a la competencia, sino también a las exorbitancias, prerrogativas y privilegios que ostenta la Administración. Tales privilegios no tendrían razón de existir si no fuera para el cumplimiento de los fines de interés público. Privilegio es la capacidad de profanar lo privado. En tal sentido, la potestad reglamentaria, al afectar directamente, en principio, la esfera jurídica del común de los ciudadanos, sencillamente, está procurando cumplir con la consecución de los fines de interés público y para tal efecto, jurídicamente, profanando lo privado. (Tafur Charun-2023-34)

Todo ello resulta también aplicable a los decretos de alcaldía. El ámbito de actuación de los decretos de alcaldía estará marcado por la idea de autonomía administrativa y estrechamente a su vez vinculado a este ámbito se encontrará el acervo de intereses y fines públicos que dan razón de ser a esta precisa potestad reglamentaria y territorial dado que también materializan su respectivo ámbito de competencias.

La materia relativa a la idea de «intereses» ha quedado positivada en el artículo 49.1 de la Ley de Bases de la Descentralización (LBD) cuando el mismo preceptúa que: 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 nuestras). Por su parte, también es de citarse el artículo I, *ab initio*, de la LOM que precisa que, “Los gobiernos locales son entidades básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos, que institucionalizan y *gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades* siendo elementos esenciales del gobierno local, el territorio, la población y la organización” (Las cursivas son nuestras). Es el artículo 123 de la LOM el que prevé que, “Las relaciones que mantienen las municipalidades con el Gobierno Nacional, los gobiernos regionales y los poderes del Estado tienen por finalidad garantizar el ejercicio del derecho de iniciativa legislativa, la coordinación de las acciones de competencia de cada uno, así como el derecho de propuesta o petición de normas reglamentarias de alcance nacional. Estas relaciones implican respeto

mutuo y atención a las solicitudes que se formulen recíprocamente.” Resulta también interesante citar el artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), el cual prescribe que: «Las entidades del Poder Ejecutivo están al servicio de las personas y de la sociedad; actúan en función de sus necesidades, *así como del interés general de la nación* [...]» (las cursivas son nuestras).

V

Las Ordenanzas desde una perspectiva legerferenda

De *lege lata*, la LOM define a las ordenanzas de acuerdo a lo siguiente:

“ARTÍCULO 40°.- ORDENANZAS 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 ordenanzas en materia tributaria expedidas por las municipalidades distritales deben ser ratificadas por las municipalidades provinciales de su circunscripción para su vigencia.”

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 privativo. Fuentes primarias 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 las ordenanzas regionales. 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), que a su vez tiene su origen en la voluntad ciudadana. (Tafur Charun 2023-106)

Sin embargo, encontramos en el Bloque Constitucional (BC) normas como el artículo VIII de la LOM que preceptúa que, “Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que de manera general, y de conformidad con la Constitución Política, 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.”

Ante ello es de aludir nuevamente al artículo II *in fine* de la LOM el mismo que dispone la autonomía que la Constitución Política del Perú reconoce 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).

Tal como lo señaláramos en otro lugar, estos citados dispositivos de la LOM constituyen una auténtica cláusula de engarce entre el ordenamiento jurídico nacional y el municipal, y traen una serie de

interrogantes y aspectos que constituyen realmente una absoluta novedad, que rompen frontalmente los moldes y criterios tradicionales de incardinación de normas, incidiendo así en la importancia que adquiere la «materialidad», que se configura como una herramienta notable para comprender la dinámica de las relaciones internormativas o interordinamentales en un Estado complejo. Y todo ello teniendo como basamento la idea de autonomía y, en el tema que nos ocupa, la real relevancia y alcance de la autonomía política y administrativa que detentan o detentarían las municipalidades en el plano de la praxis.

Entre estas leyes y disposiciones «que regulan las actividades y funciones del sector público» a que se refiere el aludido artículo VIII de la LOM, encontramos, en primería instancia, a las normas que componen el bloque de constitucionalidad (BC). Pero también existen normas del Gobierno nacional que no se limitarán a agotar el reparto de competencias y el diseño de fuentes, sino que, además y al detalle, reconocerán o atribuirán obligaciones y potestades a los organismos públicos, regularán la prestación de los servicios públicos a cargo de estos y, notablemente, la esfera jurídica de los administrados.

VI

Autonomía Administrativa y Municipal

La autonomía se define como la potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios. (Real Academia Española S/F)

Vemos en la cita la importancia que tiene el elemento *normativo* en la definición del concepto de autonomía. Y es que de eso trata precisamente. En el caso de autonomía política, que también detentan las municipalidades, este tipo de autonomía en parte se manifestará a través de la capacidad del órgano de dar normas primarias o con valor de Ley, esto es, ordenanzas. En el caso de la autonomía administrativa esta supondrá la capacidad del órgano no solo de dar actos administrativos, autoorganizarse y eventualmente prestar servicios públicos, sino notablemente dar reglamentos. Esto se materializará en el caso de las municipalidades a través de la dación de los Decretos de Alcaldía. *Supra* hemos definido el reglamento y sus diversas modalidades o variantes. También ya hemos definido a la ordenanza municipal. Nuestra tarea es ahora discernir qué tipo de reglamento es aquel cuya dación corresponde al alcalde. Esto es, el decreto de alcaldía.

Una digresión.

Como se ha indicado, las Regiones y las Municipalidades detentan a la vez autonomía política

y autonomía administrativa. Cabe preguntarse si dado que estamos ante entes políticos, estos pierden su naturaleza de Administraciones públicas. Es el caso que según la LOM los Alcaldes detentan competencias nítidamente administrativas, i.e., 20.8. Dirigir la ejecución de los planes de desarrollo municipal; 20.9. Someter a aprobación del concejo municipal, bajo responsabilidad y dentro de los plazos y modalidades establecidos en la Ley Anual de Presupuesto de la República, el Presupuesto Municipal Participativo, debidamente equilibrado y financiado; 20.11. Someter a aprobación del concejo municipal, dentro del primer trimestre del ejercicio presupuestal siguiente y bajo responsabilidad, el balance general y la memoria del ejercicio económico fenecido; 20.13. Someter al concejo municipal la aprobación del sistema de gestión ambiental local y de sus instrumentos, dentro del marco del sistema de gestión ambiental nacional y regional: 20.15. Informar al concejo municipal mensualmente respecto al control de la recaudación de los ingresos municipales y autorizar los egresos de conformidad con la ley y el presupuesto aprobado. Conforme al artículo 39 de la LOPE, *in fine*, “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.” En el aspecto político de

las entidades, que además de suponer la dación de normas con valor de Ley, sus órganos son elegidos por el voto directo de los vecinos, baste con citar el artículo 39 de la LOPE ,*ab initio*, el mismo que preceptúa 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.”

Somos de la idea que no existe problema en que un organismo detente a la vez una naturaleza política y administrativa. En realidad no vemos cómo ello puede agraviar la naturaleza, autonomías, competencias e intereses respectivos de los órganos involucrados. Es inocuo. Creemos que una Ley de Municipalidades, bien en forma, puede facilitar sobremanera que el sistema de autonomías territoriales funcione satisfactoriamente. De lo que se trata en definitiva es no confundir los planos y las competencias.

En parte y sobre esta materia es de interés citar al Tribunal Constitucional cuando sostiene que, “En efecto, a partir de la Constitución de 1993, el constituyente peruano ha otorgado a las regiones y municipalidades, a través de sus órganos de gobierno, autonomía política, con lo que se ha inaugurado dentro del Estado peruano una modalidad especial

que conjuga una autonomía política general, inherente y exclusiva de gobierno nacional en el clásico Estado unitario, con una autonomía política constreñida a los asuntos competenciales propios, que se entiende como comprensiva de la gestión de sus intereses.” (FJ 35: Exps. 00001-2021-PCC/TC y 00004- 2021-PCC/TC (acumulados))

Retomando, diremos que el artículo 20(6) precisa como competencia del Alcalde, “Dictar decretos y resoluciones de alcaldía, *con sujeción a las leyes y ordenanzas;*”(Las cursivas son nuestras)

VII

NATURALEZA JURIDICA; RELACION CON OTRAS FUENTES Y LA INARDINACION DEL DECRETO DE ALCALDIA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO

Ya se ha insinuado que de detentar un órgano autonomía administrativa ello supone que el mismo tenga la capacidad de dar reglamentos. Los reglamentos, en principio, pueden estar subordinados a la Ley. También es de tener en cuenta la variedad de reglamentos que existe. Así, y lo reiteramos, los hay ejecutivos, independientes, autónomos y autoorganizativos. Con todo, podemos afirmar que en todos los casos el reglamento ejecutivo será

rigurosamente *secundum legem*, esto es, subordinado a la Ley o a la ordenanza; ocupando un segundo escalón en la maquinaria estructura normativa. Tiene razón el Magistrado Calle Haven cundo en su voto singular manifiesta que, (“El Decreto Supremo impugnado es una norma autoaplicativa, pues se trata de una norma reglamentaria (*prima facie*, ejecutiva), *secundum legem*. Y tal como tiene expuesto el Tribunal Constitucional, “los llamados reglamentos *secundum legem*, de ejecución, o reglamentos ejecutivos de las leyes, (...) están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben”, generando, por lógica consecuencia, una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de las personas a las que haya de extenderse su ámbito normativo.” (Exp. 02757-2009 pa/tc). *Infra* nos ocuparemos de los reglamentos autoaplicativos y heteroaplicativos.

Tal es en parte la posición que ocupa el decreto de alcaldía. Y tal vez es esta su faceta más importante. No negamos, sin embargo y como ya se ha dicho, que el decreto de alcaldía adolezca de una suerte de “polisemia normativa”. Ya lo veremos.

Reiteramos que el artículo 39, *in fine*, de la LOM, preceptúa que 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.

Se entiende que las funciones ejecutivas a cargo del alcalde son las previstas en el artículo 20 de la LOM. Entre estas funciones, como no podía ser de otra manera, hallamos el numeral 6 que alude a la atribución de, “Dictar decretos y resoluciones de alcaldía, *con sujeción a las leyes y ordenanzas;*” (Las cursivas son nuestras). Queda claro que el listado contenido en tal artículo 20 no será exhaustivo. Existen otras materias dispersas a lo largo de la LOM que corresponden a la competencia del alcalde. Volveremos a referirnos a este artículo.

Dado todo ello, ¿estamos frente a reglamentos autónomos o independientes? La respuesta parece nítida: *el artículo 20.6 de la LOM dispone que los decretos se dan con sujeción a las leyes y ordenanzas.* (Las cursivas son nuestras). Más aun, y como lo hemos visto, según el artículo II, *in fine*, de la LOM, “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) Es de citarse igualmente el artículo VIII de la LOM el cual prevé 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.”

Sin embargo, adoptar esta posición, tal cual, vaciaría de contenido toda autonomía municipal, inclusive la política. El artículo 38, *in fine*, de la LOM es claro: “Ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece como competencia exclusiva de las municipalidades.” Según el artículo 75°.- de la LOM, “Ninguna persona o autoridad puede ejercer las funciones específicas que son de competencia municipal exclusiva. Su ejercicio constituye usurpación de funciones.” A su vez, la Ley de Bases de la Descentralización (LBD) prescribe en su artículo 10.2 que, “Los Poderes Legislativo y Ejecutivo, no pueden afectar ni restringir las competencias constitucionales exclusivas de los gobiernos regionales y locales.”

El disenso así planteado puede hallar una solución en el artículo 4-f) de la LBD el mismo que manifiesta

que: “Las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. La subsidiariedad supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno, sea equilibrada y adecuada a la mejor prestación de los servicios del Estado a la comunidad.” En igual sentido, el artículo 14.2.a) de la LBD prescribe que, “El gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función, por consiguiente el gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y éstos a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales, evitándose la duplicidad y superposición de funciones”.

En todo caso, es de precisar que en estas líneas hemos jugueteado con la posibilidad que los reglamentos dados por el alcalde bajo la forma de decretos de alcaldía, sean autónomos o independientes.

De otro lado, una vez vista lo que podría ser la relación de la ley con los decretos de alcaldía, resulta viable precisar la relación entre decreto supremo y decreto de alcaldía. Sobre el particular es de indicar lo siguiente:

- a) Ambas normas pertenecen a distintos ordenamientos.
- b) Ello configura que no se pueda aludir a una relación jerárquica.
- c) Cada norma tiene su propio ámbito material de actuación.
- d) El decreto supremo no puede invadir las competencias materiales que corresponden a los decretos de alcaldía y en general al ordenamiento municipal. Lo mismo puede decirse de la relación entre decretos de alcaldía y decretos supremos.
- e) La relación entre ambas normas será rigurosamente competencial.
- f) En caso de una antinomia generada por una deficiente distribución de competencias llevada a cabo por la Constitución y el BC, prevalecerá el decreto supremo pues este responde al interés general de la nación mientras que el decreto de alcaldía representa un interés respectivo, un interés local.
- g) A lo indicado en el literal precedente habría que agregar que los decretos supremos son dados por el Presidente de la república quien dirige la política general de gobierno.
- h) Tanto el decreto supremo como el decreto de alcaldía generalmente son de carácter ejecutivo.

VIII
COMPETENCIAS NORMATIVAS
MUNICIPALES

Pero ello no es suficiente.

Es de indicar que en gran medida las atribuciones otorgadas por la LOM a los órganos de las Municipalidades tienen poca virtualidad normativa o son de naturaleza autoorganizativa. Tales atribuciones resultan siendo enjutas. Más bien estamos frente al dictado de actos administrativos o actos de ejecución, resolutivos o de gestión o también, en el mejor de los casos, normativa *ad intra*. Así, por ejemplo, según el artículo 9 de la LOM, son atribuciones del Concejo Municipal entre muchas otras, 3. Aprobar el régimen de organización interior y funcionamiento del gobierno local; 5. Aprobar el Plan de Desarrollo Urbano, el Plan de Desarrollo Rural, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos sobre la base del Plan de Acondicionamiento Territorial; 10. Declarar la vacancia o suspensión de los cargos de alcalde y

regidor; 13. Aprobar los proyectos de ley que en materia de su competencia sean propuestos al Congreso de la República; 24. Aprobar endeudamientos internos y externos, exclusivamente para obras y servicios públicos, por mayoría calificada y conforme a ley; 31. Plantear los conflictos de competencia. Sin perjuicio de las competencias tributarias, un caso en que sí se da una auténtica atribución de competencia normativa al Concejo Municipal, lo trae por ejemplo, el artículo 46 recogido de la LOM, el cual prevé que, “Las ordenanzas determinan el régimen de sanciones administrativas por la infracción de sus disposiciones, estableciendo las escalas de multas en función de la gravedad de la falta, así como la imposición de sanciones no pecuniarias.” También sería una auténtica dación de ordenanza la prevista en el artículo 119, *in fine*, de la LOM, “El concejo provincial o el distrital, mediante ordenanza reglamentará la convocatoria a cabildo abierto.”

En el caso de los Alcaldes y citamos nuevamente este precepto, tenemos según el artículo 20 de la LOM y entre otras, las siguientes atribuciones; 1. Defender y cautelar los derechos e intereses de la municipalidad y los vecinos; 2. Convocar, presidir y dar por concluidas las sesiones del concejo municipal; 3. Ejecutar los acuerdos del concejo municipal, bajo

responsabilidad; 4. Proponer al concejo municipal proyectos de ordenanzas y acuerdos; 5. Promulgar las ordenanzas y disponer su publicación; 8. Dirigir la ejecución de los planes de desarrollo municipal.

Sin perjuicio de lo que se dirá *infra*, dejamos en las protésicas manos del Tribunal Constitucional, el adoptar una solución a este tipo de conflictos que no es extraño en los estados que emprenden la ardua tarea de descentralizarse política, administrativa y territorialmente.

De otro lado, no es novedad decir que los decretos de alcaldía que configuran reglamentos de ejecución son quizá la mayoría.

En este contexto el artículo 42° de la LOM preceptúa que, “*Los decretos de alcaldía 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.*” (Las cursivas son nuestras)

Aparentemente se configura una antinomia que hace colisionar este artículo 42 y los artículos 41 y 43 de la LOM. A ellos habría que sumar el artículo 40, ya citado, que define a las ordenanzas como, 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 ordenanzas en materia tributaria expedidas por las municipalidades distritales deben ser ratificadas por las municipalidades provinciales de su circunscripción para su vigencia.

De acuerdo al artículo 41 de la LOM, “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”. (Las cursivas son nuestras)

El artículo 43° de la LOM dispone que, “Las resoluciones de alcaldía aprueban y *resuelven los asuntos de carácter administrativo.*” (Las cursivas son nuestras).

De los artículos citados se desprende un lugar común. Un gran lugar común. Esto es, el aspecto administrativo de las materias a ser reguladas o, para

ser más precisos, la gestión o ejecución de tales materias gatilla que no exista un orden de estructuración más o menos ordenado de las fuentes normativas a este nivel. Y en algunos casos nos encontramos con conceptos jurídicos indeterminados (v.g. correcta y eficiente administración municipal, asuntos de interés para el vecindario, asuntos específicos de interés público, vecinal o institucional, sujeción a una conducta o norma institucional, asuntos de orden general y de interés para el vecindario). No existe, reiteramos, un afinado orden en lo material de estas fuentes y en lo que a las competencias se refiere. En definitiva, ello no ayuda a mantener la sistematicidad del ordenamiento o, si se quiere, de los ordenamientos. Además, y como bien diría el profesor José Álvaro Quiroga León, “hemos pasado de tener una pirámide normativa a tener un cubo de Rubik”.

Sin embargo, algo queda claro. Las ordenanzas en cuanto norma supraordenada tendrán prevalencia en regular o para ser más precisos, “legislar”, sobre las materias que a las Municipalidades corresponda según así lo disponga la Constitución y el BC. La LOM es nítida: las ordenanzas son las normas que regulan las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa. Y también, en lo que se refiere a los decretos de alcaldía, estos resuelven o

regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario, *que no sean de competencia del concejo municipal.*

Este último precepto deja abierta la posibilidad de la dación de decretos de alcaldía del tipo independientes. En este contexto, de tratarse de materias a regular “que no sean de competencia del concejo municipal”, supone que el resto de materias dentro del ámbito competencial privativo de las Municipalidades, podrán bien ser reguladas mediante decretos de alcaldía. En tal sentido y debido a un tema de jerarquía o supraordenación, la ordenanza podrá regular ulteriormente la materia de la que trate tal decreto de alcaldía, dejando a este último derogado, abrogado, modificado o supliéndolo. Entonces el decreto de alcaldía será así segregado lo que conlleva a que tal decreto sea un “ocupante precario” del escalón de las normas primarias o, si se quiere, de las normas con valor de ley.

De otro lado, entre las competencias a ser ejercidas por las Municipalidades, sea de forma exclusiva o compartida según la LBD, y normativas o ejecutivas, encontramos las siguientes materias:

1. Organización del espacio físico - Uso del suelo;
2. Servicios públicos locales;
3. Protección y conservación del ambiente;
4. En materia de desarrollo y economía local;
5. En materia de

participación vecinal; 6. En materia de servicios sociales locales; 7. Prevención, rehabilitación y lucha contra el consumo de drogas.

El artículo 73 de la LOM se refiere a las materias de competencia municipal aun cuando lo hace esta vez de un modo más concretizado.

En lo que respecta a las Municipalidades provinciales también en este caso nos encontramos con que la mayoría de las competencias son de naturaleza ejecutiva y resolutive. Carecen en general, de sustrato normativo. En este contexto y dentro de tales competencias, en el artículo 73 de la LOM, encontramos los siguientes verbos que constituyen el tipo de actuación municipal, y que nos pueden aclarar de qué estamos hablando:

“Planificar”, “Promover”, “Impulsar”, “Apoyar”
“Ejecutar”, “Monitorear”, “Proponer”, “Administrar”
“Organizar”, “Difundir”, “Aprobar”, “Otorgar”,
“Diseñar”, “Autorizar”, “Fiscalizar”, “Calificar”,
“Proveer”, “Gestionar”, “Controlar”, “Instalar”,
“Mantener”; “Supervisar”; “Articular”;

Es en el literal d) de este artículo en el que se presenta una competencia de naturaleza normativa. Su texto es el siguiente: “Emitir las normas técnicas generales, en materia de organización del espacio físico y uso del

suelo así como sobre protección y conservación del ambiente.”

Sin embargo, y provisoriamente nos queda claro que lo dicho no impide que las Municipalidades puedan normar, regular o legislar sobre estas materias, siempre y cuando cuente con la competencia positivamente atribuida, y para manifestar esto nos basamos en lo prescrito por la LOM cuando esta señala que, las ordenanzas son las normas que regulan las materias en las que la municipalidad tiene *competencia normativa*. Y también, en lo que se refiere a los decretos de alcaldía, pues, según la LOM, *“Los decretos de alcaldía 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.”* (Las cursivas son nuestras)

No olvidar, sin embargo, que tanto en el caso de las ordenanzas como de los decretos de alcaldía su capacidad normativa proviene de la autonomía política y administrativa de las que están investidas sus respectivas entidades por mandato constitucional.

En todo caso se debe tener siempre presente el artículo 87 de la LOM que prevé, “Las municipalidades provinciales y distritales, para cumplir su fin de atender las necesidades de los vecinos, *podrán ejercer otras funciones y competencias no establecidas específicamente en la presente ley o en leyes especiales*, de acuerdo a sus posibilidades y en tanto dichas funciones y competencias no estén reservadas expresamente a otros organismos públicos de nivel regional o nacional.” (Las cursivas son nuestras)

IX Una antinomia

Artículo 200°.- Son garantías constitucionales:

5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

De otro lado, el artículo 75 del Código Procesal Constitucional (CPCConst) prevé que “La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas

en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso. Las demandas contra resoluciones o actos no normativos son objeto del proceso contencioso-administrativo. En el proceso de acción popular no implica sustracción de la materia, la derogación de la norma objeto del proceso ni la convalidación posterior por norma con rango de ley,”

Según el artículo 50 de la LOM- (Agotamiento de la vía administrativa), “*La vía administrativa se agota con la decisión que adopte el alcalde, con excepción de los asuntos tributarios y lo estipulado en el artículo siguiente.*” (Las cursivas son nuestras)

Aquí no es materia de análisis el artículo 51.

Por su parte el artículo 52 (“Acciones judiciales”) dispone que “*Agotada la vía administrativa proceden las siguientes acciones: 1. Acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra las ordenanzas municipales que contravengan la Constitución. 2. Acción popular ante el Poder Judicial contra los decretos de alcaldía que aprueben normas reglamentarias y/o de aplicación de las ordenanzas o resuelvan cualquier asunto de carácter general en contravención de las normas legales vigentes.*” (Las cursivas son nuestras)

En el caso de la Acción Popular es manifiesta la antinomia. De una parte ni la Constitución ni el

CPConst requieren agotar la vía previa para accionar ante el Poder Judicial. En lo que a la LOM se refiere, la misma sí exige agotar la vía previa para tener acceso a los tribunales.

Vislumbrando una posible solución para esta antinomia tenemos dos alternativas:

- El principio de especialidad de la Ley
- Aplicación del principio *pro actione*.(Artículo III del Título Preliminar del CPconst)

Al respecto es de indicar lo siguiente:

- a) El artículo 1° de la Constitución reconoce que, “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”.
- b) La obligación de seguir la vía previa resulta más oneroso (tiempo, dinero) que el acceso directo a los tribunales.
- c) El agregado de la vía previa también agravia el derecho de petición. El texto del numeral 20 del artículo 2 dice así, “A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que

está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad”.

d) Según artículo 139°(3) de la Constitución, son principios y derechos de la función jurisdiccional: Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. En otras palabras, esta vía previa ha sido dispuesta por la ley posteriormente a la sanción de la Constitución de 1993, esto es, cuando el cumplimiento de la vía previa aun no era exigible. Se trata pues, de una innovación de la mayor importancia que agravia frontalmente el principio *pro*

actione.(Artículo III del Título Preliminar del CPConst)

- e) Creemos que en alguna medida la vía previa puede ser suplida por lo dispuesto en el artículo 89 del CPConst cuyo texto es el siguiente: “La sala puede, de oficio, ordenar en el auto admisorio que el órgano remita el expediente conteniendo los informes y documentos que dieron origen a la norma objeto del proceso, dentro de un plazo no mayor de diez días, contado desde la notificación de dicho auto, bajo responsabilidad. La sala dispondrá las medidas de reserva pertinentes para los expedientes y las normas que así lo requieran”.
- f) Somos de la idea que dadas la innovación y fuerza decisoria de la vía previa, esta debe de ser por estas razones materia a regularse por la Constitución. La inclusión de la vía previa en el recurso de acción popular no es un tema baladí, y la vía previa constituye,

por acto del legislador, la “columna vertebral” del aludido recurso, y también es así en el caso del proceso de amparo. Es por ello que sin entender por qué para el caso del ordenamiento municipal y en específico para el caso de la acción popular, se prescribe la vía previa.

- g) El mismo nombre lo dice. El recurso de acción popular puede ser entablado por cualquier ciudadano. Es una acción de interés público. En este contexto, seguir la vía previa responde más a un interés personal o particular.
- h) Sería bueno saber cuál es la *ratio* que lleva al legislador a configurar en el ordenamiento la figura de la vía previa solo para el caso de impugnación de los Decretos de Alcaldía, y no para el resto de reglamentos.
- i) Sobre la especialidad de la norma, creemos que este criterio no se activa, pues restringe de modo inconmensurable los derechos del administrado. Tal

especialidad no supone una causa que pueda ser acogida por el ordenamiento jurídico dado la misma agravante. Lo que aquí sucede es que mediante una norma especial se restringen los más elementales derechos del administrado, haciendo aún más oneroso el proceso de acción popular al forzar al administrado a pasar por un trámite que no tiene razón de ser. Ello es una arbitrariedad.

X

JURISPRUDENCIA

A continuación y para concretizar el estudio de la materia que este texto supone, vamos a transcribir extractos de dos sentencias, una del Tribunal Constitucional y otra del Poder Judicial.

Tribunal Constitucional

EXP. N. ° 4677-2004-PA/TC.-.

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 137, su fecha 26 de abril de 2004, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

La recurrente, con fecha 14 de febrero de 2003, interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, solicitando que se declare inaplicable el Decreto de Alcaldía N.º 060-2003, que declara zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección dentro del centro histórico de Lima, delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas, pues considera que vulnera sus derechos fundamentales de reunión y de participación política.

La emplazada contesta la demanda manifestando que la cuestionada norma ha sido expedida en cumplimiento del artículo 3º de la Ley N.º 23853 - Ley Orgánica de Municipalidades- (a la fecha derogada), que obliga a la municipalidad a fomentar el bienestar de los vecinos; el inciso 4) del artículo 11º de la misma ley que establece la competencia del

gobierno local para pronunciarse sobre asuntos relacionados -con turismo y conservación de monumentos arqueológicos e históricos; el inciso 13) de su artículo 65°, que le exige procurar, conservar y administrar, en su caso, los bienes de dominio público, como caminos, puentes, plazas, avenidas, paseos, jardines, edificios públicos y otros análogos; y los incisos 11) y 12) de su artículo 67° que le otorgan competencia, respectivamente, para promover y asegurar la conservación y custodia del patrimonio cultural local y la defensa y conservación de los monumentos arqueológicos, históricos y artísticos; y para fomentar el turismo, restaurar el patrimonio histórico local y cuidar de su conservación. Aduce que el derecho de reunión no es un derecho absoluto e ilimitado, y que las manifestaciones violentas en las que incurre la demandante, vulneran el derecho de propiedad, el libre tránsito, la integridad personal, el derecho al trabajo y la seguridad personal. Manifiesta que existen otras zonas de Lima en las que la recurrente puede ejercer su derecho de reunión.

La recurrente solicita que se declare inaplicable el Decreto de Alcaldía N. ° 060-2003, que declara zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección dentro del centro histórico de Lima, delimitado por el río Rímac, las

avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas, pues considera que vulnera sus derechos fundamentales de reunión y de participación política.

Se trata de una demanda de amparo interpuesta directamente contra una norma, motivo por el cual, tomando en cuenta lo establecido por el artículo 200° 2 de la Constitución ("No procede [la demanda de amparo] contra normas legales."), es preciso que este Tribunal se pronuncie con relación a si dicho precepto exige la declaración de improcedencia de la demanda, sin posibilidad de ingresar a evaluar el fondo del asunto planteado.

Una lectura literal de la parte pertinente del artículo 200° 2 de la Constitución, permitiría sostener que no resulta aplicable al caso de autos. Y es que mientras la referida disposición constitucional alude a la imposibilidad de plantear amparos contra "normas legales", la disposición cuestionada en el presente caso no es una norma legal o de rango legal, sino reglamentaria y, consecuentemente, infralegal. En efecto, tal como lo dispone el artículo 42° de la Ley N. ° 27972 -Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)-: "Los decretos de Alcaldía 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." (Las cursivas son nuestras)

Sin embargo, el Colegiado aprecia, tras una interpretación teleológica del aludido artículo 200° 2 de la Carta Fundamental, que esta disposición tiene por propósito evitar que el proceso constitucional de amparo se convierta en una vía en la que pueda enjuiciarse, en abstracto, la validez constitucional de la generalidad de las normas (no sólo las legales), con el propósito de, determinada su inconstitucionalidad, expulsarlas del ordenamiento jurídico, pues dicho cometido ha sido reservado constitucionalmente al proceso de inconstitucionalidad (artículo 200° 4) -en lo que a las normas de rango legal respecta-, y al proceso de acción popular (artículo 200° 5) -en lo que a las normas de rango infralegal se refiere.

Así las cosas, siendo el presente un proceso de amparo, no es posible evaluar la constitucionalidad del decreto de alcaldía cuestionado desde una perspectiva abstracta.

Empero, tal como tiene establecido el Tribunal en uniforme y reiterada jurisprudencia, la improcedencia del denominado "amparo contra normas", se encuentra circunscrita a los supuestos en los que la norma cuya inconstitucionalidad se acusa sea heteroaplicativa, es decir, aquella cuya aplicabilidad

no es dependiente de su sola vigencia, sino de la verificación de un posterior evento, sin cuya existencia, la norma carecerá, indefectiblemente, de eficacia, esto es, de capacidad de subsumir, por sí misma, algún supuesto fáctico en su supuesto normativo. Es evidente que en tales casos no podrá alegarse la existencia de una amenaza cierta e inminente de afectación a los derechos fundamentales, tal como lo exige el artículo 2° del Código Procesal Constitucional (CPConst.), ni menos aún la existencia actual de un acto lesivo de tales derechos. De ahí que, en dichos supuestos, la demanda de amparo resulte improcedente.

Así las cosas, corresponde evaluar qué clase de norma, desde el punto de vista de su eficacia, es el decreto de Alcaldía impugnado, pues sólo en caso de que se trate de una norma autoaplicativa, este Colegiado podrá ingresar a merituar el fondo del asunto.

*Según el Colegiado el Decreto de Alcaldía N. ° 060-2003 es una norma autoaplicativa, pues no sólo resulta - tal como quedó dicho que se trata de una norma reglamentaria (prima facie, ejecutiva), sino que, dentro de esta categoría, se trata de un reglamento *secundum legem*. Y tal como tiene expuesto este Colegiado, "los llamados reglamentos *secundum legem*, de ejecución, o reglamentos*

ejecutivos de las leyes, (...) están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben", generando, por lógica consecuencia, una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de las personas a las que haya de extenderse su ámbito normativo.

El hecho de que los demandantes no hayan cuestionado un acto concreto de aplicación del referido decreto, no es óbice para que el Tribunal Constitucional ingrese en la evaluación de su constitucionalidad, puesto que su naturaleza autoaplicativa, es decir, su potencial aplicabilidad inmediata e incondicionada, da lugar a la amenaza cierta e inminente de que dicha aplicación se verifique, pudiendo dar lugar a la afectación de los derechos fundamentales de los miembros de la recurrente, en caso de que, tras ingresar a evaluar su contenido normativo, se colija su incompatibilidad con el contenido constitucionalmente protegido de alguno(s) de aquellos.

El decreto de alcaldía no constituye la vía normativo-ejecutiva de una norma heteroaplicativa, sino la precisión o complementación de su supuesto normativo autoaplicativo, señalando que la proscripción relativa de permitir concentraciones públicas en las vías del Centro Histórico, se convierte en absoluta en el sector delimitado por el río Rímac,

las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas, según reza el artículo 2° del Decreto de Alcaldía 060-2003.

El Decreto de Alcaldía N. ° 060-2003 es una norma autoaplicativa, pues no sólo resulta que se trata de una norma reglamentaria (prima facie, ejecutiva), sino que, dentro de esta categoría, se trata de un reglamento secundum legem.

En efecto, de una simple lectura de los cuatro artículos del decreto de alcaldía, se aprecia que su objetivo consiste en reglamentar la Ordenanza Municipal N. ° 062- MML, expedida por la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML), el 18 de agosto de 1994, en lo que respecta a la regulación de las concentraciones masivas en el Centro Histórico de Lima.

En consecuencia, el hecho de que los demandantes no hayan cuestionado un acto concreto de aplicación del referido decreto, no es óbice para que el Tribunal Constitucional ingrese en la evaluación de su constitucionalidad, puesto que su naturaleza autoaplicativa, es decir, su potencial aplicabilidad inmediata e incondicionada, da lugar a la amenaza cierta e inminente de que dicha aplicación se verifique, pudiendo dar lugar a la afectación de los derechos fundamentales de los miembros de la recurrente, en caso de que, tras ingresar a evaluar su

contenido normativo, se colija su incompatibilidad con el contenido constitucionalmente protegido de alguno(s) de aquellos.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no siempre la reglamentación de una ley o norma con rango de ley, implica la naturaleza heteroaplicativa de ésta, puesto que el reglamento puede simplemente haber incidido, ejecutivamente, en la precisión o complementación de algún supuesto normativo que, no obstante, en sí mismo, resultaba ya autoaplicativo.

Tal es el caso del inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N. ° 062-MML en su relación con el Decreto de Alcaldía N. ° 060-2003. En efecto, el inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N. ° 062-MML, establece: "Artículo 132°.- Para regular el tránsito y garantizar la seguridad vial, se deben tomar en cuenta las siguientes medidas: (...) f) No se permiten, las concentraciones masivas de personas o equipos que cierren las vías públicas en el Centro Histórico, salvo cuando se trate de eventos tradicionales debidamente autorizados. En tal caso se propondrán vías alternativas." *Como se observa, el decreto de alcaldía no constituye la vía normativo-ejecutiva de una norma heteroaplicativa, sino la precisión o complementación de su supuesto normativo autoaplicativo, señalando que la proscripción relativa de permitir concentraciones*

públicas en las vías del Centro Histórico (pues el artículo 132° admite una excepción en caso de eventos tradicionales), se convierte en absoluta en el sector delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas, según reza el artículo 2° del Decreto de Alcaldía 060-2003 .

En consecuencia, dada la inmediata vinculación (conexidad) entre ambas normas (el inciso f del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N. ° 062-MML y el Decreto de Alcaldía N. ° 060-2003) y su naturaleza autoaplicativa, este Tribunal es competente para ingresar a evaluar la constitucionalidad de ambas.

Siendo una norma de alcance general, cuando el inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza N.° 062-MML, establece que "[n]o se permiten, las concentraciones masivas de personas o equipos que cierren las vías públicas en el Centro Histórico, salvo cuando se trate de eventos tradicionales debidamente autorizadas", parte de la idea, per se, de que toda reunión en el Centro Histórico, con excepción de los eventos tradicionales, constituyen una amenaza cierta a su integridad monumental, y consecuentemente, a la regla de orden público representada en la necesidad de preservar los bienes públicos, máxime si constituyen patrimonio cultural material, cuyo

respeto conlleva, a su vez, el respeto al derecho fundamental a la cultura en su faz subjetiva y objetiva (artículo 2° 8 de la Constitución). ¿Puede llegarse a esa conclusión sin tener en cuenta los antecedentes y capacidad organizativa de las personas o entidad celebrante, las garantías que ofrece, la cantidad aproximada de personas que participarán, el itinerario o lugar específico en el que se llevará a cabo, la fecha y hora de celebración, su objeto, etc.? El Tribunal Constitucional considera que la respuesta es negativa. Y es que resulta evidente que la norma no supera el test de proporcionalidad, puesto que si bien persigue un fin constitucionalmente válido (proteger el Centro Histórico como patrimonio cultural) y utiliza un medio idóneo para ello (prohibir las reuniones en el área que lo configura), sin embargo, al proscribir en abstracto toda reunión en el Centro Histórico de Lima (con la salvedad hecha de los eventos tradicionales), incurre en una medida absolutamente innecesaria, puesto que el mismo objetivo podría alcanzarse evaluando, caso por caso, las razones objetivas, suficientes y fundadas que puedan justificar la adopción de medidas restrictivas del ejercicio del derecho de reunión, siendo la prohibición la última ratio a la que debe acudir la autoridad administrativa. Al expedir el inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N.° 062-MML no se ha tenido

en cuenta que la declaración como patrimonio cultural del Centro Histórico no ha relevado a sus calles y avenidas de la condición de vías públicas, expresamente reconocidas por el constituyente como lugares habilitados para el válido ejercicio del derecho de reunión.

Por todos estos motivos, el Tribunal Constitucional considera inconstitucional el inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N. ° 062-MML, motivo por el cual, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas, previsto en el artículo 138° de la Constitución, lo declara inaplicable.

Y es que el referido artículo 1° del decreto de alcaldía se ampara en una disposición que, como quedó dicho, resulta manifiestamente inconstitucional, entre otros motivos, por someter a un requisito de autorización previa el derecho fundamental de reunión. En tal sentido, desde luego, el vicio de inconstitucionalidad del inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N. ° 062-MML, se extiende al artículo 1 del Decreto de Alcaldía N. ° 060-2003, por lo que corresponde su inaplicación.

.El artículo 2° del Decreto de Alcaldía N.° 060-2003, dispone: "Declarar Zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección reconocido como Patrimonio Cultural de la

Humanidad por la UNESCO dentro del Centro Histórico de Lima, delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas (...)." Pretende, en consecuencia, la prohibición absoluta de ejercer el derecho de reunión en las vías públicas (únicas a las que puede hacer referencia el término técnico "zona rígida") del área perteneciente al Centro Histórico de Lima, delimitada por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas. Se advierte, pues, una prohibición al ejercicio del derecho de reunión carente de toda proporcionalidad, pues lejos de permitir analizar las concretas circunstancias de cada caso para determinar si, a la luz de ellas, dicha prohibición se justifica o no, pretende proyectar dicha prohibición con efectos generales, sin causa objetiva, suficiente y fundada que la ampare. Así las cosas, no cabe más que aplicar, mutatis mutandis, idéntico razonamiento al que fue expuesto en los Fundamentos 27 a 30, supra, con relación al inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N. ° 032-MML, y declarar inaplicable, por inconstitucional, el artículo 2° del Decreto de Alcaldía N. ° 060-2003; así como sus artículos 3° y 4°, por conexión.

PODER JUDICIAL

EXPEDIENTE N° 004-2008-0-2701-SP-CI-01
(Acción Popular). CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRE DE DIOS SALA SUPERIOR MIXTA y DE APELACIONES NCPP

Por escrito de folios veintiséis a treintitrés, la Asociación de Transportistas y Extractores de Agregados para la Construcción – “ATEAC” – interpone demanda de Acción Popular contra la Municipalidad Provincial de Tambopata con la finalidad de que se declare la Ilegalidad de la Ordenanza Municipal N° 014-2006-A-MPT-SG por vulnerar lo dispuesto en el artículo 03° de la Ley N° 28221 – “Ley que regula el Derecho por Extracción de Materiales de los Álveos o Cauces de los Ríos por las Municipalidades”.

La demandante: Ampara su pretensión en lo previsto en el artículo 51° y 200° de la Constitución Política del Perú. En los artículos 75° y 76°, 84° a 97° del Código Procesal Constitucional. En la Ley N° 28221 artículo 03° y Cuarta Disposiciones Complementaria y Derogatorias. En el Decreto Supremo N° 014-92-EM, TUO de la Ley General de Minería artículo 39°. En la Ley N° 27972 Ley Orgánica de Municipalidades, artículo 44° y 69°.

La demandada absuelve el traslado de la demanda en forma negativa absoluta. La Ley Orgánica de Municipalidades señala que los Gobiernos Locales gozan de autonomía política económica y administrativa, emiten Resoluciones de gerencia, de Alcaldía, respetando el orden jurídico y normativo que benefician específicamente a la población en su conjunto. La Ley N° 26737 por la que se estableció que la explotación de los materiales de acarreo debe ser controlada y vigilada por la autoridad de aguas, la que se encarga de otorgar permisos para su extracción, luego por Decreto Supremo N° 013-97-AG se aprobó el Reglamento de la Ley antes citada señalando en su artículo 14° que los derechos a abonarse por concepto de extracción de material de acarreo será de 0.0833% de la Unidad Impositiva Tributaria por metro cúbico, *en relación al volumen solicitado, cabe recalcar que el antecedente enunciado siempre se ha realizado por metro cúbico y nunca por hectárea*, pues el ámbito del terreno materia de extracción es de 4 000 - 5000, 6000 m², como se establecería el cobro, por lo que el artículo 03° de la Ley N° 28221 quedó obsoleto tanto en el campo de su interpretación como en el de su aplicación y pero (sic) aún en el ámbito de su vigencia. A través del Decreto Supremo N° 037-96-EM de fecha veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y seis y R.M.M° 188-97-

EM/VMM del dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y siete, se dispuso que el Ministerio de Energía y Minas resultaba competente para establecer las condiciones de explotación de canteras de materiales de construcción mientras que el Ministerio de Agricultura controlaba y supervigilaba la explotación de materiales de construcción que acarrear las aguas de los ríos y que depositan en los alveos o cauces, destacando claramente la porcentualización de cancelatoria, (sic) optándose por la modalidad del pago por metro cúbico, estaba claro entonces que la normatividad de ambos sectores distinguía entre canteras no renovables y depósitos naturales renovables, ya que el material de acarreo de mineral no metálico arena, cascajo y otro por el río es permanente y conforme lo establece la Ley N° 28221 en su artículo 01° ratifica la autonomía administrativa de las Municipalidades Provinciales y Distritales, las mismas que son competentes para autorizar la extracción de materiales que acarrear y depositan las aguas de los alveos o cauces de los ríos y para el cobro de los derechos que correspondan y que están localizados en su jurisdicción y conforme a ley, en concordancia con el artículo 02° y 03° de la referida norma.

Posteriormente en fecha veintinueve de diciembre del año dos mil seis, la Municipalidad de Tambopata

expide la Ordenanza N° 014-2006-A-MPT-SG en la que contrariamente a lo esperado, vuelve a incorporar la ilegal disposición de cobrar por metro cúbico en lugar de hectárea/año como lo dispone la Ley N° 28221 (sic), motivo por el cual los miembros de la asociación demandante, con fecha veinte de julio del dos mil siete presentaron un recurso exigiendo a 3 (sic) la autoridad edil la corrección de su ilegal Ordenanza, sin obtener resultado alguno, viéndose obligados a tener que aceptar las ilegales condiciones que esta institución les ordenó para poder seguir realizando sus actividades laborales. Ante la total necesidad del Municipio respecto de acatar los mandato de una Ley de rango nacional se han visto en la necesidad de tener que recurrir ante esta instancia con la finalidad de que la Sala declare la ilegalidad de la referida Ordenanza Municipal por contradecir el texto expreso de la Ley N° 28221, además que dicha ordenanza ha obviado el requisito de publicación contenido en el artículo 44° de la Ley Orgánica de Municipalidades constituyendo otra causal para la declaratoria de ilegalidad de la referida norma municipal. La Ley N° 26737 estableció que la explotación de los materiales de acarreo debe ser controlada y vigilada por la autoridad de aguas, quien otorgará para su extracción; posteriormente mediante Decreto Supremo N° 013-97-AG se aprueba el Reglamento de la Ley N° 26737 señalando en su

artículo 14° los derechos a abonarse por concepto de extracción de material de acarreo será de 0.0833% de la Unidad Impositiva Tributaria por metro cúbico, en relación al volumen solicitado, antecedente que permite establecer que dicha extracción de material de acarreo siempre se ha realizado por metro cúbico y jamás por hectárea; por lo que en líneas específicas corresponde al Gobierno Municipal otorgar las autorizaciones y establecer el valor económico del derecho de extracción de los materiales que acarrean y depositan las aguas en los alveos o cauces de los ríos o canteras localizadas en su jurisdicción y para la aclaración correspondiente y para el derecho de extracción se usa el marco legal basado en el Reglamento de la Ley N° 26737 aprobado por D.S. N° 013-97-AG la misma que es pertinente al caso, en dicho reglamento en el Capítulo V artículo 14° se cancelará el 0.0833 % de la UIT por metro cúbico y en soles, de conformidad con el artículo m03° (sic) de la Ley N° 28221 no podrá ser superior al valor económico del derecho de vigencia que pagan los concesionarios mineros no metálicos y conforme se aclara según la ley N° 27651 – que aprueba la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Empresa Artesanal en su artículo 07°.

En el mes de febrero del dos mil cinco se aprobó la ordenanza N° 003-2005-MPT-SG se aprueba el

decreto por extracción de materiales que acarrear o depositan las aguas en sus alveos y cauces de los ríos y canteras localizadas en la jurisdicción de Tambopata, la misma que ha considerado de manera proporcional a la extracción de material en referencia, diferenciando claramente lo que es más ventajoso para (sic) las concesiones mineras no metálicas, las mismas que se diferencian claramente al ser consideradas por metro cúbico, como las más aplicables y favorables, a los concesionarios así como a la municipalidad pues no existe desproporcionalidad en el pago así como en el cobro correspondiente, debiendo considerarse una ordenanza de la autoridad competente y no como afirma el demandante que es anticonstitucional.

Por su parte el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Tambopata se apersona a la instancia por escrito, absolviendo el traslado de la demanda pidiendo sea declarada improcedente, en los términos siguientes:

- a) La ley sobre material de acarreo Ley N° 28221 hace mención que el derecho de extracción no podrá ser superior al derecho de vigencia que pagan los concesionarios mineros no metálicos, entonces no se habla de concesiones metálicas, donde se considera en hectárea cúbica.
- b) Las Ordenanzas municipales tienen rango de ley además que la ordenanza N° 014-2006- Q-MRT-

SG ha sido modificada por *Decreto de Alcaldía* N° 09-2007-MPT-A-SG de fecha veintiocho de diciembre del dos mil siete, publicada en el Diario Don Jaque en fecha treinta y uno de diciembre del dos mil siete.

- c) La acción idónea es la inconstitucionalidad, conforme lo señalado en el artículo 77° del Código Procesal Constitucional, siendo expresa que se interpone esta para ordenanzas ya que en jerarquía está a la misma de una ley consecuentemente la demanda no reúne los requisitos exigidos por esta además el plazo para accionar es de cinco años pero estando a que cada dos años es la modificatoria, por lo que el plazo desde la publicación de la ordenanza en diciembre del dos mil seis ha transcurrido largamente.

- El artículo 200° numeral 5) de la Constitución Política del Perú incluye dentro de las garantías constitucionales a la Acción Popular, la cual procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen, por infracción de la Constitución y de la ley. En el ámbito doctrinario, César Landa señala que “La Acción Popular está estrechamente ligada a la acción de inconstitucionalidad de las leyes, en

la medida que su objeto también es asegurar el orden constitucional objetivo, además del legal, pero examinando las normas inferiores a la ley”. El proceso de Acción Popular constituye un mecanismo de control concentrado de las normas reglamentarias, que es ventilado exclusivamente al interior del Poder Judicial, y que presenta como objetivos el de velar por la defensa del artículo 51° de la Carta Magna (el cual prescribe que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de menor jerarquía, y así sucesivamente”), y el artículo 118° inciso 8) del mismo texto normativo (que considera dentro de las atribuciones del Presidente de la República la de “Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”).

En el ámbito de los Gobiernos Locales, la Ley N° 27972- Ley Orgánica de Municipalidades prescribe en su artículo 40° que “Las Ordenanzas de las Municipalidades Provinciales y Distritales, en la materia de su competencia, son normas de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales (...) se crean, modifican, suprimen o exoneran los arbitrios, tasas, licencias, derechos y contribuciones, dentro de los límites establecidos en la ley”. *En tanto, el artículo 42° de*

la misma norma estipula que “Los Decretos de Alcaldía establecen normas reglamentarias y de aplicación de las Ordenanzas”. Por consiguiente, es procedente resulta procedente (sic) la Acción Popular en caso que un Decreto de Alcaldía vulnere lo consignado en una Ordenanza Municipal (que cuenta con rango legal). (Las cursivas son nuestras)

- En el proceso de Acción Popular se impugnan las normas reglamentarias que vulneran lo dispuesto en las leyes. Las normas con rango de ley que existen en nuestro ordenamiento jurídico, en primer lugar, encontramos la fuente normativa denominada “ley” en sentido estricto, cuya expedición corresponde al Congreso de la República, acorde al artículo 102° inciso 1) de la Constitución, y cuya legitimidad reposa en el principio de soberanía política, contemplada en el artículo 45° de la misma C (sic) - En el proceso de Acción Popular se impugnan las normas reglamentarias que vulneran lo dispuesto en las leyes. Las normas con rango de ley que existen en nuestro ordenamiento jurídico, en primer lugar, encontramos la fuente normativa denominada “ley” en sentido estricto, cuya expedición corresponde al Congreso de la República, acorde al artículo 102° inciso 1) de la Constitución, y cuya legitimidad

reposa en el principio de soberanía política, contemplada en el artículo 45° de la misma Carta Magna.

La Acción Popular busca defender la constitucionalidad y legalidad frente a las normas administrativas que la contradicen; es decir, es un medio de control constitucional y legal de tipo jurisdiccional sobre normas inferiores como son las de nivel administrativo. La controversia en una Acción Popular constituye una discusión de puro derecho, en el que debe determinarse si la norma de inferior jerarquía contraviene la Constitución o la ley. Los efectos de la sentencia no son particulares, sino generales, es decir, su ámbito de vigencia es para un colectivo y no una determinada persona.

BIBLIOGRAFIA

García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas

Real Academia Española s/f) disponible en: https://www.google.com/search?q=significado+de+autonomia&oq=significado+de+autonomia&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIHCAEQABiABDIHCAIQABiABDIHCAMQABiABDIHCAQQABiABDIHCAUQABiABDIHCAYQABiABDIHCACQABiABDIHCAgQABiABDIHCAkQABiABNIBCTI3

MjY2ajBqN6gCALACAA&sourceid=chrome&ie=UTF-8

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

Tornos Mas, J. (Enero-diciembre 1983). La relación entre ley y reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional. Revista de Administración Pública, (100-102), pp. 471-507.