

**EL CONCEPTO DE LEY EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

Biblioteca de Derecho del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El concepto de ley en el ordenamiento jurídico peruano

Emilio Tafur Charun

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

EL CONCEPTO DE LEY EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Primera edición, abril 2024
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: FM Servigraf E.I.R.L.
Imprenta: FM Servigraf E.I.R.L.
Calle El Alhelí 108-B Dpto. 201, Surquillo, Lima

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2024-03266

ISBN: 978-612-4400-70-4
Impreso en el Perú - Printed in Peru

A la memoria de doña Angélica Revilla y Revilla de Tafur

«The more sensitive you are, the more certain you are to be brutalized, develop scabs, never evolve. Never allow yourself to feel anything, because you always feel too much».

Marlon Brando

ÍNDICE

Nota del editor	15
Palabras liminares	17

JERARQUÍA, COMPETENCIA Y FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Diseño de Estado llevado a cabo por la Constitución. Pluralidad de ordenamientos o instituciones (la importancia de la tarea del Tribunal Constitucional en la construcción del modelo de Estado)	19
2. La Constitución como «fuente de fuentes» y «competencia de las competencias»	28
3. Leyes integrantes del bloque de constitucionalidad. Su relación con otras fuentes primarias	31
4. El concepto tradicional de ley. «Fuerza de ley». La crisis del concepto «unitario» de ley	45
5. Relación entre políticas públicas provenientes de distintos ordenamientos	55
6. ¿Qué tienen en común las diversas fuentes formales con valor o rango de ley y que son así diseñadas por la Constitución? ¿Acaso valor o rango de ley son pseudoconceptos?	69
7. Referencias	70

LA TEORÍA DE LA CAUSA APLICABLE A LOS REGLAMENTOS
Y ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Administraciones públicas, personalidad jurídica e instrumentalización	73
2. Reglamentos y actos administrativos	74
3. Precisiones sobre la naturaleza de las administraciones públicas	75
4. Los fines públicos de interés general y el principio de legalidad	78
5. «Publicación», exorbitancias y privilegios	81
6. La causa	83
7. Colofón	85
8. Referencias	86

LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS, COMPARTIDAS Y CONCURRENTES
EN EL ÁMBITO DE DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL

1. Exordio	87
2. Armonización y relación entre entidades	88
3. Tipos de competencias	93
4. Competencias exclusivas y el principio de unidad	95
5. Competencias compartidas y la importancia del principio de concurrencia	99
6. Intereses superiores, intereses respectivos y el proceder del Tribunal Constitucional	101
7. Intereses superiores e intereses respectivos en el ámbito positivo	103
8. Autonomía y cláusula de unidad	104
9. Colofón	106
10. Referencias	107

DE LA AUTONOMÍA Y DE LOS REGLAMENTOS INDEPENDIENTES
EN GENERAL

1. Exordio	109
2. Principio de legalidad-publicación (noción de reglamento)	110
3. Deslinde entre reglamentos y actos administrativos	117
4. La jerarquía de las normas que atribuyen la potestad reglamentaria	119
4.1. La autonomía administrativa como atributo para la dación de reglamentos	122
4.2. La atribución de potestad reglamentaria a regiones y municipalidades	124
4.2.1. Breve anotación sobre la autonomía política	126
4.2.2. La atribución de potestad reglamentaria a las administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional y extraterritorial	127
5. Sobre los reglamentos independientes (vista previa)	129
5.1. Deslinde entre reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes	132
5.2. Deslinde entre reglamentos autónomos y reglamentos independientes	136
5.3. Los reglamentos híbridos (ejecutivos, autónomos e independientes)	138
5.3.1. Los reglamentos de las administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional y extraterritorial	139
5.3.2. Los así llamados «reglamentos técnicos»	141
6. Referencias	144

EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS REGIONES
Y MUNICIPALIDADES

1. Exordio	147
2. Antecedentes históricos	150
2.1. La dictadura en la República romana	150
2.2. El <i>putsch</i> de Argel (1962)	152
3. La autonomía de los entes territoriales	152
4. Estado de necesidad o de excepción	153
5. Interés público	155
6. Los reglamentos de necesidad	156
7. Interés nacional, grave riesgo de la economía nacional y del proceso de descentralización, y cuando se comprometa gravemente la estabilidad macroeconómica del país (sobre potestades discrecionales, conceptos jurídicos indeterminados y principio de razonabilidad)	158
7.1. Las potestades discrecionales	159
7.2. Conceptos jurídicos indeterminados	160
7.3. El principio de razonabilidad	162
8. <i>La ratio legis</i> de los decretos de urgencia diseñados en la LOGR y la LOM	164
9. Referencias	165

NOTA DEL EDITOR

He leído las generosas expresiones que el autor de esta obra escribe sobre mí en las «Palabras liminares». Ellas responden, sin duda, a la hermandad que existe entre nosotros. Emilio no es sólo mi amigo. Es mi hermano, con quien comparto una gran amistad que tiene cuarenta y dos años, desde que ingresamos a la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ya lo he dicho en otras ocasiones; y es que Emilio Tafur Charun se ha convertido en un notable exponente de la doctrina del Derecho Administrativo y Constitucional. El Perú tiene el privilegio de contar con un jurista de la talla de Emilio, con un enorme compromiso por la investigación, por la que profesa, diría yo, devoción, al extremo de ser hoy, no me cabe duda, quien más escribe sobre el particular en nuestro país.

La producción de Emilio se extiende a varias (y sí que son varias) docenas de artículos, y diversos libros sobre las materias de su especialidad. El otro día, conversando con él, hacíamos cálculos en el sentido de que recibimos en el Estudio un trabajo de Emilio cada tres semanas y publicamos un libro suyo cada año (y creo que me estoy quedando corto).

Naturalmente que la *Biblioteca de Derecho* del Estudio se siente muy orgullosa de publicar las obras de tan distinguido maestro y Emilio tiene nuestro compromiso de que lo seguiremos haciendo mientras Dios así lo disponga.

Estoy seguro de que esta obra ilustrará mucho al medio jurídico peruano (y extranjero) sobre las materias en él abordadas, siempre con la profundidad y seriedad del gran jurista y mejor amigo que es don Emilio Tafur Charun.

Lima, febrero de 2024

Mario Castillo Freyre*
Director de la Biblioteca de Arbitraje

* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de Número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.
<www.castillofreyre.com>.

PALABRAS LIMINARES

El presente libro *ab initio* estuvo pensado para ser un artículo a publicarse en la página web de la prestigiosa firma legal del doctor Mario Castillo Freyre. Le conté a Mario sobre el artículo. Mario me dijo que lo iba a leer con calma. A los pocos días Mario me envía un *e-mail* noticiándome que ya había terminado de leer el artículo. Me hizo saber —y esto no es infidencia— que me felicitaba por la erudición puesta de manifiesto en el artículo. Que el mismo estaba excelente. Que el artículo era, en fin, de una técnica elevada y digno de constituir un libro independiente.

Dado mi muy especial afecto por Mario Castillo Freyre, y siendo él mismo, a la vez, orgullo del jurismo patrio, no dudé un solo instante en aceptar su generoso ofrecimiento.

En lo que a su contenido respecta, en el presente libro planteamos la importancia de los principios de competencia y de función constitucional en lo que se refiere notablemente al concepto de ley y con ello a la dinámica del sistema jurídico. Concepto de ley que, como veremos, ha perdido, irremediablemente y como referente al «unitarismo», unitarismo que encontraba su elemento basilar en la expresión de la voluntad general.

Y es que con la extinción o decadencia de la concepción unitaria de la ley se gatilla lo que podríamos denominar como una «muerte fecunda». En efecto, la extinción de la concepción unitaria de la ley y con ella la idea de fuerza de ley, es producto de un Estado que es diseñado por la Constitución con una pluralidad de poderes que va más allá de los clásicos tres poderes. Naturalmente, este revulsivo va a tener una impronta en el sistema de fuentes normativo y privativo de cada uno de tales poderes. En tal sentido, la aludida muerte es «fecunda», pues ante

la caída del «unitarismo», propio de un Estado centralizado, la competencia y el poder de dar normas primarias se descentraliza, se democratiza, tanto funcional como territorialmente, además de contribuir a dotar de una mayor sistematicidad y dinámica al ordenamiento jurídico nacional, como sería el caso de los decretos legislativos y los decretos de urgencia. Se trata, en definitiva, de una distribución de poder, poder político nos atreveríamos a decir, donde en el caso de las entidades territoriales estas podrán generar normativa primaria conforme a las competencias que detentan, competencias que no son sino la materialización de sus respectivos intereses y particularidades. Además, el ejercicio de tales competencias privativas por las entidades territoriales ha de ser respetado por la normatividad del resto de poderes, aun cuando se trate de leyes en sentido formal. Todo lo indicado encuentra su *ratio* en la idea de autonomía, más aún en el caso de las entidades territoriales a las cuales la carta de 1993 les reconoce autonomía política.

Emilio Tafur Charun
Enero 2024

JERARQUÍA, COMPETENCIA Y FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sumario: 1. Diseño de Estado llevado a cabo por la Constitución. Pluralidad de ordenamientos o instituciones (la importancia de la tarea del Tribunal Constitucional en la construcción del modelo de Estado).— 2. La Constitución como «fuente de fuentes» y «competencia de las competencias».— 3. Leyes integrantes del bloque de constitucionalidad. Su relación con otras fuentes primarias.— 4. El concepto tradicional de ley. «Fuerza de ley». La crisis del concepto «unitario» de ley.— 5. Relación entre políticas públicas provenientes de distintos ordenamientos.— 6. ¿Qué tienen en común las diversas fuentes formales con valor o rango de ley y que son así diseñadas por la Constitución? ¿Acaso valor o rango de ley son pseudoconceptos?— 7. Referencias.

1. DISEÑO DE ESTADO LLEVADO A CABO POR LA CONSTITUCIÓN. PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS O INSTITUCIONES (LA IMPORTANCIA DE LA TAREA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO DE ESTADO)

A partir de la Constitución de 1979, y replicando la misma tendencia, aun cuando con mayor énfasis en la Constitución de 1993, esto a partir de la reforma del 2002, el modelo de Estado se reestructura mediante un nuevo tipo de relación entre los poderes clásicos, así como con la aparición de lo que válidamente podría llamarse una «pluralidad institucional», diseñada tanto a nivel territorial como funcional. Por fuerza, ello se va a traducir en la forma como 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.

Así las cosas, el artículo 43 de la carta de 1993 preceptúa: «La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes».

Por su parte, el artículo 189 de la misma carta dispone:

El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la nación. El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados.

El artículo 191, *ab initio*, señala: «Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones».

El artículo 192 dispone, *ab initio*: «Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo».

El artículo 194, *ab initio*, prescribe: «Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley».

Finalmente, el artículo 195, *ab initio*, prevé: «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».

De este modo, y como lo ha establecido el Tribunal Constitucional:

La opción adoptada por la Constitución peruana al asumir la forma de Estado propia del Estado unitario y descentralizado, a través del establecimiento de gobiernos regionales y locales dotados de autonomía, no solo incide en lo que es propio a la organización territorial del poder estatal, sino que se proyecta en el sistema de fuentes del derecho, planteando la necesidad de establecer la forma cómo estas deben articularse. (STC Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 65)

En ese sentido, y en la misma sentencia, el supremo intérprete de la Constitución agrega: «[...] el proceso de descentralización mediante la regionalización, previsto en el actual capítulo XIV del título IV de la Constitución de 1993, *no solo tiene la virtualidad de haber reordenado la distribución territorial del poder, sino, también, de haber reestructurado el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano y los criterios de su articulación*» (f. j. 111) (las cursivas son nuestras).

Siempre sobre el modelo de Estado, el Tribunal Constitucional refiere: «[...] siendo el Estado peruano un Estado unitario, sin embargo, este no ha sido configurado como un Estado centralizado. En efecto, el tercer párrafo del artículo 43 de la Constitución establece que el Estado unitario es de carácter descentralizado, entendiendo por descentralización “una forma de organización democrática [y] una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país”» (STC Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 114).

A todo ello, el Tribunal añade en la misma sentencia: «En efecto, la creación de gobiernos regionales y locales, cada uno con competencias normativas propias, comporta la introducción de tantos subsistemas

normativos como gobiernos regionales y locales puedan existir. Este derecho regional y local, sin embargo, tienen un ámbito de vigencia y aplicación delimitado territorialmente a la circunscripción de cada instancia de gobierno (regional o local) y, además, se encuentra sometido a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional, particularmente a la LBD y a la LOGR» (f. j. 118).

Ya concluyendo las citas relativas a esta sentencia y en lo que se refiere al modelo de Estado, es de precisar que el Tribunal Constitucional ha resuelto:

Si con relación a los gobiernos regionales, este Tribunal ha recordado la necesidad de que las normas que estos puedan expedir no alteren «la unidad e integridad del Estado y de la nación» (artículo 189 de la Constitución); no interfieran en las funciones y atribuciones de los gobiernos locales (artículo 191 de la Constitución) y que las materias que ellas regulen deba realizarse «en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo» (artículo 192 de la Constitución), ahora, en relación al gobierno nacional, debe remarcarse que este no es enteramente libre para regular cualquier materia, sino que ha de sujetarse al reparto de competencias constitucional y legalmente establecidos, constituyendo este reparto un límite de orden material y competencial para el ejercicio de su función legislativa. (STC n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 119)

En otra sentencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que, de conformidad con lo previsto por el artículo 43 de la norma fundamental, el Estado peruano es unitario, pero descentralizado. Es una república distribuida territorialmente en regiones, departamentos, provincias y distritos, y, gubernativamente, en los niveles nacional, regional y local (artículo 189 de la Constitución), circunstancia que da lugar a la existencia, junto al ordenamiento jurídico nacional, de ordenamientos jurídicos regionales y locales y, consecuentemente, a la potencial incompatibilidad entre fuentes normativas (v. gr. la ley y la ordenanza regional) que por ostentar idéntico rango (artículo 200.4 de la Constitución) no puede ser resuelto apelando al principio de jerarquía normativa, sino al de competencia. (STC Exp. n.º 0020-2005-PI/TC y n.º 0021-2005-PI/TC, acumulados, f. j. 14).

Pieza de contraste con relación a nuestro diseño de Estado es la naturaleza «unitaria y centralizada». Al respecto, el Tribunal Constitucional sostiene:

En el Estado unitario centralizado el poder central «domina» a los poderes locales y particulares. No confiere poder a ningún otro órgano, simplemente, acrecienta su burocracia a través de entidades directamente dependientes, a las que en todo momento puede subrogarse. Por lo general, en este tipo de Estado no tiene cabida la resolución de conflictos mediante el principio de competencia. La absoluta subordinación orgánica al poder central se proyecta en una configuración vertical del ordenamiento jurídico, de modo tal que, comúnmente, las incompatibilidades entre las fuentes del Derecho son resueltas apelando al principio de jerarquía normativa o a las técnicas que permiten resolver antinomias) (STC Exp. n.º 0020-2005-PI/TC y n.º 0021-2005-PI/TC, acumulados, f. j. 34)

En suma, según el Tribunal Constitucional: «[...] la regionalización supone el establecimiento de una estructura de gobierno y administración, a la cual se le dota de autonomía, para el ejercicio de determinadas competencias previamente asignadas por la Constitución y las leyes de desarrollo constitucional, en los ámbitos político, económico y administrativo» (STC Exp. n.º 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC, acumulados, f. j. 52).

Pero aún hay más. Siempre con relación al modelo de Estado unitario y descentralizado regional, el Tribunal Constitucional indica

[...] que la potestad normativa está distribuida entre órganos nacionales y regionales, además de los locales. La autonomía político-normativa de los gobiernos regionales conlleva la facultad de crear Derecho y no solo de ejecutarlo. Precisamente por ello, como quedó dicho, el Estado peruano no puede concebirse como un Estado «unitario descentralizado», es decir, como aquel en el que la descentralización tan solo refleja una proyección estamentaria o administrativa de un único ordenamiento jurídico a ejecutar. Se trata, por el contrario, de un Estado «unitario y descentralizado», esto es, un Estado en el que la descentralización, al alcan-

zar una manifestación político-normativa, fundada en el principio constitucional de la autonomía, prevista en los artículos 191 y 194 de la Constitución, acepta la convivencia de subsistemas normativos (nacional, regional y local). (STC Exp. n.º 0020-2005-PI/TC y n.º 0021-2005-PI/TC, acumulados, f. j. 57)

Ahora bien, «tal como el Tribunal Constitucional lo ha expuesto en su jurisprudencia, en el ejercicio de la garantía constitucional-institucional de autonomía, los gobiernos locales se encuentran vinculados por el principio de unidad del Estado, que se encuentra consagrado tanto en el artículo 43 de la Constitución, en cuanto declara: “[...] El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo, descentralizado y se organiza según el principio de separación de poderes”; como en su artículo 189, que dispone que “El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establecen la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación”» (STC Exp. n.º 00015-2005-AI/TC, f. j. 8).

El Tribunal Constitucional ha señalado que la separación de poderes no debe entenderse hoy en día —a diferencia de lo que tal vez se concibió en algún momento— como una división tajante entre las funciones del Estado, sin puntos de contacto o interrelación entre los denominados poderes del Estado y los distintos organismos constitucionalmente autónomos. Deber ser más bien considerada en clave de equilibrio entre órganos, de controles recíprocos, de frenos y contrapesos. Pero no solo ello, también con base en relaciones de lealtad, coordinación y de cooperación entre esas entidades (STC Exp. n.º 00032-2021-AI/TC, f. j. 162).

Por nuestra parte diremos que siguiendo al profesor Domingo García Belaunde, el modelo de Estado triádico ha explotado en mil pedazos para dar lugar a la aparición de una pluralidad de poderes, que para nosotros no son sino auténticos «ordenamientos». Por «poderes» u «ordenamientos» —en este caso de naturaleza territorial— estamos aludiendo a las regiones y municipalidades. Así, el poder «político» se distribuye

territorialmente, y de modo notable, al detentar esta pluralidad de poderes u ordenamientos precisamente autonomía política, y que va más allá de una autonomía administrativa o económica. Autonomía política, decimos, que se concretiza en el ámbito de competencias privativas, excluyentes, compartidas o concurrentes de los entes territoriales. No cabe duda de que por todo lo dicho, esta suerte de revulsivo que supone la aparición de esta pluralidad de poderes va a incidir e impactar frontalmente en el sistema de fuentes. Baste por ahora indicar que dentro de la autonomía política de los entes territoriales se encuentra la capacidad de dar normas con valor y rango de ley.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha precisado que, nuestra Constitución no solo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regiones y municipios) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191 de la Constitución), y, de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículo 192[6] y 200[4] de la Constitución) (STC Exp. n.º 0020-2005-PI/TC y n.º 0021-2005-PI/TC acumulados, f. j. 38 *in fine*).

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

Dada la indicada pluralidad institucional, entre la cual encontramos a los gobiernos territoriales (regiones y municipalidades), los mismos que por atribución directa de la carta de 1993 son dotados de autonomía política, sin dejar de tomar en cuenta el artículo 200.4 de la misma Constitución, y en tal virtud detentan la capacidad de dar normas con rango o valor de ley (ordenanzas), vemos que el concepto unitario de ley se va

diluyendo. Así, pues, existe en nuestro ordenamiento una pluralidad de normas primarias, esto es, con valor de ley, lo que termina cuestionando el concepto de ley mismo. De este modo, la carta de 1993 diseña como normas primarias con valor de ley, a la ley parlamentaria (orgánicas y ordinarias), a la resolución legislativa, al decreto legislativo, al decreto de urgencia, a la ordenanza regional y, en fin, a la ordenanza municipal.

Prima facie, sostenemos que, dado este escenario, se relativiza el criterio de jerarquía normativa y con él la idea de «fuerza de Ley», siendo así imperioso el recurrir a otros principios de incardinación.

Pero dada la complejidad que configura este diseño de Estado, donde no puede existir un reparto perfecto de competencias, se requerirá de una «prótesis». Una prótesis que contribuya a dar coherencia y sistematicidad a las relaciones entre normas provenientes de diferentes ordenamientos (Gobierno nacional, regiones y municipalidades) y a construir un sistema jurídico «en forma» que ayude a armonizar el desenvolvimiento y performance de las fuentes provenientes de distintos ordenamientos, poniendo así solución a los conflictos que se puedan suscitar al no tener todas las entidades necesariamente los mismos intereses respectivos y fines, y a su vez de este modo garantizar y preservar la paz interna.

Tal prótesis no es otra que el Tribunal Constitucional. Y el intérprete supremo de la Constitución ha referido:

En efecto, el Tribunal Constitucional «es el» órgano de control de la Constitución, no es uno más, y esa es su principal función. Es autónomo e independiente y solo está limitado por la Constitución, de la cual es su custodio y garante, porque así lo decidió el Poder Constituyente que le encomendó tal tarea. Por tanto, si bien como órgano constitucional no es superior a los poderes del Estado ni a otros órganos constitucionales, tampoco está subordinado a ninguno de ellos, pues es autónomo e independiente, y sus relaciones se dan en un marco de equivalencia e igualdad, de lealtad a la Constitución, de firme defensa de la democracia y de equilibrio. En efecto, en nuestra época el equilibrio no es solo entre poderes del Estado, puesto que las constituciones modernas han creado

órganos constitucionales autónomos que antes no existían. Tal principio también debe regir las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y de estos últimos entre sí. Sin embargo, con igual énfasis debe tenerse presente que en el ámbito de las competencias y funciones que el poder constituyente le encomendó sí ocupa un lugar privilegiado. En efecto, así como el Congreso de la República cuando ejerce su función legislativa o la función contralora del Poder Ejecutivo, tiene primacía sobre los otros poderes u órganos constitucionales, de igual manera solo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204 de la Constitución, y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional. De ahí que en el ámbito de sus competencias, el Tribunal Constitucional es un *primus inter pares* con relación a los poderes del Estado y los demás órganos constitucionales.

En ese sentido, es claro que para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia. Respecto de esta última se ha sostenido que:

Jurisprudencia es la interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta [...]. (STC Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 33)

Finalmente, el mismo Tribunal ha sostenido:

En suma, las sentencias dictadas en un proceso de inconstitucionalidad tienen efecto vinculante para todos los poderes públicos, vinculación que, por sus alcances generales, se despliega hacia toda la ciudadanía. En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución (artículo 201 de la Constitución) y órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (artículo 1 de la Ley 28301); considera que en el supuesto de que alguna autoridad o

persona, pretenda desconocer los efectos vinculantes de esta resolución, resultará de aplicación el artículo 22 del CPConst., en el extremo que dispone que para el cumplimiento de una sentencia el juez podrá hacer uso de multas fijas acumulativas, disposición que es aplicable supletoriamente al proceso de inconstitucionalidad en virtud del artículo IX del mencionado cuerpo normativo. (STC Exp. n.º 0020-2005-PI/TC y n.º 0021-2005-PI/TC acumulados, f. j. 159)

2. LA CONSTITUCIÓN COMO «FUENTE DE FUENTES» Y «COMPETENCIA DE LAS COMPETENCIAS»

Como bien anota el jurista español Javier Pérez Royo (1985, p. 27): «es opinión prácticamente unánime en la doctrina que una de las tareas esenciales, si no la tarea esencial, de todo texto constitucional consiste en disciplinar las formas de producción de las normas jurídicas, precisando tanto los órganos competentes para ello, como las categorías a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de jerarquía o competencia».

Con relación a la función constitucional «competencias de las competencias», García de Enterría (1983) sostiene que ella se manifiesta nítidamente en la generalidad de normas constitucionales,

[...] pues su primera función es la de distribuir todas las competencias públicas y, por de pronto, [...] en su función de supraordenamiento, distribuir los espacios competenciales de cada uno de los ordenamientos subordinados [...], el espacio competencial que cada uno va a tener como propio y en el que va a desplegar sus respectivas potestades normativas. (p. 221)

Una digresión: ¿de qué hablamos cuando hablamos de competencia?

El jurista español De la Morena (1978) define la competencia así:

Atribución de poder concreto conferido por una norma a un determinado órgano para que, en cumplimiento del deber de realización del derecho que le es impuesto, y utilizando al efecto los medios personales y materiales con que se le dota, decida, en los distintos supuestos contemplados por la norma —y solo en ellos—, de acuerdo con el procedimiento contemplado en cada caso establecido, *lo que por ser la voluntad o fin querido por el ordenamiento en relación con los distintos asuntos objeto de su regulación, ante todos debe valer y a todos vincular.* (p. 153) (Las cursivas son nuestras)

Retomemos.

La Constitución como 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. Tienen una política propia. Aun cuando es verdad que ambos niveles de gobierno son auténticas administraciones públicas, 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 y reglamentos, sino también el dar disposiciones normativas primarias e inmediatamente subordinadas a la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha resuelto:

La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal. [...] El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes. Si bien este Colegiado le ha reconocido a la Constitución el carácter de norma política, también ha tenido oportunidad de enfatizar en varias oportunidades su carácter normativo y vinculante [...]. (STC Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 9)

En la misma sentencia, el alto Tribunal ha precisado: «(La Constitución) ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del poder constituyente; reconoce los derechos fundamentales del ser humano; contiene las reglas básicas de convivencia social y política; *además de crear y regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional*» (las cursivas son nuestras) (STC Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 11).

En igual sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido: «[...] la Constitución también incide en el sistema de fuentes en la medida en que regula el proceso de producción jurídica atribuyendo poderes normativos a distintos sujetos y asignando un valor específico a las normas creadas por estos. Es decir, la Constitución es la *norma normarum* del ordenamiento, *aunque no todas las normas sobre la producción jurídica están contenidas en ella*» (las cursivas son nuestras) (STC Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 11).

El fundamento jurídico 9 de la misma sentencia es concluyente: «La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal».

Finalmente, el fundamento jurídico 15 de la misma sentencia señala:

El sistema de fuentes regulado por la Constitución consagra diversos tipos normativos. Principalmente, las normas con rango de ley y aquellas de rango reglamentario. Entre las primeras, nuestro sistema jurídico consagra una serie de tipos normativos que, si bien tienen el mismo rango jurídico, difieren en su denominación y en su modo de producción. Al respecto, este Tribunal ha señalado que:

[...] el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas.

Es, pues, de relieves, como veremos en el siguiente epígrafe, que es de la mayor importancia el hecho de que no todas las normas sobre producción jurídica estén contenidas en la Constitución. Se ha de tomar en cuenta lo ya reseñado en el citado fundamento jurídico 11 (Exp. n.º 0047-2004-AI/TC).

3. LEYES INTEGRANTES DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. SU RELACIÓN CON OTRAS FUENTES PRIMARIAS

Partimos del supuesto que el reparto de competencias materiales, de los fines que se pueden perseguir y, de ser el caso, el diseño de las fuentes normativas no siempre será limpio. Pueden existir, y de hecho se dan, conflictos internormativos que desde el solo texto de la Constitución no podrán resolverse. Es, precisamente, por ello que el bloque de constitucionalidad (BC) —previa remisión expresa constitucional— ha de desarrollar —y en la medida de lo posible, agotar— el reparto de competencia, los fines que puede perseguir la entidad de que se trate y, en su caso, el diseño de fuentes (Tafur Charun, 2023, p. 187).

Así las cosas, el BC está compuesto por normas infraconstitucionales (interpuestas) que tienen como tarea (función constitucional) agotar

el reparto de competencias y el diseño de fuentes esbozados por la Constitución. El BC es definido en nuestro derecho por el artículo 78 del nuevo Código Procesal Constitucional. Este artículo preceptúa: «Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, por remisión expresa de la constitución, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona».

En efecto, queda claro que el BC conformado por normas «interpuestas», al agotar el reparto de competencias y el diseño de fuentes (en tanto leyes de producción normativa), como se ha indicado, cumplen doblemente y en términos materiales una función constitucional, informando así todo el sistema normativo. *Es por ello que la incardinación en el ordenamiento jurídico del aludido BC no puede explicarse a través del principio de jerarquía o la idea de competencia. Dada la función constitucional que despliega tal bloque, es esta función la que ha de dar razón sobre su incardinación o posicionamiento en el ordenamiento jurídico nacional.*

De lo hasta aquí expresado resulta nítido que en caso de que una ley contravenga las disposiciones del BC, ella deberá ser declarada inconstitucional y purgada del ordenamiento. Y tal inconstitucionalidad no será un agravio indirecto a la Constitución, será una contravención directa a la Constitución, pues es esta la que reenvía o encomienda al BC lo que es la tarea constitucional de culminar el reparto de competencias y el diseño de fuentes. Así, estamos ante un claro mandato o encargo constitucional, que es agraviado cuando a través de *normas subalternas* no se respetan las disposiciones contenidas en la Constitución y el BC (Tafur Charun, 2023, p. 107).

Sin embargo, *prima facie* y *de lege ferenda*, planteamos a continuación un diseño del BC que a nuestro parecer puede estar dotado de ciertos aspectos que harían del mismo más idóneo para la función constitucional que las leyes que lo conforman deben cumplir.

Para tal efecto planteamos lo siguiente.

Lo que determina la validez, efectividad, primacía y virtualidad jurídica de las normas integrantes del BC es su contenido material, esto es, el *producto* del cumplimiento de la función que la Constitución les asigna. Más allá de la forma que adopten y de su jerarquía o grado, lo que realmente importa es que estas normas, de especial naturaleza, cumplan a cabalidad y con rigor la función constitucional que precisamente la Constitución, en cuanto «competencia de las competencias» y «fuente de fuentes», les ha asignado. Resulta, así, nítido que sobre todo lo demás ha de prevalecer el aspecto material que constituye el contenido y, en consecuencia, el resultado del cumplimiento de la función aludida. Y es que además de la remisión constitucional, ese sustrato material es lo que configura y justifica que tales normas detenten una posición de prevalencia o primacía con relación a otras normas infraconstitucionales y de igual jerarquía. La función constitucional que aquellas normas cumplen es el dato primario en lo que a su incardinación en el ordenamiento se refiere.

Reiteramos que lo recién indicado constituye solo un planteamiento el cual será ponderado con otros conceptos conforme se vaya desplegando el presente epígrafe.

En tal sentido, y en el derecho positivo patrio, el artículo 15 de la Ley de Bases de la Descentralización (LBD) preceptúa: «Las competencias exclusivas y compartidas de cada nivel de gobierno son las establecidas en la presente Ley de conformidad con la Constitución Política del Estado. Las funciones y atribuciones se distribuyen *y precisan* a través de las Leyes Orgánicas del Poder Ejecutivo, de gobiernos regionales y de municipalidades, respectivamente, distinguiendo las funciones de normatividad, regulación, planeamiento, administración, ejecución, supervisión y control, y promoción de las inversiones» (las cursivas son nuestras).

Asimismo, resulta didáctico lo reseñado por Carpio Marcos (2001) cuando sostiene:

Por la función que cumplen en el proceso de inconstitucionalidad de la ley, estas han sido denominadas por la doctrina italiana como «normas interpuestas». Se llaman así porque su presencia determina una alteración del parámetro de control, haciendo que el juicio a la ley no se practique en el esquema binario que Kelsen previó: esto es, entre la ley, como objeto de control, y la Constitución, como parámetro; sino en un esquema trilateral, donde la función de las normas paramétricas la cumplen la Constitución y la norma interpuesta, mientras que, como objeto de control, la ley o las normas con rango de ley. Desde esta perspectiva, la declaración de inconstitucionalidad deja de ser consecuencia de que la ley afecte «directamente» a la Constitución, para ser resultado de su falta de respeto a los límites (materiales o formales) impuestos a través de la norma interpuesta, tratándose por tanto de una violación «indirecta» de la Constitución. *Se trata de un problema de inconstitucionalidad, y no de mera ilegalidad, no solo porque la Constitución encarga que las normas interpuestas determinen los límites de la ley, sino, además, porque tras de ello subyace la eficacia de ciertos principios constitucionales (como es el caso del carácter unitario del Estado peruano, la eficacia del principio democrático o la protección de los derechos humanos).* (p. 204) (Las cursivas son nuestras)

Siguiendo al autor español Gómez-Ferrer Morant (1987): «nos encontramos, pues, que cuando diferentes leyes orgánicas previstas en la Constitución inciden en la distribución territorial del poder, *es la propia Constitución la que fija su posición relativa de acuerdo con la función que cumplen en el sistema jurídico*» (p. 22) (las cursivas son nuestras).

Por su parte, Rubio Llorente (1989), aun cuando aludiendo al sistema jurídico español, sostiene: «[...] la función materialmente constitucional de las normas es independiente de su forma. El bloque de la constitucionalidad, con independencia de la forma que revisten las distintas normas que en él se integran, es el núcleo esencial de la Constitución del Estado español como Estado compuesto» (p. 24).

Dice, de otro lado, Enoch Alberti Rovira (1986): «[...] debe convenirse que resulta irrelevante la calificación unilateral que el Estado haga de los actos emanados en el ejercicio de su competencia, la forma

que estos adopten, pues en todo momento habrán de responder a la función material que le reserva la Constitución» (p. 144).

Resulta válido citar a Gómez-Ferrer Morant (1987) cuando este alude al artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, artículo este que no es más que el equivalente al citado artículo 78 de nuestro CPCConst, señalando: «Este precepto pone de manifiesto *que existen determinados tipos de leyes que cumplen, de acuerdo con la Constitución, una función que las sitúa en una posición de superioridad respecto de otras*» (p. 23) (las cursivas son nuestras).

Asimismo, es de la mayor importancia citar el siguiente texto:

Las relaciones entre las leyes del Estado no pueden explicarse únicamente en virtud del principio de competencia o de jerarquía. Es preciso complementarlos con la idea de la función que cumple cada ley en el sistema jurídico, de acuerdo con la Constitución, que es la clave para dar razón de la superioridad de unas leyes sobre otras, en los supuestos en que ni uno ni otro principio permitan resolver cuál es la ley que debe prevalecer cuando dos o más leyes inciden en la regulación de una misma materia. (Gómez-Ferrer Morant, 1987, p. 23)

Se configura, pues, una sujeción más fuerte del juez a las leyes que cumplen una «función constitucional». Esto es un aspecto que de algún modo se refiere a la «supremacía» o «superioridad» de tales leyes (Tafur Charun, 2023, p. 188).

Lo dicho en el párrafo inmediatamente precedente nos sirve de pretexto para estudiar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo que al BC se refiere.

El Tribunal Constitucional define la función constitucional en el sentido de

[...] desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y

organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos. (STC Exp. n.º 0013-2003-CC/TC, f. j. 10)

En otra sentencia y siempre con relación al BC, el Tribunal Constitucional ha manifestado:

Y es que cabe recordar que el proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando a la Constitución, en su carácter de norma suprema del ordenamiento, como parámetro de evaluación. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas normas con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (STC Exp. n.º 00032-2021-AI/TC, f. j. 96)

En la misma sentencia se refiere que:

En tales casos, estas fuentes asumen la condición de «normas sobre la producción jurídica» en un doble sentido. Por un lado, como «normas sobre la forma de la producción jurídica», esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras normas que tienen su mismo rango. Por otro, como «normas sobre el contenido de la normación», cuando por encargo de la Constitución pueden limitar el contenido de tales normas. (f. j. 97)

El Tribunal Constitucional agrega:

A este parámetro de control, formado por la Constitución y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de ella y tienen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de constitucionalidad a realizarse, se le denomina bloque de constitucionalidad. (f. j. 98)

Lógicamente, dichas normas deben ser, a su vez, compatibles con la Constitución para formar el bloque de constitucionalidad. En tales casos, las normas integradas al parámetro actúan como normas interpuestas, y

toda norma controlada que sea incompatible con ellas será declarada inconstitucional en un proceso por infracción indirecta a la Constitución. (f. j. 101)

Siempre en lo que respecta al BC, conforme refiere el Tribunal Constitucional,

Según el artículo 200 de la Constitución, el objeto del proceso o, lo que es lo mismo, aquello que ha de evaluarse en su compatibilidad o no con la Constitución, comprende aquellas categorías normativas a las que la Constitución les ha asignado el «rango de ley». Con la expresión «rango» se denota la posición que una fuente formal del derecho pueda ostentar en el ordenamiento jurídico; en tanto que con la fórmula «rango de ley» se indica que las fuentes a las que se ha calificado como tales se ubican en el ordenamiento en el grado inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución. *Sin embargo, «rango de ley» no equivale, necesariamente, a que se tenga la condición de «fuente primaria», esto es, que se encuentren creadas y disciplinadas, única y directamente, por la Constitución.* (f. j. 10) (Las cursivas son nuestras)

En efecto, continúa el Tribunal:

[...] muchas de las fuentes mencionadas en el inciso 4) del artículo 200 de la Ley Fundamental, no solo tienen en las normas constitucionales a las que regulan el proceso de su producción jurídica, es decir, las reglas mediante las cuales el ordenamiento regula su proceso de creación, modificación y extinción. *En efecto, en ocasiones, sobre las diversas fuentes aludidas en el inciso 4) del artículo 200, la propia norma suprema establece que otras fuentes del mismo rango formal cumplan, por reenvío, la función de regular el proceso de su elaboración.* En tal situación, por ejemplo, se encuentran el decreto legislativo, las normas regionales o la ordenanza municipal, por solo citar algunas cuyas reglas de producción normativa, como es evidente, no provienen solo de la Constitución, sino también de aquellas fuentes, como la ley, a las que aquella remite. (STC Exp. n.º 005-2003-AI/TC, f. j. 10) (Las cursivas son nuestras)

El Tribunal Constitucional ha sostenido en el proceso acumulado STC Exp. n.º 0020-2005-AI/TC y n.º 0021-2005-AI/TC:

[...] el parámetro de control de constitucionalidad de las leyes o normas de su mismo rango está integrado, siempre y en todos los casos, por la Constitución. *Aun cuando también puede encontrarse conformado por otras normas legales.* (Las cursivas son nuestras)

Cuando dichas normas delimitan el ámbito competencial de los distintos órganos constitucionales, además del principio de jerarquía normativa, el principio de competencia es medular para determinar la validez o invalidez constitucional de las normas con rango de ley; máxime en aquellos Estados que, como el nuestro, son unitarios y descentralizados (artículo 43 de la Constitución) [...]. (f. j. 20)

En el fundamento jurídico 28, el Tribunal precisó:

En tal sentido, se produce una afectación indirecta de la Constitución, ante la presencia de una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Constituyente delegó: a) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa. [...] c) La determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales. Tal es el caso de la LBD. Normas legales de esta categoría servirán de parámetro cuando se ingrese en la evaluación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las ordenanzas regionales incoadas.

Finalmente, en el fundamento jurídico 29 el Tribunal establece:

Mientras las normas legales a las que se ha hecho referencia en el fundamento precedente [f. j. 28] sean plenamente compatibles con la Constitución, formarán parte del denominado «bloque de constitucionalidad», a pesar de que, desde luego, no gozan del mismo rango de la *lex legum*. En estos casos, las normas delegadas actúan como normas interpuestas, de manera tal que su disconformidad con otras normas de su mismo rango, que sean impugnadas en un proceso de inconstitucionalidad, desencadena la invalidez constitucional de estas.

Por nuestra parte, diremos que resulta pertinente precisar que cuando la Constitución remite al legislador, sea orgánico u ordinario, el agotamiento del reparto de competencias, y con ello los fines que se puedan perseguir y el diseño de fuentes, decimos que esta remisión

otorga un ámbito mucho más amplio u holgado que el que detenta el reglamento con relación a la ley que el mismo reglamenta. Así, el Tribunal Constitucional ha dispuesto que:

Siendo clara la distinción existente entre la relación Constitución-ley y la relación ley-reglamento, a diferencia de la segunda, *en la primera el legislador no es mero ejecutor de la Constitución, sino el órgano que en base a los límites constitucionales goza de un amplio margen de libertad para dictar leyes, no solo desarrollando la norma fundamental sino, en muchos casos, concretando determinadas opciones políticas [...].* (STC Exp. n.º 00023-2005-PI/TC, f. j. 20) (Las cursivas son nuestras)

Engarzando con lo dicho, reiteramos que el Tribunal Constitucional ha sostenido:

Según el artículo 200 de la Constitución, el objeto del proceso o, lo que es lo mismo, aquello que ha de evaluarse en su compatibilidad o no con la Constitución, comprende aquellas categorías normativas a las que la Constitución les ha asignado el «rango de ley». Con la expresión «rango» se denota la posición que una fuente formal del Derecho pueda ostentar en el ordenamiento jurídico; en tanto que con la fórmula «rango de ley» se indica que las fuentes a las que se ha calificado como tales, se ubican en el ordenamiento en el grado inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución. Sin embargo, «rango de ley» no equivale, necesariamente, a que se tenga la condición de «fuente primaria», esto es, que se encuentren creadas y disciplinadas, única y directamente, por la Constitución. (STC Exp. n.º 005-2003-AI/TC, f. j. 10)

Señaladamente, en el caso de los ordenamientos regionales, manifiesta el Tribunal:

De hecho —según se ha podido referir, y respecto de lo cual a continuación se profundizará—, en tanto existen leyes a las que la Constitución ha delegado la determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales, los gobiernos regionales no pueden expedir ordenanzas que resulten contrarias a ellas, so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad indirecta. (STC Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 28)

Sobre el particular debemos precisar lo siguiente:

- a) Las leyes que forman parte del BC cumplen una función constitucional. Y cumplen tal función constitucional pues así lo ha preceptuado la Constitución, no se trata de un antojo del legislador ordinario u orgánico.
- b) En tal sentido, el Tribunal Constitucional forzosamente tendrá que ponderar la Constitución y el BC, de una parte, con la norma (con rango de Ley) impugnada, de otra parte.
- c) Queda así claro que resulta improbable que una norma que forme parte del BC esto es, que cumpla una función constitucional, pueda equipararse en grado a una norma con rango de Ley enjuiciada y escrutada con base en lo dispuesto por la norma integrante del BC.
- d) La relación entre la Ley que forma parte integrante del BC y la norma enjuiciada, dotada también con rango de ley, no se configura a partir de la idea de jerarquía. Tal relación no es otra que una de «función constitucional».
- e) Las leyes integrantes del BC son normas «materialmente» constitucionales. No se les puede, en modo alguno, dar tratamiento de normas primarias. Existe un plus.
- f) Es por ello que la ley de que se trate, y que sea impugnada y ponderada de acuerdo con la norma integrante del BC siempre será una norma primaria. Repetimos, aun cuando la norma enjuiciada se subordine —no jerárquicamente, sino de acuerdo al principio de función constitucional— a otra ley presuntamente de igual rango, pero que forme parte del BC, siempre será una norma primaria.

- g) La Constitución y el BC resultan siendo de este modo una estructura constitucionalmente material. Las leyes integrantes del BC no son normas primarias, de ahí que nos parece correcto el denominarlas «leyes interpuestas».
- h) En el caso que una ley «primaria» agrave lo preceptuado por una norma interpuesta, no estaremos ante una «ilegalidad», sino marcadamente frente a una «inconstitucionalidad». Las normas que integran el BC no son leyes «formalmente constitucionales». Tampoco son normas primarias. Las normas que integran el BC son, pues, «leyes interpuestas».
- i) Finalmente, es pertinente citar nuevamente a Gómez-Ferrer Morant (1987): «Las relaciones entre las leyes del Estado no pueden explicarse únicamente en virtud del principio de competencia o de jerarquía. Es preciso complementarlos con la idea de la función que cumple cada ley en el sistema jurídico, de acuerdo con la Constitución, que es la clave para dar razón de la superioridad de unas leyes sobre otras, en los supuestos en que ni uno ni otro principio permitan resolver cuál es la ley que debe prevalecer cuando dos o más leyes inciden en la regulación de una misma materia» (p. 23).

Pero si bien es cierto que hemos tocado el tema de la autonomía política de las regiones y municipales, lo que les permite, como ya se ha dicho *ad nauseam*, el dar dentro de su ámbito de competencias normas con rango o valor de ley, esto es, igual valor o rango que las leyes dadas por el Congreso de la República, cabe citar las siguientes normas que tal vez y en apariencia arrasarían como a un infantil castillo de arena todo lo hasta aquí construido a partir de las ideas de competencia y función constitucional, pues tal parece que la normatividad con valor de ley dada por las regiones y municipalidades estaría *jerárquicamente* sujeta o subordinada a toda la normatividad dada por el Gobierno nacional. Decimos sujeta y subordinada de modo jerárquico a la normatividad dada

por el Gobierno nacional, sin importar cuál sea el valor o rango que esta tenga.

Tales normas son:

- El artículo 11(1) de la LBD establece que los órganos con competencia normativa, como consecuencia del proceso de descentralización, «se sujetan al ordenamiento jurídico establecido por la Constitución y las leyes de la República».
- El artículo ii del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) señala que la autonomía que la Constitución Política del Perú consagra en favor de las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, *con sujeción al ordenamiento jurídico* (las cursivas son nuestras).
- Por su parte, el artículo viii de la LOM establece: «*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).
- Como se expresa a contrario sensu en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Regiones (LOGR), las «[...] *normas y disposiciones del gobierno regional se adecuan al ordenamiento jurídico nacional, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro gobierno regional ni de los otros niveles de gobierno*» (las cursivas son nuestras).

Sobre el particular, somos de la idea que tal «sujeción», «adecuación» o «armonización» que se configuran en la relación internormativa entre ordenamiento nacional y ordenamientos territoriales no supone otra cosa que la positivización del concepto de BC y con él, dotar de coherencia, sistematicidad y reforzamiento al principio de función constitucional; ambos conceptos, de innegable importancia para el idóneo funcionamiento de un Estado complejo.

La idea de jerarquía está aquí ausente. Lo que en verdad en este caso importa es poner de relieve el mecanismo del BC y con este el de la función constitucional.

De otro lado, pieza de contraste del BC es la idea de Ley de desarrollo constitucional. Según el Tribunal Constitucional:

Con la expresión «Ley de desarrollo constitucional», la octava disposición final y transitoria de la Constitución no ha creado una categoría normativa especial entre las fuentes que tienen el rango de la ley. *Tal expresión no alude a una categoría unitaria de fuentes, sino a una diversidad de ellas, que tienen como elemento común constituir un desarrollo de las materias previstas en diversos preceptos constitucionales, cuya reglamentación la norma suprema ha encargado al legislador.* Forman parte de su contenido «natural» las denominadas leyes orgánicas, en tanto que mediante ellas se regula la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, y de otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución, así como las leyes ordinarias como las que demandan los artículos 7 y 27 de la Constitución, por poner dos ejemplos, a las que se les ha encomendado la tarea de precisar los alcances de determinados derechos o instituciones constitucionalmente previstas. (STC Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 16) (Las cursivas son nuestras)

En la misma sentencia, el Tribunal añade:

Ello significa, desde luego, que la condición de «leyes de desarrollo constitucional» no se agota en aquellas cuyas materias se ha previsto en la octava disposición final y transitoria de la Constitución, esto es, a lo que allí se alude como leyes en materia de descentralización y las relativas a

los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos; dado que sobre estas últimas la Constitución solo ha exigido del legislador cierto grado de diligencia («prioridad») en su dictado. (f. j. 16)

Así, pues, según lo dispuesto por el Tribunal Constitucional es de mencionarse:

Sin embargo, con este concepto no se hace referencia «a una categoría unitaria de fuentes, sino a una diversidad de leyes, que tienen como elemento común constituir un desarrollo de las materias previstas en diversos preceptos constitucionales, cuya reglamentación la Norma Suprema ha encargado al legislador».

[...]

Ello significa que la Constitución, al referirse a este tipo de leyes, «no ha creado una categoría normativa especial entre las fuentes que tienen dicho rango».

[...]

En ese entendido, este Tribunal ha indicado que las denominadas leyes orgánicas forman parte del contenido «natural» de esta categoría de fuentes, «en tanto que mediante ellas se regula la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, y de otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución» (STC Exp. n.º 00005- 2003-AI/TC, f. j. 38) (Las cursivas son nuestras)

Desde nuestro punto de vista, las así denominadas leyes de desarrollo constitucional no pueden ser en modo alguno consideradas «fuentes formales» o un tipo de ley especial. Ello debido a dos razones:

- a) No cuentan con un acervo de materias que puedan regular de modo privativo y excluyente.
- b) No tienen un procedimiento de aprobación diferenciado o especial, por ejemplo, una votación reforzada.

4. EL CONCEPTO TRADICIONAL DE LEY. «FUERZA DE LEY». LA CRISIS DEL CONCEPTO «UNITARIO» DE LEY

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.

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.

Como bien sostiene Rubio Llorente (1983), aun cuando refiriéndose al ordenamiento español:

En la doctrina clásica, la fuerza de ley era la nota distintiva de esta 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 solo las leyes tenían esta fuerza y, al menos desde este punto de vista, solo 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. (pp. 422-423)

A efectos de graficar lo indicado por Rubio Llorente, se puede citar los siguientes preceptos constitucionales y legales del derecho patrio que precisan los límites de una «fuerza de Ley», en este caso de naturaleza activa, bastante mediatizada. Así, por ejemplo, el artículo 74, *in fine*, de la carta de 1993 dispone: «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: «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: «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 a 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» (las cursivas son nuestras).

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: «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: «Ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece».

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: «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: «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).

De este modo, el Tribunal manifiesta que esta fuerza activa de ley, bastante relativizada se configura cuando la Constitución establece que determinadas fuentes formales de derecho no son aptas para regular determinadas materias. Así, por ejemplo, el penúltimo párrafo del artículo 74 de la Constitución prohíbe a la fuente denominada «decretos de urgencia» contener materia tributaria (STC Exp. n. ° 0047-2004-AI/TC, f. j. 63).

Sobre el mismo asunto, el Tribunal Constitucional refiere que por ello la regulación a través del tipo normativo, esto es, el decreto legislativo, «está limitada directamente por la Constitución y también por la ley autoritativa. Podría darse el caso de que el Congreso de la República delegue una materia prohibida, con lo cual no solo será inconstitucional la ley autoritativa, sino también el decreto legislativo que regula la materia en cuestión. De otro lado, también puede darse el caso de que la ley autoritativa delegue una materia permitida por la Constitución y, sin embargo, el decreto legislativo se exceda en la materia delegada, con lo cual en este caso también se configurará un supuesto de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 104 de la Constitución» (STC Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 25).

El Tribunal Constitucional también precisa: «[...] al mismo tiempo, la reordenación de la distribución territorial del poder tiene la propiedad de limitar la capacidad normativa del Gobierno nacional» (STC n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 119).

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, Carré de Malberg (1948) afirmaba: «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 [...]» (pp. 1236-1237).

En igual sentido, Otto Mayer, citado por Villegas Basavilbaso (1950) sostenía: «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» (p. 252).

Para Gómez-Ferrer Morant (1987): «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» (p. 10).

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

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 [...]. (p. 35)

Según Muñoz Machado (2015), el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 es el texto que mejor expresa la significación central de la ley en el entonces nuevo sistema constitucional:

La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente, o a través de sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto cuando protege, como cuando castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales ante sus ojos son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin ninguna otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos. (pp. 18-19)

El mismo Muñoz Machado (2015) agrega:

La ley, expresión de la voluntad general, se convierte en el centro de todo el sistema constitucional, en la norma de más prestigio, y en la garantía de la libertad [...]. Además, la ley es el instrumento puesto a disposición del Estado para que lleve a cabo el gran objetivo revolucionario de transformar la sociedad y las instituciones del Antiguo Régimen. Es la herramienta que debe producir el extraordinario efecto de transformar una sociedad estamental y no igualitaria en otra radicalmente distinta en la que reine el principio de igualdad. [...] La ley general que monopoliza la totalidad de la función normativa del Estado es, en correspondencia lógica con esta característica, omnipotente o absoluta en cuanto que no existe ningún ámbito material que esté excluido de su dominio. (pp. 20-22)

Más aun, Muñoz Machado (2015, p. 33) sostiene que una nota esencial de la dogmática de la ley que impone el constitucionalismo revolucionario y que se afirma progresivamente a lo largo de los siglos XIX y XX, es, como ya nos consta, que la ley es expresión de la voluntad general. Es la realización del principio democrático según el cual son los representantes del pueblo, libremente elegidos, los que expresan en la asamblea legislativa sus opiniones y adoptan las decisiones fundamentales. La configuración de la ley como expresión de la voluntad general se recoge por primera vez en el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, según hemos recordado. En el pensamiento de Rousseau esa voluntad general es la simple sumatoria o acumulación de voluntades individuales de los ciudadanos donde reside la soberanía.

En fin, nuestro autor afirma también: «[...] la concepción unitaria de la ley es absoluta. Ley y derecho son conceptos equivalentes; incluso como la única clase de ley que se concibe en el periodo revolucionario es aquella norma clara, bien redactada, sistemática y ordenada de que habían hablado los filósofos, también el concepto de ley se unifica con el de Código» (Muñoz Machado, 2015, p. 12).

Se habrá de notar que en tiempos del dogma del concepto unitario de la Ley resultaba del todo idónea la vigencia de términos tales como «valor de Ley», «rango de Ley» y «fuerza de Ley» (Tafur Charun, 2023, p. 184).

En efecto, y siempre siguiendo a Muñoz Machado (2015) este autor agrega:

[...] por tanto, en que la caracterización de la ley, en el sistema de unidad de la ley, por las notas de su origen y raigambre en la voluntad popular y por la forma que adopta, *ha sido sustituida por un sistema de pluralidad de leyes en cuyo marco se diversifica el origen de las normas y se admiten diversas expresiones formales de las mismas*. Este es un cambio muy importante, pero no es menos decisiva la circunstancia de que para reconducir a la unidad el ordenamiento jurídico, evitando confrontaciones entre normas, *es necesario recurrir a criterios materiales para la atribución a cada uno de los poderes normativos originariamente legitimados en la Constitución un bloque de competencias propias*. (p. 36) (Las cursivas son nuestras)

Esto no ha sido ajeno al derecho patrio y, en tal sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha resuelto:

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

Evidentemente, una dimensión semejante de la noción de «fuerza de ley», hoy no es de recibo en el Estado constitucional de derecho. En este, en efecto, la posición de la norma suprema ya no la ocupa la ley, sino la Constitución. Y aunque el legislador democrático goza de una amplia discrecionalidad para ejercer la función legislativa, es claro que su capacidad para innovar el ordenamiento jurídico está condicionada por los

límites formales, materiales y competenciales que se deriven de la Constitución, que es la *lex legum*.

Desde luego que no es solo la fuerza activa de la ley la que ha tenido que replantearse a partir del establecimiento de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico. *Otro tanto, ahora, cabría afirmar con relación a su fuerza pasiva. La multiplicación de fuentes normativas con el mismo rango ha supuesto que la modificación, suspensión o derogación de la ley, no necesariamente tenga que provenir de otra ley en sentido formal, esto es, de la que el Parlamento pueda aprobar; sino, también, de aquellas otras fuentes normativas que, en el ordenamiento, tienen su mismo rango, como el decreto de urgencia o el decreto legislativo, y dentro, por supuesto, de los límites que la Constitución les impone.*

En buena cuenta, la multiplicación de fuentes normativas con el mismo rango de la ley ha supuesto que, en el Estado constitucional de derecho, ya no se pueda hablar de «fuerza de ley» como una cualidad adscribible únicamente a la ley en sentido formal, sino como una que se puede predicar de todas las categorías normativas que con el rango de ley se hayan previsto en la Constitución. Una capacidad de innovar el ordenamiento, pero también de resistir modificaciones, derogaciones o suspensiones, que varía según la fuente de que se trate. (STC Exp. n.º 005-2003-AI/TC, f. j. 14) (Las cursivas son nuestras)

Hasta aquí la cita de la sentencia, y sirva la misma para, en parte, desarrollar 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.

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 en sentido formal». Asimilando parcialmente al derecho objetivo patrio lo escrito por Gómez-Ferrer Morant (1987, p. 9), podemos decir que tal crisis se manifiesta en cuatro 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. Como bien lo ha dejado dicho el Tribunal Constitucional:

[...] superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso —de la mano del principio político de soberanía popular— al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del poder constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo. (STC Exp. n.º 0023-2005-PI/TC, f. j. 2)

- b) Como se ha visto, 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 diseñados por la carta de 1993 los decretos legislativos, los decretos de urgencia, el Reglamento del Congreso, las resoluciones legislativas, las ordenanzas regionales y 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 al que 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, sin duda alguna, también resultar útiles para dar solución a cualquier antinomia que se suscite.

- d) Aludiendo a las ordenanzas municipales, el Tribunal Constitucional ha resuelto:

La fuerza o el valor de ley de estas normas se determina por el rango de ley que la propia Constitución les otorga —artículo 200 inciso 4 de la Constitución—. Se trata, por tanto, de normas que, aun cuando no provengan de una fuente formal como la parlamentaria, son equivalentes a las emitidas por ella y, como tales, se diferencian por el principio de competencia y no por el de jerarquía normativa. De este modo, la ordenanza, en tanto ley municipal, constituye un instrumento importante a través del cual las municipalidades pueden ejercer y manifestar su autonomía. (STC Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 30)

Con relación a los gobiernos regionales como órganos productores de normas con rango de ley, el Tribunal Constitucional ha referido:

La creación de gobiernos regionales con competencias normativas comporta la introducción de tantos subsistemas normativos como gobiernos regionales existan al interior del ordenamiento jurídico peruano. Tal derecho regional, sin embargo, tiene un ámbito de vigencia y aplicación delimitado territorialmente a la circunscripción de cada gobierno regional, además de encontrarse sometido a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional, particularmente, a la LBD y a la LOGR. (STC Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 28)

Estableciéndose adicionalmente:

Dado que las ordenanzas regionales son normas con rango de ley (artículo 200.4 de la Constitución), no se encuentran jerárquicamente subordinadas a las leyes nacionales del Estado, por lo que para explicar su relación con estas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia, *pues tienen un ámbito normativo competencial distinto. Lo cual no significa que este pueda ser desintegrado, ni mucho menos, contrapuesto.* (Las cursivas son nuestras, f. j. 28)

En lo que a las ordenanzas municipales se refiere, el Tribunal Constitucional ha precisado:

El artículo 194 de la Constitución dispone que las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local y tienen autonomía política. A su turno, el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución confiere rango de ley a las ordenanzas municipales. Consecuentemente, la facultad normativa de las municipalidades que se deriva de la autonomía política también las convierte en órganos productores de normas generales en el ámbito de sus competencias. (STC Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 29)

- e) Por nuestra parte, sostenemos que esta crisis del concepto de ley también versa sobre su supuesta necesaria generalidad o abstracción. Así, el Tribunal Constitucional ha manifestado:

Las fuentes formales del Estado constitucional de derecho, y el rango que pudieran tener, son aquellas a las que el propio ordenamiento constitucional les atribuye dicha condición y rango. *Y tales cualidades son independientes de los efectos o la eficacia erga omnes que puedan poseer.* Repárese, por ejemplo, en las denominadas «leyes de medida», esto es, en las leyes que, por la naturaleza de las cosas, tienen como propósito regular la situación jurídica de un ámbito reducido de destinatarios (artículo 103 de la Constitución). En similar condición se encuentran las leyes expropiatorias exigidas por el artículo 70 de la Constitución, o las normas regionales y las ordenanzas municipales, estas dos últimas cuyo ámbito de eficacia, como se sabe, está territorialmente delimitado. Y no porque cualquiera de estas carezca de efectos generales, similares a la ley, puede de ellas predicarse que no tienen «rango de la ley» [...]. En definitiva, no son razones lógicas, materiales, sus efectos más o menos generales, o cuestiones inherentes a la estructura de los diversos actos normativos, los que hacen que determinadas fuentes del derecho puedan ser consideradas como con rango de ley. (STC Exp. n.º 005-2003-AI/TC, f. j. 13) (Las cursivas son nuestras)

5. RELACIÓN ENTRE POLÍTICAS PÚBLICAS PROVENIENTES DE DISTINTOS ORDENAMIENTOS

Cuando hablamos de políticas, tanto nacionales, sectoriales o subnacionales, es de la mayor importancia referirnos a lo que suponen los *intereses*, tanto los que corresponden al Gobierno nacional como a las entidades

territoriales (regiones y municipalidades). En muchos casos estos intereses no coinciden del todo y, como veremos, he ahí la razón determinante de la suscitación de los conflictos competenciales. En este caso, estos intereses privativos de las entidades territoriales devendrán necesariamente en el correlato positivo de sus atribuciones y competencias, sin dejar, en modo alguno, de poner de relieve la especial importancia del interés superior de la nación, el mismo que también replicará en el ámbito competencial del Gobierno nacional.

Pero, *a contrario sensu*, habrá materias en las que el interés nacional se reflejará solo en lo que se refiere a las «bases» o al «marco» de lo que se trate, correspondiendo a las entidades territoriales el desarrollo de las mismas mediante sus propias fuentes normativas, y ciñéndose siempre a sus intereses recíprocos y demás peculiaridades. Este supuesto es el que aquí nos interesa estudiar.

En efecto, tal relación entre «bases» y «desarrollo» se regirá en rigor, por la idea de competencia. De tal suerte, la existencia de un deslinde de competencias conllevará a que la autonomía de regiones y municipalidades, en alguna medida, esté salvaguardada o garantizada. Como ya antes se ha insinuado, habrá materias que la normatividad del Gobierno nacional no podrá regular pues resulta claro que de hacerlo no solo estará el Gobierno nacional agraviando el ámbito de competencias privativo de regiones y municipalidades, sino también, como veremos, la autonomía que la Constitución reconoce a estas.

Y es que no puede dejarse de lado elaborar sobre la estrechísima vinculación que existe entre los conceptos de competencia e intereses, sean estos últimos nacionales o territoriales.

Siguiendo a De la Morena (1978, p. 169), se puede afirmar que no hay competencias sin fines declarados previo y legalmente de interés público («No hay voluntad sin una finalidad», diría Jhering; «Donde hay interés hay acción», diría algún civilista), lo que *a contrario sensu* significa

que si no media esa previa «publicación» o bien el Estado no podrá intervenir o si interviene no podrá ya hacerlo investido de poder público.

También es De la Morena (1983) quien sostiene:

Donde esté la Administración Pública, actuando como tal, estará presente el interés público o, invirtiendo los términos, donde esté el interés público estará presente y actuando, la Administración Pública, ya de una manera «real» o efectiva, si ese interés ha sido previamente «publicado», ya de una manera «virtual» o potencial si se piensa en la posibilidad irrenunciable de que se «publique» tan pronto como las circunstancias lo exijan o aconsejen. Actuación que podrá ser también «directa», cuando se ejerza a través de órganos encuadrados en sus propias estructuras, o «indirecta», cuando se considere que la realización del interés público podrá alcanzarse con la misma eficacia y a menor coste social, a través de agentes sociales o de simples particulares. (p. 865)

Es el 7.3. de la LBD el que prevé: «El gobierno en sus distintos niveles se ejerce con preferencia del interés público».

El artículo 45.a, *ab initio*, de la LOGR establece:

Es competencia exclusiva del Gobierno nacional definir, dirigir, normar y gestionar las políticas nacionales y sectoriales, las cuales se formulan considerando *los intereses generales del Estado* y la diversidad de las realidades regionales, concordando el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República. Se ejerce con criterios de orden técnico-normativo y de la forma que establece la ley. Los gobiernos regionales definen, norman, dirigen y gestionan sus políticas regionales y ejercen sus funciones generales y específicas en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales [...].

En lo que se refiere a las municipalidades, según el artículo I del Título Preliminar de su Ley Orgánica (LOM): «[...] 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).

El artículo VII, *ab initio*, de la misma ley orgánica preceptúa: «El gobierno, en sus distintos niveles, se ejerce dentro de su jurisdicción, evitando la duplicidad y superposición de funciones, *con criterio de concurrencia y preeminencia del interés público*» (las cursivas son nuestras).

Asimismo, y en la misma línea, el artículo 49.1 de la LBD prevé: «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).

De igual modo, la misma ley dispone en su artículo 13.2 que las competencias compartidas «Son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel».

El binomio «bases-desarrollo» se desplegará, pues, a través de la relación que suponen las competencias compartidas y concurrentes, en suma: funciones diferenciadas sobre distintos aspectos de una misma materia. Ello es detallado por el criterio de concurrencia, según el cual: «En el ejercicio de las competencias compartidas cada nivel de gobierno debe actuar de manera oportuna y eficiente, cumpliendo a cabalidad las acciones que le corresponden y respetando el campo de atribuciones propio de los demás. También aplicarán como criterios las externalidades, nacional, regional y local, que trasciende el ámbito específico donde se ubica el ejercicio de determinada competencia o función; y la necesidad de propiciar y aprovechar economía de escala» (13.2.d de la LBD).

Sobre la materia relativa a la idea de «intereses» es de la mayor importancia citar a nuestro Tribunal Constitucional cuando resuelve:

Los gobiernos regionales, al tener un deber de cooperación leal, o de lealtad regional, en la consecución de los fines estatales, no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales. Asimismo, tienen la obligación de facilitar el cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada al Gobierno nacional, así como a los gobiernos municipales. También la de abstenerse de realizar toda medida que pueda comprometer o poner en peligro el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados a tales instancias de poder estatal y vecinal. (STC Exp. n.º 0006-2008-AI/TC, f. j. 91)

También resulta pertinente citar los siguientes fundamentos jurídicos contenidos en la sentencia STC Exp. n.º 004-96-AI/TC dada por el Tribunal Constitucional:

b) El artículo 191 de la Constitución reconoce la garantía institucional de la autonomía municipal, en tres aspectos concretos: política, económica y administrativa. Se trata pues, de una garantía que el constituyente ha querido preservar para las municipalidades, confiéndole protección constitucional contra su supresión y vaciamiento de sustancia, al limitar la intervención de los órganos legislativo y ejecutivo en la regulación de los asuntos públicos que son de su competencia. Como toda garantía institucional, la autonomía municipal es susceptible de ser objeto, en virtud de una ley, de desarrollo, regulación y limitaciones en su contenido, siempre que ellos se realicen dentro de los límites del orden competencial que la Constitución prevé y en respeto del contenido esencial de la institución, que no puede ser alterado.

[...]

d) Al no tener la garantía institucional de la autonomía administrativa de las municipalidades el carácter de absoluto, sino encontrarse sometido a limitaciones, en cuanto órganos del Estado de carácter vecinal, el órgano legislativo se encuentra en la libertad de dar forma, acuñar, estructurar y concretizar los términos en los que debe entenderse tal autonomía, sin que ello importe, naturalmente, que el Estado les imponga instrucciones y les preste tutela, en la facultad de las municipalidades de autodeterminación responsable, esto es, en la libertad de decisión para hacer frente a las tareas que son de su competencia; como, en efecto, en el caso de autos se ha respetado. (f. j. 3.3.)

En otra sentencia, el Tribunal Constitucional se manifiesta de la siguiente manera:

Pero, al mismo tiempo, la reordenación de la distribución territorial del poder tiene la propiedad de limitar la capacidad normativa del Gobierno nacional.

Si con relación a los gobiernos regionales, este Tribunal ha recordado la necesidad de que las normas que estos puedan expedir no alteren «la unidad e integridad del Estado y de la nación» (artículo 189 de la Constitución), no interfieran en las funciones y atribuciones de los gobiernos locales (artículo 191 de la Constitución) y que las materias que ellas regulen deba realizarse «en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo» (artículo 192 de la Constitución); ahora, en relación al Gobierno nacional, debe remarcarse que este no es enteramente libre para regular cualquier materia, sino que ha de sujetarse al reparto de competencias constitucional y legalmente establecidos, constituyendo este reparto un límite de orden material y competencial para el ejercicio de su función legislativa. (STC Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, f. j. 119)

De igual modo, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado:

Tal capacidad para regirse mediante normas y actos de gobiernos (de los gobiernos locales) se extiende a todas aquellas competencias que constitucionalmente le hayan sido atribuidas. *Sin embargo, ello no quiere decir que el desarrollo y ejercicio de cada una de estas pueda realizarse, siempre y en todos los casos, con idéntica intensidad de autonomía. Es constitucionalmente lícito modularlas en función del tipo de interés que con su ejercicio se persigue.* La Constitución garantiza a los gobiernos locales una autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de los intereses locales. Pero no podrá ser de igual magnitud respecto al ejercicio de aquellas atribuciones competenciales que los excedan, como los intereses supralocales, donde esa autonomía tiene que necesariamente graduarse en intensidad, debido a que en ocasiones de esas competencias también coparticipan otros órganos estatales. (STC Exp. n.º 00007-2002-AI/TC, f. j. 9 *in fine*) (Las cursivas son nuestras)

Sobre los intereses privativos de las municipalidades, el Tribunal ha resuelto: «*Por ello, la autonomía que la Constitución garantiza a las municipalidades debe ser ejercida por estas en función del interés de los vecinos, toda vez que las municipalidades son reconocidas como instituciones representativas de los vecinos de una determinada localidad, y están llamadas a promover la adecuada prestación de los servicios públicos locales, fomentar el bienestar de los vecinos y el desarrollo integral y armónico de sus circunscripciones*» (STC Exp. n.º 0010-2003 AI/TC, f. j. 9) (las cursivas son nuestras).

El mismo alto tribunal refiere en otra sentencia: «*Por tanto, los intereses nacionales deben llegar a modular la eficacia de la autonomía regional, más aún si se tiene en cuenta que esta está sujeta a parámetros constitucionales que le dotan de validez y eficacia*» (STC Exp. n.º 002-2005-PI/TC, f. j. 37) (las cursivas son nuestras).

Nuestro Tribunal Constitucional también ha establecido que: «La Constitución dispone que tanto los gobiernos regionales como los municipales tienen una autonomía política, económica y administrativa. *Esta autonomía debe ser comprendida como la “potestad de proveer a la protección de intereses propios y, por tanto, de gozar y disponer de los medios necesarios para obtener una armoniosa y coordinada satisfacción de los propios intereses”*» (STC Exp. n.º 00014-2009- PI/TC, f. j. 15) (las cursivas son nuestras).

Otra sentencia del Tribunal Constitucional que merece citarse es la siguiente:

Es así como los gobiernos regionales y locales tienen autonomía administrativa, económica y política, aunque esta garantía institucional no puede contraponerse, en ningún caso, al principio de unidad del Estado, porque si bien este da vida a subordinamientos que resultan necesarios para obtener la integración política de las comunidades en el Estado, estos no deben encontrarse en contraposición con el ordenamiento general. *Mientras el Gobierno nacional debe cumplir el principio de lealtad municipal y regional y, por consiguiente, cooperar y colaborar con las regiones y municipalidades, estos deben observar el principio de lealtad nacional, en la medida en que no pueden*

afectar a través de sus actos normativos fin estatal alguno, por lo que no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales que se derivan de la Constitución [...]. (STC Exp. n.º 0016-2012-PI/TC, f. j. 12) (Las cursivas son nuestras)

Finalmente, el Tribunal ha dispuesto: «Así, mientras el Gobierno nacional debe cumplir el principio de lealtad regional [y local] y, por consiguiente, cooperar y colaborar con los gobiernos regionales [y gobiernos locales], estos deben observar el principio de lealtad nacional, en la medida en que no pueden afectar a través de sus actos normativos fin estatal alguno, por lo que no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales que se derivan de la Constitución» (STC Exp. n.º 00014-2009-PI/TC, f. j. 16).

Ahora bien, ¿cómo se explica una supuesta y pretendida supremacía «jerárquica» de la normatividad dada por el Gobierno nacional con relación a la autonomía, que según la Constitución, detentan regiones y municipalidades?

En primer lugar, diremos que ello no responde a una relación jerárquica entre las normas provenientes de diversos ordenamientos. Estamos ante una relación competencial. Y es natural que existan casos en que los intereses del Gobierno nacional no se armonicen a su vez con los intereses respectivos y peculiaridades de regiones y municipalidades. Prueba de ello es la legión de casos resueltos por el Tribunal Constitucional donde han estado de por medio conflictos de competencia y entre estos, claro está, acciones de inconstitucionalidad. Sin embargo, no podemos negar que el Gobierno nacional, dado que configura en la mayoría de casos una *rectoría* sobre todos los niveles de gobierno, de acuerdo con su ámbito de competencia, y notablemente por corresponderle el ejercicio de competencias que se traducen en el interés superior de la nación, contará con un plus que le dote de algún grado de primacía con relación a los productos normativos de las regiones y municipalidades.

Para tal efecto, y como ejemplo, podemos citar los siguientes preceptos.

Según el artículo 118(3) de la Constitución, corresponde al Presidente de la República: «Dirigir la política general del Gobierno».

El artículo 119 de la Constitución prescribe: «La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al consejo de ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo».

El artículo 4(1) de la LOPE dispone:

El Poder Ejecutivo tiene las siguientes competencias exclusivas: 1. Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, *las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno*. Las políticas nacionales definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas. Las políticas nacionales conforman la política general de gobierno. Política sectorial es el subconjunto de políticas nacionales que afecta una actividad económica y social específica pública o privada. *Las políticas nacionales y sectoriales consideran los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales y locales, concordando con el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República*. Para su formulación el Poder Ejecutivo establece mecanismos de coordinación con los gobiernos regionales, gobiernos locales y otras entidades, según requiera o corresponda a la naturaleza de cada política. *El cumplimiento de las políticas nacionales y sectoriales del Estado es de responsabilidad de las autoridades del Gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales. Las políticas nacionales y sectoriales se aprueban por decreto supremo, con el voto del consejo de ministros*. (Las cursivas son nuestras)

El artículo 5, *ab initio*, de la misma ley orgánica preceptúa: «El ejercicio de las competencias compartidas del Poder Ejecutivo con los gobiernos regionales y los gobiernos locales está regido por la Constitución Política del Perú, la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley Orgánica de Municipalidades, así

como por las Leyes de Organización y Funciones de los Ministerios y las entidades que componen el Poder Ejecutivo, según corresponda».

El artículo 17 de la LOPE dispone: «La Presidencia del Consejo de Ministros es el ministerio responsable de la coordinación de las políticas nacionales y sectoriales del Poder Ejecutivo. Coordina las relaciones con los demás poderes del Estado, los organismos constitucionales, gobiernos regionales, gobiernos locales y la sociedad civil».

Resulta de todo relevante el artículo 22.2 de la LOPE al señalar: «Los ministerios diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, asumiendo la *rectoría* respecto de ellas» (las cursivas son nuestras).

En igual sentido, el artículo 23.1 prevé: «Son funciones generales de los ministerios: a) formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial bajo su competencia, aplicable a todos los niveles de gobierno [...]».

Más luces sobre este mismo tema nos dan las leyes de organización y funciones de los ministerios.

Así, pues, según el artículo 5 de la ley de organización y funciones del MTC, son funciones *rectoras* las siguientes:

1. Formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, fiscalizar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial bajo su competencia, *aplicable a todos los niveles de gobierno*.
2. Dictar normas y lineamientos técnicos para la adecuada ejecución, supervisión y evaluación de las políticas, la gestión de los recursos del sector, así como para el otorgamiento y reconocimiento de derechos, la sanción, la fiscalización y ejecución coactiva en materias de su competencia.
3. Coordinar con los gobiernos regionales y locales la implementación de las políticas nacionales y sectoriales, y evaluar su cumplimiento. (Las cursivas son nuestras)

La Ley de Organización y Funciones del Minedu establece en su artículo 3:

El sector educación se encuentra bajo la conducción y *rectoría* del Ministerio de Educación. Está conformado por este, sus entidades y organismos dependientes o adscritos. En ejercicio de su *potestad rectora*, comprende, además, a las instituciones privadas, *así como aquellas de los niveles de gobierno nacional, regional y local que realizan actividades vinculadas a las competencias establecidas en la presente ley* y que tienen impacto directo o indirecto en la educación. (Las cursivas son nuestras)

El artículo 5 de la misma ley señala que el Ministerio de Educación, dentro del ámbito de su competencia, tiene entre sus funciones generales, la siguiente función rectora: «a) Formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial bajo su competencia, *aplicable a todos los niveles de gobierno*» (las cursivas son nuestras).

El artículo 3 de la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura precisa: «El sector cultura comprende al Ministerio de Cultura, las entidades a su cargo, las organizaciones públicas de nivel nacional y *otros niveles de gobierno* que realizan actividades vinculadas a su ámbito de competencia, incluyendo a las personas naturales o jurídicas que realizan actividades referidas al sector cultura» (las cursivas son nuestras).

Según el artículo 5 de la misma ley, el Ministerio de Cultura «es el *organismo rector* en materia de cultura y ejerce competencia, exclusiva y excluyente, respecto de otros niveles de gobierno en todo el territorio nacional, en: a) la formulación, planeación, dirección, coordinación, ejecución, supervisión, evaluación y fiscalización de las políticas nacionales y sectoriales del Estado en materia de cultura, *aplicables y de cumplimiento en todos los niveles de gobierno* y por todas las entidades del sector cultura» (las cursivas son nuestras).

De acuerdo con el artículo 6.1 de la Ley de Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, corresponde a este: «a) Formular, pla-

nificar, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional del ambiente aplicable a todos los niveles de gobierno. [...] c) Coordinar la implementación de la política nacional ambiental con los sectores, los gobiernos regionales y los gobiernos locales. d) Prestar apoyo técnico a los gobiernos regionales y locales para el adecuado cumplimiento de las funciones transferidas en el marco de la descentralización».

De otro lado, el Decreto Supremo N° 029-2018-PCM, norma que aprueba Reglamento que regula las políticas nacionales, manifiesta en uno de sus considerandos: «Que, siendo las políticas nacionales y sectoriales de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno y estando su rectoría bajo la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, es necesario fortalecer dicho rol rector, a fin de asegurar que tales políticas sean ejecutadas y cumplidas en todo el territorio, en el marco del principio de unidad de Estado consagrado en los artículos 43 y 189 de la Constitución Política del Perú».

El artículo 13 del mismo decreto define la rectoría de una política nacional sectorial como «[...] la potestad exclusiva de un Ministerio para priorizar la atención de problemas o necesidades públicas y disponer medidas sectoriales nacionales, *que permitan alinear la actuación de los tres niveles de gobierno* y de los ciudadanos, según corresponda, a efectos de alcanzar los objetivos de la política nacional sectorial adoptada, en beneficio de la ciudadanía» (las cursivas son nuestras).

Pero a efectos de continuar haciendo este análisis sobre la pluralidad de ordenamientos, políticas públicas y principios de incardinación normativa, debemos referirnos al supraordenamiento de manera prioritaria, esto es, a la norma constitucional.

Según el artículo 192, *ab initio*, de la carta de 1993: «Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, *en armonía* con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo» (las cursivas son nuestras).

Por su parte, el artículo 195 de la misma carta prevé: «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).

En el «escalón» del BC, encontramos los siguientes dispositivos:

- El artículo 49.1 de la LBD prescribe: «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».
- El artículo 8.11 de la LOGR preceptúa: «Las políticas de los gobiernos regionales *guardan concordancia* con las políticas nacionales de Estado» (las cursivas son nuestras).
- El artículo 45.a, *in fine*, de la LOGR con similar tenor prescribe: «Los Gobiernos Regionales definen, norman, dirigen y gestionan sus políticas regionales y ejercen sus funciones generales y específicas *en concordancia* con las políticas nacionales y sectoriales» (las cursivas son nuestras).
- Según el artículo VI del Título Preliminar de la LOM, las municipalidades, «[...] 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).
- El artículo VIII, *in fine*, de la misma ley dispone: «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).

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, y notablemente, en la autonomía que se les reconoce. Además, esta relación internormativa también supone, para el caso de las regiones y 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 los conceptos de «armonía» y «concordancia» precisados en la Constitución, la LBD, la LOGR y la LOM, resulta más laxo y así en la relación entre Gobierno nacional y municipalidades y regiones no se configura una rigurosa sujeción *jerárquica*, por la cual estos entes territoriales resulten siendo meros ejecutores de una voluntad ajena. Y lo que aquí se ha dicho encuentra absolutamente su elemento basilar en la autonomía en sus diversas variantes, que a las municipalidades y regiones les reconoce la carta de 1993.

Se preguntará el lector y con justa razón, por qué se ha hecho toda una elaboración sobre políticas y planes nacionales y territoriales cuando la finalidad de este texto es estudiar el concepto de ley.

La respuesta no es complicada. Dado que las ordenanzas territoriales tienen valor o rango de ley, la autonomía política de las municipalidades y de las regiones se manifestará, a su vez, a través de la dación de estas fuentes normativas.

Ello queda corroborado por el artículo 9.1 de la LBD cuando prevé que autonomía política: «[...] *es la facultad de adoptar y concordar las políticas,*

planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que le son inherentes» (las cursivas son nuestras).

De tal suerte que se produce el efecto paradójico de que conforme a la LOPE y a la LBD, una ordenanza territorial —norma con rango de Ley— desarrollará lo prescrito por una norma reglamentaria como es el decreto supremo. Nada más alejado del principio de jerarquía.

6. ¿QUÉ TIENEN EN COMÚN LAS DIVERSAS FUENTES FORMALES CON VALOR O RANGO DE LEY Y QUE SON ASÍ DISEÑADAS POR LA CONSTITUCIÓN? ¿ACASO VALOR O RANGO DE LEY SON PSEUDOCONCEPTOS?

Luego de haber analizado la naturaleza jurídica de las ordenanzas, su alcance normativo y haberlo hecho también con otras fuentes que según la Constitución también 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) cuando afirma:

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.* (p. 421)

7. REFERENCIAS

Alberti Rovira, E. (Septiembre-diciembre, 1986). Leyes medida y distribución de competencias: un paso más en la interpretación extensiva de las «bases normativas» en la jurisprudencia constitucional (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 179/1985, de 19 de diciembre). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (18).

Carpio Marcos, E. (2001). Las normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad. *Advocatus*, (5), pp. 201-208.
<https://doi.org/10.26439/advocatus2001.n005.2317>

Carre de Malberg, R. (1948). *Teoría general del Estado*. México D. F., Fondo de Cultura Económica.

De la Morena, L. (Enero-abril 1978). Los fines de interés público como «causa» y como «límite» y «medida» de control jurídicos. *Revista de Administración Pública*, (85), pp. 151-221.

De la Morena, L. (Enero-diciembre 1983). Derecho administrativo e interés público. Correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, (100-102), pp. 847-880.

- De Otto, I. (Mayo-agosto 1981). Prevalencia del derecho estatal sobre el regional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1(2).
- García de Enterría, E. (Enero-abril, 1981). La posición del Tribunal Constitucional en el sistema español. Posibilidades y perspectivas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (1).
- García de Enterría, E. (1983). El ordenamiento estatal y ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones. *Revista de Administración Pública*, (101-102).
- Gómez-Ferrer Morant, R. (Mayo-agosto, 1987). Relación entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional. *Revista de Administración Pública*, (113), pp. 7-38.
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de derecho administrativo y derecho público en general*. [Tomo IX]. Madrid: La Ley - Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Pérez Royo, J. (1985). *Las fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- Rubio Llorente, F. (Enero-diciembre, 1983). Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley. *Revista de Administración Pública*, (100-102).
- Rubio Llorente, F. (Septiembre-diciembre, 1989). El bloque de constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (27).
- Tafur Charun, E. (2023). *Temas de Derecho público*. Lima: Biblioteca de Derecho de Estudio Mario Castillo Freyre.
- Villegas Basavilbaso, B. (1950). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, Tomo 1.

LA TEORÍA DE LA CAUSA APLICABLE A LOS REGLAMENTOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS

Sumario: 1. Administraciones públicas, personalidad jurídica e instrumentalización.— 2. Reglamentos y actos administrativos.— 3. Precisiones sobre la naturaleza de las administraciones públicas.— 4. Los fines públicos de interés general y el principio de legalidad.— 5. «Publicación», exorbitancias y privilegios.— 6. La causa.— 7. Colofón.— 8. Referencias.

1. ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, PERSONALIDAD JURÍDICA E INSTRUMENTALIZACIÓN

Actualmente, no cabe duda alguna sobre la importancia de la existencia de las administraciones públicas en el sistema jurídico, así como de la función que las mismas cumplen para facilitar el desenvolvimiento de este. Las administraciones públicas, en rigor, son sujetos de derecho, esto es, personas jurídicas, lo que gatilla que las mismas sean idóneos instrumentos del sistema jurídico para la consecución de los fines de interés general que ha dispuesto el ordenamiento (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 34). Para tal efecto, esta personalidad jurídica coadyuvará a que las administraciones públicas, en cuanto instrumentos, cumplan con los fines de interés general.

En efecto, la actividad de las administraciones públicas y el cumplimiento de su misión se ven enormemente facilitados al ser las mismas sujetos de derecho. Así, pues, dentro del ámbito del principio de legalidad, y siempre teniendo como meta la consecución o satisfacción de los fines de interés general, las administraciones públicas podrán contratar, ser enjuiciables, tener un patrimonio, responder por sus actos ilícitos. Reiteramos que lo dicho tiene como sustrato la naturaleza instrumental

de las administraciones públicas. En tal sentido se ha de incidir en que esos fines de interés general, cuya consecución está encargada a las administraciones públicas y sin perjuicio de la naturaleza del régimen político de turno, han de ser valiosos para el correcto funcionamiento de la sociedad de que se trate.

Pero también, y reiterando la importancia de la tarea de consecución de los fines de interés general, así como parte de esta instrumentalización de las administraciones públicas, a estas se le atribuyen poderes exorbitantes. Dichos poderes exorbitantes también tendrán una naturaleza instrumental.

2. REGLAMENTOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS

De otro lado, las administraciones públicas manifiestan su voluntad *inter alia* a través de reglamentos y actos administrativos.

Los reglamentos pueden ser definidos, en general, como normas dadas por las administraciones públicas, de naturaleza abstracta y que innovan el ordenamiento jurídico. No necesariamente tienen carácter general. Esto es, al ser el reglamento parte del ordenamiento jurídico, y al innovar este, son pasibles de ser aplicados una infinidad de veces (García de Enterría y Fernández, 2001, pp. 205-206).

Los reglamentos pueden *inter alia* ser de tres clases: ejecutivos, autónomos e independientes. En principio, se puede decir que son normas infralegales, esto es, subordinadas a las normas primarias o, lo que es lo mismo, a las normas con rango de ley. Estos reglamentos, como es en el caso de los así denominados ejecutivos, no pueden transgredir ni desnaturalizar las leyes que «desarrollan», pues a estas están sujetos. Queda claro que absolutamente todos los reglamentos han de tener como objeto la consecución de los fines de interés general. De no ser así, se estaría incurriendo en desviación de poder o abuso de poder. En el caso que el reglamento de que se trate resulte aplicable al común de los ciudadanos (*ad extra*), imponiéndoles cargas y gravámenes, la atribución de

tal potestad ha de ser por fuerza una tarea llevada a cabo por la Constitución (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 182). En otros casos, por ejemplo, los de relaciones de sujeción especial, la atribución de la potestad reglamentaria bien puede ser hecha por normas con valor de ley o a través de reglamentos.

Distinto es el caso de los actos administrativos. Los actos administrativos son de naturaleza «ordenada». Esto es, no forman parte del ordenamiento jurídico, son una mera aplicación de este (García de Enterría y Fernández, 2001, pp. 183-184). Generalmente, están dirigidos a un individuo, pero también es posible que se dirijan y desplieguen sus efectos sobre la órbita de una pluralidad de individuos. Vale decir, no necesariamente se va a configurar una individualización del asunto de que se trate. No está de más decir que los efectos de los actos administrativos estarán forzosamente dirigidos a la consecución de los fines de interés general. Caso contrario, y al igual que los reglamentos, serán pasibles de nulidad por desviación de poder o abuso de poder. Es importante, en fin, manifestar que los actos administrativos estarán de modo positivo sujetos al ordenamiento jurídico. Como luego veremos, esto supone que las administraciones públicas solo podrán hacer lo que el ordenamiento jurídico les autoriza (principio de legalidad).

3. PRECISIONES SOBRE LA NATURALEZA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como refuerzo de todo lo hasta aquí dicho, es menester citar a Cairampoma Arroyo y Villegas Vega (2021, pp. 526-527) cuando ponen de relieve la naturaleza de la Administración Pública, sus poderes, límites y sus fines valiosos.

1. La Administración Pública está al servicio de la sociedad, que es una comunidad organizada políticamente y limitada en su actuación por la Constitución y demás normas legales.

2. Existen órganos del Estado superiores a la Administración Pública por el poder que aquellos detentan a diferencia de esta última, quedando así subordinada a las decisiones que los titulares de los intereses públicos puedan adoptar como representantes de la sociedad.
3. La actividad de la Administración se encuentra así sometida a derecho, siendo el principio de legalidad o juridicidad uno de los principales promotores y limitantes de su desarrollo.
4. La actividad de la Administración Pública no solo es jurídica por estar sujeta a derecho, sino que también es (o debería ser) racional a fin de obtener la máxima eficiencia para la satisfacción de los intereses públicos.
5. La actividad que realiza la Administración Pública puede sostenerse en instrumentos distintos a los que pueden emplear los particulares, lo que involucra el ejercicio de potestades, generando así ventajas y una posición privilegiada frente a estos últimos.
6. La Administración Pública debe actuar conforme a los intereses públicos de la sociedad, pudiendo esta ser una actuación más amplia cuando predominen las tendencias socializadoras o más limitada cuando estén más relacionadas con los procesos de liberalización y privatización.
7. Como ya se ha mencionado, la Administración Pública realiza actividades en el marco de las potestades que le son reconocidas por la Constitución y las normas legales, quedando su actuación subordinada a los mismos. En caso dicha actuación no se enmarque en lo establecido normativamente, los administrados podrán recurrir a los órganos superiores para que ordenen el sometimiento de la Administración a la ley, siendo esto el control de la Administración.

Redondeando lo dicho, Cairampoma Arroyo y Villegas Vega (2021, p. 542) citan a Cosculluela Montaner señalando que el derecho administrativo cuenta con cuatro caracteres, siendo estos el derecho de prerrogativas y privilegios de la Administración Pública, el derecho tutor de los intereses públicos, el derecho garantizador y el derecho en permanente adaptación a la realidad que ordena.

El primero de dichos caracteres reconoce «un derecho que otorga a la Administración Pública una serie de prerrogativas y privilegios que la sitúan en un plano de supremacía jurídica sobre el ciudadano», lo cual se ve reflejado cuando los administrados están obligados al cumplimiento de los actos administrativos. El segundo de ellos implica que la finalidad del derecho administrativo radica en la protección de los intereses públicos, cuya satisfacción es perseguida por la Administración Pública. El tercero señala que el derecho administrativo es un derecho garantizador de la protección de los derechos de los ciudadanos frente al poder del Estado, lo cual se manifiesta a través de la posibilidad de recurrir a los tribunales en contra de la Administración Pública cuando las decisiones administrativas no se emiten de conformidad con la ley. Y el cuarto de ellos implica que el derecho administrativo es «motorizado legislativamente» en tanto comprende el ordenamiento que rige a la Administración Pública en su actuar de acuerdo a la política de cada gobierno en curso, aunque —a diferencia de lo que algunos pueden llegar a señalar sobre la inestabilidad que ello podría generar— se debe recordar que la actuación que tenga la Administración Pública en el momento será acorde a los principios legalmente establecidos y sobre los cuales se encuentra parametrada la validez de la actuación administrativa.

Los mismos autores (2021) agregan:

En ese sentido, se puede señalar que el Derecho administrativo es aquella rama del Derecho que se encarga de estudiar las relaciones entre la Administración Pública y los particulares, y en donde aquella asume el deber y la obligación de actuar como garante de los fines y/o intereses

públicos, contando para ello con los instrumentos jurídicos e institucionales del ordenamiento jurídico, mientras que los últimos pueden accionar las herramientas de defensa para garantizar el cumplimiento de los fines y/o intereses públicos previamente mencionados. (pp. 542-543)

4. LOS FINES PÚBLICOS DE INTERÉS GENERAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Todo lo hasta aquí dicho pone de relieve la mayor importancia que suponen los fines de interés público o general en toda actuación dentro del ámbito del derecho administrativo. Esto es, de no respetarse la primacía de tal interés el reglamento o el acto administrativo devendrá en inválido, pues no podrá ser reconocido o validado por el ordenamiento jurídico y en tal sentido, y como consecuencia de ello, no surtirá sus efectos, los mismos que en algunos casos estarán vinculados a las potestades, privilegios, prerrogativas y poderes de las administraciones públicas, y en otros casos se relacionarán con derechos y obligaciones de los administrados.

En suma, dado un vicio de invalidez, señaladamente el referido a la finalidad del reglamento o del acto administrativo, estos no podrán desplegar abiertamente sus efectos, pese a ser actos de autoridad, pues al no ser reconocidos por el ordenamiento jurídico, este no asumirá la tarea de considerar valiosos tales actos y como tal el reconocerlos aptos para generar los efectos jurídicos buscados. Reiteramos: estos efectos podrían ser el reconocimiento de un derecho a un administrado o la ineficacia del ejercicio de algún poder exorbitante o de *ius imperium*. De este modo, estaríamos frente a un caso, como luego veremos, en que se agravia el ejercicio de la competencia y con él no se respeta el cumplimiento de la finalidad preceptuada por la normatividad supraordenada, careciendo el acto de que se trate de la capacidad de generar los efectos buscados. Tal agravio sería el supuesto de la desviación de poder, *grasso modo*: una malversación de fines y competencias que, naturalmente, el ordenamiento jurídico no puede acoger ni reconocer, y así como efecto de ello el acto de que se trate será inválido, ineficaz y nulo.

Antes de seguir elaborando sobre este tema, resulta procedente citar algunas normas positivas del derecho patrio a efectos de que nos den luces sobre la prominente importancia de las nociones competencia y fines públicos de interés general.

En primer lugar, y en lo respecta a la Constitución, es de citar el «preambular» artículo 44, el cual prevé *ab initio*: «Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y *promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación*» (las cursivas son nuestras).

A un nivel primario, y vinculado con el tema que ahora nos ocupa, es de citar los siguientes preceptos que, aun cuando se refieren a los actos administrativos, resultarían aplicables por analogía, al no ser normas restrictivas, también a los reglamentos, los artículos III, IV.1.1.1, IV.1.1.4, IV1.17, 213, 3.3 del TUO de la Ley n.º 27444 (LGPA) que van a ser transcritos.

Artículo III: «La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general».

Artículo IV.1.1.1: «Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas».

Artículo IV.1.1.4: «Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines

públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido».

Artículo IV.1.1.17: «Principio del ejercicio legítimo del poder.- La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general».

Artículo 3.3: «Son requisitos de validez de los actos administrativos: Finalidad pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad» (las cursivas son nuestras).

También es de citar el artículo 75.1 de la misma ley cuando dispone: «Deberes de las autoridades en los procedimientos. Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes los siguientes: *Actuar dentro del ámbito de su competencia y conforme a los fines para los que les fueron conferidas sus atribuciones*» (las cursivas son nuestras).

El artículo 213.1 indica: «En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, *siempre que agravien el interés público o lesionen derechos fundamentales*» (las cursivas son nuestras).

El artículo II.1 del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) establece: «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*, asegurando que su actividad se realice con arreglo a: 1. *Eficacia: la gestión se organiza para el cumplimiento oportuno de los objetivos y las metas gubernamentales*» (las cursivas son nuestras).

De esta manera queda perfectamente positivada la estrecha ligazón que se configura entre la actuación de la Administración Pública cuando ejecuta competencias y la necesaria correlación que ha de existir entre tal ejercicio y la satisfacción de los fines de interés general. También es de incidir en la importancia del principio de legalidad. En tal sentido, el artículo IV.1.1.1 de la LPAG pone de relieve el vínculo positivo que se da entre Administración Pública y ordenamiento jurídico. La Administración Pública solamente podrá actuar con prerrogativas y privilegios cuando para tal efecto la competencia haya sido expresa y positivamente dispuesta por el ordenamiento jurídico y el mismo ordenamiento haya establecido el fin de interés general que sea materia de consecución o satisfacción.

En lo que a jurisprudencia y precedentes se refiere, nuestro Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a esta materia. Así, la alta corte ha precisado:

El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa [...]. La Administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público [...]. Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo. (STC Exp. n.º 0090-2004-AA/TC, f. j. 11)

5. «PUBLIFICACIÓN», EXORBITANCIAS Y PRIVILEGIOS

Tal como lo hemos precisado en otro lugar (2023): «Queda claro, pues, que la legitimidad que detenta la Administración Pública para ejercer la competencia de dictar reglamentos y actos administrativos, y con ello el goce de prerrogativas o privilegios exorbitantes del derecho privado que

también supone, tiene como requisito ineludible, a partir de la «publicación» previa y correspondiente, la consecución y realización de los fines públicos que el orden jurídico así dispone o contempla, sin dejar de lado el principio de legalidad en cuanto mecanismo atributivo de tales competencias de modo positivo» (p. 149).

En tal sentido, diremos que la competencia surge del fin público. 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 o satisfacción de determinado fin de interés público. Sin esa previa «publicación» del fin mal podría existir una competencia. El fin público da origen a la competencia. *Pero no solo da origen a la competencia, sino también a las prerrogativas y privilegios que ostenta la Administración. Tales privilegios no tendrían razón de existir si no fuera para cumplir los fines públicos. 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 cumpliendo con la consecución de los fines públicos y jurídicamente profanando lo privado (las cursivas son nuestras) (Tafur Charun, 2023, p. 162).

Así las cosas, constatamos que existe un necesario correlato entre los términos *competencia e interés público y como efecto de este último la detentación de exorbitancias por parte de las administraciones públicas*. Por ejemplo, el artículo 7.3 de la Ley de Bases de la Descentralización preceptúa: «El gobierno en sus distintos niveles se ejerce con preferencia del interés público».

Siguiendo a Sainz Moreno (1977, p. 443), lo normal es que la noción de interés general cumpla las dos funciones a un tiempo: es fundamento y límite de las potestades administrativas, estas no existen más que en la medida en que determina el interés general. El interés general constituye, pues, la medida de los poderes de la Administración.

Sobre el mismo tema, García de Enterría y Fernández (2001, pp. 445-446) opinan que las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio del interés público, que es ajeno y absolutamente superior al interés propio de la Administración como organización. Positivamente, la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés lo exija, obligación que marca incluso las potestades más amplias, todo lo cual no es una simple admonición moral, sino un mecanismo técnico preciso, esta «adherencia al fin» (público) condiciona la validez de los actos administrativos en que se expresa el ejercicio de las potestades.

6. LA CAUSA

Ya lo hemos venido insinuando a lo largo del presente texto. Al respecto, es de indicar que el acto administrativo y el reglamento cumplen una importante función económica social como es la satisfacción de los fines de interés general. Tal función, que no es otra cosa que la causa del reglamento y del acto administrativo, es reconocida y acogida, de ser el caso, como valiosa por el ordenamiento jurídico y es como efecto de ello que el ordenamiento (o el derecho) otorga validez, exigibilidad y obligatoriedad al acto administrativo o reglamento de que se trate (reconocimiento jurídico). Es, pues, esa función económico-social, cuando sea considerada valiosa por el ordenamiento, esto es, que se satisfaga el fin de interés general dispuesto, legitimando las exorbitancias de las administraciones públicas y los derechos y obligaciones de los administrados, la que facilitará el desenvolvimiento del tráfico jurídico y es por ello también que la sociedad toda en su conjunto termina por beneficiarse (Tafur Charun, 2023, pp. 255-256).

De otro lado, García de Enterría y Fernández, citados por De la Cruz Ferrer (1988, p. 99), exponen una concepción del elemento de la *causa* extraordinariamente útil para un control incisivo de la actuación administrativa: el acto debe servir al fin, en consideración al cual la norma ha configurado la potestad que el acto ejercita; *a la efectividad de ese*

servicio al fin normativo concreto por el acto administrativo debe reservarse, justamente, el concepto y el nombre de causa en sentido técnico.

García de Enterría y Fernández (citados en la STC Exp. n. ° 0090-2004-AA/TC) sostienen:

La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello, no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo; la motivación ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión [...] motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto [...]. La ley obliga a la Administración a motivar sus decisiones, lo que quiere decir hacer públicas las razones de hecho y de derecho en las cuales las mismas se apoyan. (f. j. 31) (Las cursivas son nuestras)

Muñoz Machado (2017, pp. 53-54) sostiene, por su parte, que la causa del acto debe ser entendida como *causa finalis*, que la mayoría de los autores hacen radicar en la adecuación del contenido de los actos a los fines que persiguen. La causa es la función objetiva que el acto cumple y de cuya concurrencia depende su validez. Lo peculiar de los actos administrativos es que en la práctica totalidad de los supuestos la función que deben cumplir ya está predeterminada por el ordenamiento jurídico, de forma que no se plantea en el derecho administrativo el problema de la causa con las mismas connotaciones que en el derecho privado. La adecuación de los actos a la finalidad que persiguen sí es exigida, continuamente, por el derecho administrativo. Y la desaparición de la causa también se pone en valor por alguna legislación para justificar la cesación de los efectos de los actos. En realidad, puesto que el contenido de los actos tiene que ser «adecuado a los fines de aquellos», la desaparición de esta circunstancia, en la que radica la causa, permitiría extraer la conclusión general de que el acto pierde sus efectos.

Nuestra posición es que la teoría de la causa, tomada en préstamo del derecho privado, es de la mayor importancia. En el caso que nos ocupa, diremos que la actuación de la Administración, cumpliendo una función económica social, será reconocida como valiosa y, por ende, validada y acogida por el ordenamiento cuando la Administración Pública, en ejercicio de su competencia y del grado de discrecionalidad que corresponda, se ajuste a la satisfacción de determinados fines públicos, trazados por el mismo ordenamiento y no a cualquier otro fin, aun cuando el mismo sea público. De configurarse, por ejemplo, una desviación de poder, la actuación administrativa, en tanto supuesta función económica social, perseguirá *finés diversos* a los señalados por el ordenamiento y que habrían justificado o legitimado la atribución de la competencia y, también con ella, el goce de exorbitancias, privilegios o prerrogativas. Tal competencia solo puede ejercerse para los fines por los que ella misma fue atribuida por el ordenamiento. De darse, pues, una arbitrariedad, tal acto o reglamento será purgado del ordenamiento, pues en modo alguno este —el ordenamiento— puede reconocer y acoger como digna de tutela una actuación administrativa que resulta a todas luces carente de competencia. Acto incompetente, pues la atribución de competencia se origina en la necesidad de adecuar la actuación de la Administración Pública para cumplir fines específicos, previamente «publicados» por el ordenamiento.

7. COLOFÓN

Los reglamentos y los actos administrativos cumplen una función económica social al satisfacer los fines de interés general, previamente «publicados» y que el ordenamiento les ha trazado. De esta manera, el mismo ordenamiento acoge, valida y reconoce *jurídicamente* tales reglamentos y actos administrativos al cumplir estos una función económica social, pues dada la consecución de los fines públicos de interés general, la misma es valiosa para el funcionamiento del sistema jurídico y la sociedad en su conjunto. Por lo aquí indicado, las administraciones públi-

cas quedarán habilitadas para gozar de sus privilegios y demás exorbitancias y, de ser el caso, se regularán los derechos y obligaciones de los administrados dentro del ámbito del derecho administrativo.

8. REFERENCIAS

De la Cruz Ferrer, J. (Mayo-agosto 1988). Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, (116), pp. 65-105.
<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/235811988116065.pdf>

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

Muñoz Machado, S. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General*. Tomo XII. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Sainz Moreno, F. (1977). Sobre el interés público y la legalidad administrativa. *Revista de Administración Pública*, (82), pp. 439-454.
<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/229801977082439.pdf>

Tafur Charun, E. (2023). *Temas de Derecho Público*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre.

Villegas Vega, P. y Cairampoma Arroyo, A. (Diciembre-mayo 2021). La responsabilidad social universitaria desde el derecho administrativo. *Derecho PUCP*, (87), pp. 523-550.

LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS, COMPARTIDAS Y CONCURRENTES EN EL ÁMBITO DE DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL

Sumario: 1. Exordio.— 2. Armonización y relación entre entidades.— 3. Tipos de competencias.— 4. Competencias exclusivas y el principio de unidad.— 5. Competencias compartidas y la importancia del principio de concurrencia.— 6. Intereses superiores, intereses respectivos y el proceder del Tribunal Constitucional.— 7. Intereses superiores e intereses respectivos en el ámbito positivo.— 8. Autonomía y cláusula de unidad.— 9. Colofón.— 10. Referencias.

1. EXORDIO

A partir de la Constitución de 1979, y replicando la misma tendencia aun cuando con mayor énfasis, en la Constitución de 1993 y esto a partir de la reforma del 2002, el modelo de Estado se reestructura mediante un nuevo 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 como se manifiesta la voluntad del Estado (Tafur Charun, 2023a).

En este contexto, esta pluralidad institucional no supone otra cosa que «ordenamientos» que detentarán un sistema de fuentes normativas propio, así como privativas competencias de ejecución. Existirá, en principio, una relación de separación si cabe el oxímoron, esto es, cada ordenamiento o institución detendrá un acervo de competencias, en algunos casos exclusivas, compartidas, delegadas, concurrentes o residuales, pero siempre dotado de autonomía y todo ello a efectos de obtener la

consecución de los fines públicos e intereses generales que han sido trazados y reconocidos por el supraordenamiento.

Algunas de estas instituciones tendrán naturaleza territorial (regiones y municipalidades), las mismas que serán materia de estudio en el presente texto. También pueden estas instituciones ser catalogadas como administraciones públicas —sin perjuicio de su sustrato político— dado que las mismas son sujetos de derecho (personas jurídicas), titulares de derechos subjetivos, con un patrimonio propio, capaces de celebrar contratos, enjuiciables, responsables por los actos ilícitos en que incurran, dotadas así y para tal efecto de privilegios y prerrogativas para la satisfacción de los ya mencionados fines e intereses de orden general (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 34).

Pero debe quedar en claro, reiteramos, que pese a tratarse de una pluralidad de instituciones o administraciones públicas autónomas, la separación que ello supone en modo alguno es absoluta.

2. ARMONIZACIÓN Y RELACIÓN ENTRE ENTIDADES

En efecto, entre el proceder del Gobierno nacional y de las distintas instituciones —territoriales en este caso— existirá un despliegue de coordinación, articulación, concertación, lealtad mutua y colaboración, cuya finalidad será la satisfacción de los fines de interés general que a cada institución corresponda, según lo preceptuado en el ordenamiento. Una vinculación positiva que de esta manera permitirá que el Estado, complejo y plural, pueda hallar la sistematicidad necesaria e imprescindible para su adecuado funcionamiento. *Uno de esos modos de «articulación» será la vinculación que se despliega entre el centro (Gobierno nacional) y la periferia (autonomías territoriales) en lo que se refiere a la operatividad de los distintos tipos de competencia.*

En este contexto, además del ejercicio de los diferentes tipos de competencias, encontramos las siguientes modalidades de «vinculación

positiva» o «articulación» cuyo correlato positivo se halla en los siguientes artículos de la carta de 1993:

Artículo 43: «La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes».

Artículo 188 *ab initio*: «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».

Artículo 189: «El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el Gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la nación. El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados».

Artículo 191, *ab initio*: «Las regiones coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones».

Artículo 192, *ab initio*: «Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en *armonía* con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo». (Las cursivas son nuestras)

Artículo 195, *ab initio*: «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)

A nivel *primario* tenemos el artículo 49.1 de la Ley de Bases de la Descentralización (LBD) cuyo texto dice: «El gobierno nacional y los

gobiernos regionales y locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades».

De similar tenor son los artículos v.2 y v.3 del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), al prescribir que las entidades del Poder Ejecutivo: «2. Coordinan y cooperan de manera continua y permanente con los gobiernos regionales y gobiernos locales en el marco de la Ley y la Constitución Política del Perú. 3. Se relacionan con los otros poderes del Estado y organismos autónomos, con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley».

De igual manera son de citar los artículos 6.3 y 6.4 de la LOPE, los que disponen que son funciones del Poder Ejecutivo: «(3) Establecer relaciones, buscar el consenso, prestar asistencia técnica y desarrollar mecanismos de cooperación con todas las entidades de la administración pública. (4) Implementar la coordinación con los gobiernos regionales y gobiernos locales, con énfasis en las competencias compartidas».

El artículo 7 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR) señala: «La presente Ley Orgánica define las relaciones de cooperación y coordinación entre los gobiernos regionales, y de estos con los otros niveles de gobierno, orientados al proceso de integración y conformación de regiones y de coordinación en espacios macrorregionales».

Por su parte, el artículo 32, *ab initio*, de la LORG dispone: «La gestión de Gobierno Regional se rige por el Plan de Desarrollo Regional Concertado de mediano y largo plazo, así como el Plan Anual y el Presupuesto Participativo Regional, *aprobados de conformidad con políticas nacionales y en cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente*» (las cursivas son nuestras).

Y es de la mayor importancia citar el artículo 36, *ab initio*, de la aludida Ley cuando señala: «Las normas y disposiciones del gobierno regional *se adecuan* al ordenamiento jurídico nacional, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro gobierno regional ni de los otros niveles de gobierno» (las cursivas son nuestras).

En el caso de las municipalidades conviene precisar que según el artículo II de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM): «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).

El artículo VI de la LOM, por su parte, establece: «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).

El artículo 123, *ab initio*, de la LOM prescribe: «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».

Y el artículo 124 de la misma ley prevé: «Las relaciones que mantienen las municipalidades entre ellas, son de coordinación, de cooperación o de asociaron [sic] para la ejecución de obras o prestación de servicios. Se desenvuelven con respeto mutuo de sus competencias de gobierno».

El artículo 87.1 del TUO de la Ley n.º 27444 (LPAG), en fin, indica: «Las relaciones entre las entidades se rigen por el criterio de colaboración, sin que ello importe renuncia a la competencia propia señalada por ley».

Al respecto, bien dice el Tribunal Constitucional:

El principio de separación de poderes y el control y balance entre estos «no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado —*checks and balances of powers*— y, por otro, como *coordinación y cooperación entre ellos*» [y además que d]entro del marco del principio de división de poderes se garantiza la independencia y autonomía de los órganos del Estado[, lo que,] sin embargo, no significa en modo alguno que dichos órganos actúan de manera aislada y como compartimentos estancos; sino que exige también el control y balance (*check and balance*) entre los órganos del Estado. (STC Exp. n.º 0005-2007-PI/TC, f. j. 17) (Las cursivas son nuestras)

Luego, y en la misma sentencia, el órgano de control de la Constitución precisa:

[...] *cabe mencionar que el principio de separación de poderes reconocido en el artículo 43 de la Constitución posee un contenido más amplio que aquel que asumía la separación del poder del Estado únicamente en poderes como el legislativo, ejecutivo y judicial*. En efecto, la propia norma fundamental ha establecido órganos constitucionales tales como el Tribunal Constitucional (artículo 201 y ss.), Jurado Nacional de Elecciones (artículo 176 y ss.), Ministerio Público (artículo 158 y ss.), Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150 y ss.), Defensoría del Pueblo (artículo 161 y ss.), gobiernos locales y gobiernos regionales (artículo 190 y ss.), entre otros. (Las cursivas son nuestras)

El Tribunal agrega:

Como se aprecia, el poder constituyente ha dividido el poder no solo entre el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sino tam-

bién entre órganos constitucionales, sin desconocer, inclusive, que también es posible explicar la moderna materialización del principio de separación de poderes con la división entre órganos de decisión política (Parlamento y Gobierno) y los órganos de decisión jurisdiccional (judicatura ordinaria y constitucional, entre otros). Pese a la extensión del número de instituciones que administran el poder, se mantiene el núcleo esencial del principio, el mismo que consiste en evitar la concentración del poder en un solo ente [...]. (f. j. 21)

3. TIPOS DE COMPETENCIAS

En lo que a los tipos de competencias se refiere, según el artículo 13 de la LBD, serían las siguientes:

13.1. Competencias exclusivas: son aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la ley.

13.2. Competencias compartidas: son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel.

13.3. Competencias delegables: son aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada. La entidad que delega mantiene la titularidad de la competencia, y la entidad que la recibe ejerce la misma durante el periodo de la delegación.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha definido las distintas clases de competencias del siguiente modo: «(i) exclusivas, cuando son asignadas en exclusividad, aunque pueden ser a su vez positivas si son susceptibles de ser delegadas, o negativas si ello no es posible, en cuyo caso serán también excluyentes; (ii) compartidas, cuando se reparten responsabilidades sobre una materia entre dos o más niveles de gobierno; o (iii)

delegadas, si un nivel de gobierno realiza una delegación de competencias a otro nivel distinto, conforme a ley, y se abstiene de tomar decisiones sobre la materia o función delegada (Exp. n.º 0021-2018-PI, f. j. 21).

En otra sentencia, el Tribunal Constitucional ha incluido también otro tipo de competencia como es el concurrente conforme al siguiente tenor: «Competencias concurrentes: son materias que dan lugar a que dos o más órganos asuman funciones específicas comunes, existiendo una relación complementaria de tutela y control normativo» (STC Exp. n.º 0002-2005-AI/TC, f. j. 61, *in fine*).

El artículo artículo 2.d) del Reglamento de la Ley n.º 28273 - Ley del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales (Decreto Supremo n.º 080-2004-PCM) define la naturaleza y tipos de competencias de acuerdo a lo siguiente:

d. Competencias: conjunto de atribuciones propias e inherentes o asignadas a un nivel de gobierno, provenientes de un mandato constitucional y/o legal. Son de tres (3) clases:

1. Exclusivas: aquellas ejercidas en forma exclusiva y excluyente. Ningún otro nivel de gobierno puede asumirlas sin previa delegación, en el caso de ser posible.
2. Compartidas: aquellas que se ejercen por más de un nivel de gobierno.
3. Delegables: aquellas que se ejercen, *por convenio previo y conforme a ley*. (Las cursivas son nuestras)

En cuanto a las competencias compartidas, por nuestra parte, también agregaríamos el criterio de «conurrencia», cuya operatividad resulta de la mayor importancia a efectos de la sistematicidad y funcionamiento del sistema jurídico, sobre todo en lo que se refiere, como ya se indicó, a la ejecución de competencias compartidas. En efecto, el artículo 14.2.d, *ab initio*, de la LBD define el criterio de concurrencia de la siguiente ma-

nera: «En el ejercicio de las competencias compartidas *cada nivel de gobierno debe actuar de manera oportuna y eficiente, cumpliendo a cabalidad las acciones que le corresponden y respetando el campo de atribuciones propio de los demás [...]*» (las cursivas son nuestras).

4. COMPETENCIAS EXCLUSIVAS Y EL PRINCIPIO DE UNIDAD

Según el artículo 26.1 de la LBD, son competencias exclusivas del Gobierno nacional: a) el diseño de políticas nacionales y sectoriales; b) la defensa, seguridad nacional y Fuerzas Armadas; c) relaciones exteriores; d) orden interno, Policía Nacional, de fronteras y de prevención de delitos; e) justicia; f) moneda, banca y seguros; g) tributación y endeudamiento público nacional; h) régimen de comercio y aranceles; i) regulación y gestión de la marina mercante y la aviación comercial; j) regulación de los servicios públicos de su responsabilidad; k) regulación y gestión de la infraestructura pública de carácter y alcance nacional; i) otras que señale la ley, conforme a la Constitución Política del Estado.

Según el artículo 4.2 de la LOPE son, entre otras, competencias exclusivas del Poder Ejecutivo, «[...] *pudiendo desconcentrar, pero no delegar*, las funciones y atribuciones referentes a: a) relaciones exteriores; b) defensa, seguridad nacional y Fuerzas Armadas; c) justicia, con excepción de la administración de justicia; d) orden interno, Policía Nacional del Perú y de fronteras; e) administración tributaria de alcance nacional y endeudamiento público nacional; f) régimen de comercio y aranceles; g) regulación de la marina mercante y aviación comercial; h) regulación de los servicios públicos de su responsabilidad; i) regulación de la infraestructura pública de carácter y alcance nacional; j) otras que le señale la ley conforme a la Constitución Política del Perú» (las cursivas son nuestras).

Según el artículo VI.2 de la LOPE: «El Poder Ejecutivo ejerce sus competencias exclusivas, *no pudiendo delegar ni transferir las funciones y atribuciones inherentes a ellas*» (las cursivas son nuestras); pero cabe cuestionarse si esta «interdicción» opera de modo absoluto. Además, debemos

tomar en cuenta el principio de «unidad». Este principio es reconocido por una pluralidad de artículos constitucionales, así como por normas integrantes del bloque de constitucionalidad (BC). Así, se puede aludir a los ya citados artículos constitucionales 43 y 189. Y en el escalón del BC, el artículo 7.1 de la LBD, el mismo que preceptúa: «El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias, distritos y centros poblados, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el Estado y gobierno a nivel nacional, regional y local, conforme a sus competencias y autonomía propias, *preservando la unidad e integridad del Estado y la nación*» (las cursivas son nuestras).

Según el Tribunal Constitucional: «El principio de unidad se desprende del artículo 43 de la Constitución, que establece, entre otras cosas, que el Estado es uno e indivisible, pero que su Gobierno es descentralizado. Por otro lado, el artículo 189 de la Constitución señala que en el territorio de la República “se constituye y organiza el Gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado”» (f. j. 24). Agrega el alto tribunal: «De allí se deriva, a su vez, el principio de cooperación y lealtad regional y local, *según el cual los gobiernos regionales y locales no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con las políticas nacionales*, deben colaborar entre sí y con el Gobierno nacional, y no deben realizar actos o adoptar medidas que comprometan las competencias o el cumplimiento de los fines constitucionales asignados a otros entes estatales» (Expediente n.º 0021-2018-PI, f. j. 25) (las cursivas son nuestras).

Aun cuando no estamos del todo de acuerdo con la última parte del fundamento jurídico recientemente citado y puesto en cursivas —ya veremos por qué—, podemos señalar que las competencias exclusivas del Gobierno nacional no pueden ser delegadas a los entes territoriales.

De otra parte, son competencias exclusivas de los gobiernos regionales, de acuerdo al artículo 35 de la LBD y el artículo 10 de la LOGR, las siguientes:

- a) Planificar el desarrollo integral de su región y ejecutar los programas socioeconómicos correspondientes, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
- b) Formular y aprobar el Plan de Desarrollo Regional Concertado con las municipalidades y la sociedad civil de su región.
- c) Aprobar su organización interna y su presupuesto institucional conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las leyes anuales de presupuesto.
- d) Promover y ejecutar las inversiones públicas de ámbito regional en proyectos de infraestructura vial, energética, de comunicaciones y de servicios básicos de ámbito regional, con estrategias de sostenibilidad, competitividad, oportunidades de inversión privada, dinamizar mercados y rentabilizar actividades.
- e) Diseñar y ejecutar programas regionales de cuencas, corredores económicos y de ciudades intermedias.
- f) Promover la formación de empresas y unidades económicas regionales para concertar sistemas productivos y de servicios.
- g) Facilitar los procesos orientados a los mercados internacionales para la agricultura, la agroindustria, la artesanía, la actividad forestal y otros sectores productivos, de acuerdo a sus potencialidades.
- h) Desarrollar circuitos turísticos que puedan convertirse en ejes de desarrollo.
- i) Concretar acuerdos con otras regiones para el fomento del desarrollo económico, social y ambiental.

- j) Administrar y adjudicar los terrenos urbanos y eriazos de propiedad del Estado en su jurisdicción, con excepción de los terrenos de propiedad municipal.
- k) Organizar y aprobar los expedientes técnicos sobre acciones de demarcación territorial en su jurisdicción, conforme a la ley de la materia.
- l) Promover la modernización de la pequeña y mediana empresa regional, articuladas con las tareas de educación, empleo y a la actualización e innovación tecnológica.
- m) Dictar las normas sobre los asuntos y materias de su responsabilidad, y proponer las iniciativas legislativas correspondientes.
- n) Promover el uso sostenible de los recursos forestales y de biodiversidad.
- o) Otras que se le señale por ley expresa.

Según el artículo 42 de la LBD, son competencias exclusivas de las municipalidades:

- a) Planificar y promover el desarrollo urbano y rural de su circunscripción, y ejecutar los planes correspondientes.
- b) Normar la zonificación, urbanismo, acondicionamiento territorial y asentamientos humanos.
- c) Administrar y reglamentar los servicios públicos locales destinados a satisfacer necesidades colectivas de carácter local.
- d) Aprobar su organización interna y su presupuesto institucional conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las leyes anuales de presupuesto.

- e) Formular y aprobar el plan de desarrollo local concertado con su comunidad.
- f) Ejecutar y supervisar la obra pública de carácter local.
- g) Aprobar y facilitar los mecanismos y espacios de participación, concertación y fiscalización de la comunidad en la gestión municipal.
- h) Dictar las normas sobre los asuntos y materias de su responsabilidad y proponer las iniciativas legislativas correspondientes.
- i) Otras que se deriven de sus atribuciones y funciones propias, y las que señale la ley.

5. COMPETENCIAS COMPARTIDAS Y LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE CONCURRENCIA

Las competencias compartidas según el artículo 13.2 de la LBD se definen como «aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. *La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel*» (las cursivas son nuestras).

Como ejemplo de ello, podemos citar el artículo 8.11 de la LOGR, según el cual: «Las políticas de los gobiernos regionales guardan concordancia con las políticas nacionales de Estado».

No se puede dejar de citar el artículo 46 de la misma ley cuando refiere: «Las funciones específicas que ejercen los gobiernos regionales se desarrollan en base a las políticas regionales, las cuales se formulan en concordancia con las políticas nacionales sobre la materia».

También hemos precisado que el criterio de concurrencia resulta de una gran utilidad para la operatividad de las competencias compartidas.

Reiteramos que el criterio de concurrencia es definido por el artículo 14.2.d. de la LBD de la siguiente manera: «En el ejercicio de las competencias compartidas *cada nivel de gobierno debe actuar de manera oportuna y eficiente, cumpliendo a cabalidad las acciones que le corresponden y respetando el campo de atribuciones propio de los demás. [...]*» (las cursivas son nuestras).

De esto deriva que tanto al Gobierno nacional como a las regiones y municipalidades en el ejercicio de competencias compartidas les corresponde un «campo de atribuciones propio». Cada instancia —y esto se refleja de un modo nítido en la relación internormativa entre políticas nacionales, sectoriales y subnacionales— tiene un ámbito de actuación competencial y privativo que no podrá ser invadido por otra instancia. De tal suerte, al Gobierno nacional corresponderá la dación de «bases» (políticas nacionales y sectoriales), correspondiendo a los entes territoriales el «desarrollo» de tales bases dentro de su ámbito de competencias.

Tal dación de «bases» y «desarrollo» responderá a los fines e intereses de cada parte según el supraordenamiento. Intereses y fines, decimos, que se materializarán en sus respectivas y correspondientes competencias. Así, el binomio «bases-desarrollo» se desplegará a través de la relación que suponen las competencias compartidas y a la vez concurrentes. Las competencias del Gobierno nacional encontrarán su elemento basilar en el interés general y superior de la nación, mientras que las entidades territoriales lo harán en lo que a sus particularidades, peculiaridades, fines e intereses respectivos corresponda. En suma: funciones diferenciadas sobre distintos aspectos de una misma materia.

Lo dicho encuentra su fundamento en el artículo II de la LOPE cuando preceptúa: «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).

6. INTERESES SUPERIORES, INTERESES RESPECTIVOS Y EL PROCEDER DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Siempre respecto al ámbito de competencias del Gobierno nacional y su estrecha vinculación con los intereses superiores, es de citar la sentencia del Tribunal Constitucional que sostiene: «Adicionalmente, *será determinante definir los intereses de alcance nacional*, pues la definición normativa y ejecutiva de las políticas encargadas de abordarlos es siempre competencia exclusiva del Gobierno nacional» (STC Exps. n.ºs 0020-2005-PI/TC, 0021-2005-PI/TC, f. j. 50, acumulados) (las cursivas son nuestras).

Sobre el tema referente a los intereses respectivos de las regiones y municipalidades, el Tribunal Constitucional ha sostenido:

En cuanto a la autonomía, en abstracto, esta puede entenderse como «[...] la libertad de determinación consentida a un sujeto, la que se manifiesta en el poder de darse normas reguladoras de su propia acción, o, más comprensivamente, *como la potestad de proveer a la protección de intereses propios y, por tanto, de gozar y disponer de los medios necesarios para obtener una armoniosa y coordinada satisfacción de los propios intereses*» (STC Exp. n.º 0005-2007-PI/TC, f. j. 36) (Las cursivas son nuestras)

Más específico es el mismo Tribunal cuando ha indicado:

[...] los gobiernos locales ejercen descentralizadamente el poder del Estado en las distintas provincias y distritos del país, *orientados por los intereses y necesidades particulares de los vecinos*. La *ley fundamental*, así como las normas de rango legal que desarrollan los preceptos constitucionales aplicables a la materia, establecen expresamente cuáles son sus atribuciones y competencias, las mismas que serán ejercidas dentro del ámbito territorial previamente delimitado por el Congreso de la República (STC Exp. n.º 00008-2010-PI/TC, f. j. 6) (Las cursivas son nuestras)

En la misma sentencia el Tribunal argumenta:

La ley fundamental, en síntesis, otorga y garantiza a los gobiernos municipales una autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de los intereses locales.

Sin embargo, dicha autonomía no podrá ser ejercida deliberadamente respecto de aquellas que los excedan, como los intereses supralocales, donde necesariamente tal autonomía tendrá que ser graduada en intensidad, debido a que de esas competencias pueden también, según las circunstancias, coparticipar otros órganos estatales. (f. j. 12)

El mismo Tribunal, en fin, ha establecido que la autonomía supone:

[...] tal capacidad para regirse mediante normas y actos de gobiernos se extiende a todas aquellas competencias que constitucionalmente le hayan sido atribuidas. Sin embargo, ello no quiere decir que el desarrollo y ejercicio de cada una de estas pueda realizarse, siempre y en todos los casos, con idéntica intensidad de autonomía. *Es constitucionalmente lícito modularlas en función del tipo de interés que con su ejercicio se persigue. La Constitución garantiza a los gobiernos locales una autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de los intereses locales.* Pero no podrá ser de igual magnitud respecto al ejercicio de aquellas atribuciones competenciales que los excedan, como los intereses supralocales, donde esa autonomía tiene que necesariamente graduarse en intensidad, debido a que en ocasiones de esas competencias también coparticipan otros órganos estatales. (STC Exp. n.º 0002-2005-AI/TC, f. j. 37) (Las cursivas son nuestras)

Siempre sobre la materia relativa a la idea de «intereses», es de la mayor importancia citar a nuestro Tribunal Constitucional cuando resuelve: «Los gobiernos regionales, al tener un deber de cooperación leal, o de lealtad regional en la consecución de los fines estatales, no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales. Asimismo, tienen la obligación de facilitar el cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada al Gobierno nacional, así como a los gobiernos municipales. También la de abstenerse de realizar toda medida que pueda comprometer o poner en peligro el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados a tales instancias de poder estatal y vecinal» (STC Exp. n.º 0006-2008-AI/TC, f. j. 91).

Nuestro Tribunal Constitucional también ha establecido: «La Constitución dispone que tanto los gobiernos regionales como los municipa-

les tienen una autonomía política, económica y administrativa. *Esta autonomía debe ser comprendida como la «potestad de proveer a la protección de intereses propios y, por tanto, de gozar y disponer de los medios necesarios para obtener una armoniosa y coordinada satisfacción de los propios intereses»* (STC Exp. n. ° 00014-2009- PI/TC, f. j. 15) (las cursivas son nuestras).

7. INTERESES SUPERIORES E INTERESES RESPECTIVOS EN EL ÁMBITO POSITIVO

La materia relativa a la idea de «intereses» ha quedado *positivada* en el anteriormente citado artículo 49.1 de la Ley de Bases de la Descentralización cuando el mismo preceptúa: «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).

El artículo 1, *ab initio*, del Título Preliminar de la LOM preceptúa: «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 45 a), *ab initio*, de la LOGR el que indica: «Es competencia exclusiva del Gobierno nacional definir, dirigir, normar y gestionar las políticas nacionales y sectoriales, *las cuales se formulan considerando los intereses generales del Estado* y la diversidad de las realidades regionales, concordando el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República. Se ejerce con criterios de orden técnico-normativo y de la forma que establece la ley» (las cursivas son nuestras).

8. AUTONOMÍA Y CLÁUSULA DE UNIDAD

Como ya antes se ha insinuado, habrá materias que la normatividad del Gobierno nacional no podrá regular pues resulta claro que de hacerlo no solo estará el Gobierno nacional agraviando y vaciando el ámbito de competencias privativo de regiones y municipalidades, sino también la autonomía e intereses respectivos que la Constitución reconoce en estas (Tafur Charun: 2023a).

Relievamos que lo aquí dicho encuentra también su basamento positivo en el artículo 10.2 de la LBD, el cual dispone: «Los poderes Legislativo y Ejecutivo, no pueden afectar ni restringir las competencias constitucionales exclusivas de los gobiernos regionales y locales».

En el caso concreto de las municipalidades, el párrafo tercero del artículo 38 de la LOM también resulta aplicable: «Ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece como competencia exclusiva de las municipalidades».

También, y en cuanto a las municipalidades, el artículo 49.2 de la LBD prescribe: «El gobierno regional no puede interferir en la acción y competencias de las municipalidades de su jurisdicción. Puede celebrar y suscribir en forma indistinta, convenios de colaboración mutua y recíproca, y contratos de cualquier naturaleza para fines comunes determinados, con arreglo a Ley».

Dado todo lo expuesto podríamos sostener que las competencias compartidas, al configurar el ejercicio de funciones privativas y diferenciadas sobre distintos aspectos de una misma materia, también detentan la naturaleza de exclusivas.

Así las cosas, y dentro de la idea de autonomía, es de relievar que tales intereses respectivos que movilizan la actuación de los entes territoriales y que encuentran su sustrato material en el ámbito de competencia de estos deben, necesariamente, estar dirigidos a la consecución

de fines siempre valiosos para la comunidad que representan. Fines valiosos en cuanto de naturaleza pública y que dan legitimidad y legalidad al *ius imperium*, privilegios y exorbitancias (publicación) que detentan tales entes en su proceder. Todo el accionar de dichos entes ha de estar circunscrito única y exclusivamente al logro de tales fines reconocidos por el ordenamiento y no a otros fines, así también tengan la naturaleza de públicos. *En tal sentido, dichos fines, por ser per se valiosos, justificarán también que los intereses respectivos, además de las peculiaridades, particularidades, prioridades y realidades de los entes territoriales, se cristalicen en el ámbito de competencias y funciones que el supraordenamiento les asigna* y, en tal sentido, la ejecución del aludido ámbito (proveyendo servicios y bienes públicos, y dando normatividad) sea cautelado, acogido y reconocido por el ordenamiento. Y este reconocimiento ordinamental se basa en el respeto y, por fuerza, en la abstención que han de guardar el resto de organismos por los intereses, fines públicos y competencias del ente territorial. Y es que en todo ello anida la idea misma de lo que configura la autonomía (Tafur Charun, 2023b, p. 80).

Sin embargo, y con todo, podría plantearse *de lege ferenda* que el aludido interés general superior supone y habilita la dación de manifestaciones normativas básicas y prevalentes por parte del Gobierno nacional. Estas «bases» que, reiteramos, se originan en el interés general superior, en la función que les asigna la Constitución y en el principio de unidad del Estado prevalecerán sobre las normas de desarrollo (territoriales) que corresponden a los intereses respectivos y peculiares de las regiones y municipalidades.

En el caso de un conflicto de colisión, y dado el interés general superior que las normas nacionales básicas representan, así como la activación del principio de unidad, estas prevalecerán sobre las normas territoriales de desarrollo, aun cuando estas últimas hayan sido válidamente dadas, al igual que las normas básicas, dentro de su respectivo ámbito de competencias. El reparto de competencias no siempre es perfecto. Activada la prevalencia, la norma territorial no prevalente resultará desplazada o inaplicada, mas no derogada. Como consecuencia «natural»

también de ello, la norma no prevalente se tornará en ineficaz. Estaremos, pues, frente a un conflicto de colisión y no de competencia o de jerarquía, activándose así la cláusula de prevalencia a favor de las fuentes normativas del Gobierno nacional (bases). Esta prevalencia encuentra su elemento basilar o *ratio* en el interés general superior, este último, por su parte, encuentra su fundamento en el principio de unidad del Estado (Tafur Charun, 2023b, p. 77).

9. COLOFÓN

No obstante todo lo indicado, entendemos que esta relación internormativa que estamos desarrollando puede resultar controversial. Somos de la idea que este tema no está agotado y el mismo pone frente a frente y en tensión dos principios fundamentales: unidad y autonomía. En este caso hemos optado por hacer prevalecer el principio de unidad, empero, reiteramos que, desde nuestro punto de vista, y ya veremos por qué, el asunto no está agotado. No olvidar que la descentralización constituye una política permanente del Estado.

Como prueba de lo dicho es de citar la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional:

[...] la autonomía municipal constituye, en esencia, una garantía institucional que, por su propia naturaleza, impide que el legislador pueda desconocerla, vaciarla de contenido o suprimirla, protegiendo a la institución edil de los excesos que pudieran cometerse en el ejercicio de la función legislativa, y su objeto es asegurar que, en su tratamiento jurídico, sus rasgos básicos o su identidad no sean trastocados de forma tal que la conviertan en impracticable o irreconocible. En buena cuenta, la autonomía municipal supone la capacidad de autodesarrollo en lo administrativo, político y económico de las municipalidades, sean estas provinciales o distritales. (STC Exp. n.º 0010-2003- AI/TC, f. j. 7)

Pero no podemos terminar este texto sin precisar que la primacía o prevalencia se activará a favor del Gobierno nacional teniendo como basamento el principio de unidad y el interés superior, siempre y cuando

el reparto de competencias realizado por la Constitución y el BC no sea claro y preciso, que exista incertidumbre sobre quién es el titular de la competencia. Tal es la mecánica de la cláusula de prevalencia y del principio de unidad. Sin embargo, si *sensu stricto* no existen dudas sobre la titularidad de la competencia, y aun así es agraviada la autonomía de la entidad territorial y con ella su privativo ámbito competencial, no cabe duda de que en este caso prevalecerá la normativa de esta última. Otras posibilidades de interpretar esta relación internormativa solo nos llevaría a plantear la existencia de una estructura rigurosamente jerárquica y piramidal. Estructura rigurosamente jerárquica y piramidal que es ajena o extraña al diseño descentralizador de la carta de 1993.

10. REFERENCIAS

García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). *Curso de Derecho administrativo*. Tomo I, 10.^a ed. Madrid: Civitas.

Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*. Tomos VI y IX. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Tafur Charun, E. (2023a). *El concepto de ley en el sistema jurídico peruano*. <https://castillofreyre.com/.../el-concepto-de-ley-en-el.../>

Tafur Charun, E. (2023b). *Temas de Derecho público*. Lima: Biblioteca de Derecho del Estudio Mario Castillo Freyre.

DE LA AUTONOMÍA Y DE LOS REGLAMENTOS INDEPENDIENTES EN GENERAL

Sumario: 1. Exordio.— 2. Principio de legalidad-publicación (noción de reglamento).— 3. Deslinde entre reglamentos y actos administrativos.— 4. La jerarquía de las normas que atribuyen la potestad reglamentaria.— 4.1. La autonomía administrativa como atributo para la dación de reglamentos.— 4.2. La atribución de potestad reglamentaria a regiones y municipalidades.— 4.2.1. Breve anotación sobre la autonomía política.— 4.2.2. La atribución de potestad reglamentaria a las administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional y extraterritorial.— 5. Sobre los reglamentos independientes (vista previa).— 5.1. Deslinde entre reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes.— 5.2. Deslinde entre reglamentos autónomos y reglamentos independientes.— 5.3. Los reglamentos híbridos (ejecutivos, autónomos e independientes).— 5.3.1. Los reglamentos de las administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional y extraterritorial.— 5.3.2. Los así llamados «reglamentos técnicos».— 6. Referencias.

1. EXORDIO

Mucho se ha escrito sobre los reglamentos autónomos y los reglamentos ejecutivos. Han corrido ríos de tinta. No ha sido así en el caso de los reglamentos independientes, pues estos se deslindan nítidamente tanto de los reglamentos autónomos como de los reglamentos ejecutivos. Digamos que cada una y todas estas modalidades reglamentarias en conjunto bien son «piezas de contraste» una de la otra. Y en tal sentido los primeros, esto es, los reglamentos independientes, merecen un tratamiento especial y particular. Es por ello que en el presente texto nos

dedicaremos a elaborar y explicitar la naturaleza y operatividad de los reglamentos independientes y analizar de qué manera se incardinan los mismos en el ordenamiento jurídico y, en tal sentido, precisar cómo se relacionan con otras fuentes normativas y extranormativas.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD-PUBLIFICACIÓN (NOCIÓN DE REGLAMENTO)

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».

En suma, las administraciones públicas solo pueden actuar cuando el ordenamiento jurídico así positivamente lo prevea. Y tal actuación de este modo prevista se desarrollará con vistas a la consecución o satisfacción de los fines de interés público. No para cualquier fin público, sino solo para ese específico fin público que en su momento ha sido trazado por el ordenamiento y cuya consecución, reiteramos, corresponde a la Administración Pública de que se trate. En tal sentido, y para que la consecución de la aludida finalidad pública sea una realidad, el mismo ordenamiento jurídico dotará a las administraciones públicas de exorbitancias, atributos, prerrogativas, competencias y funciones. En tal sentido, la capacidad de dar reglamentos no es sino una manifestación de las dichas potestades.

Lo dicho en el párrafo precedente es lo que configura la «publicación».

Y ello se vincula estrechamente con el principio de legalidad. De acuerdo con el principio de legalidad, establecido en el inciso 1.1 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, (LPAG): «Las

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

También resulta pertinente citar, pues está ligado al principio de legalidad, el artículo IV, 1.17. de la LPAG que recoge el principio del ejercicio legítimo del poder cuyo texto es: «La autoridad administrativa *ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general*» (las cursivas son nuestras).

Como refuerzo de todo ello es de citar el artículo I, *in fine*, de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), el cual señala que las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo *desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas* (las cursivas son nuestras).

Ello nos lleva a concluir que la dación del reglamento, sea su naturaleza la que fuere, siempre ha de estar dirigida a la consecución de los fines públicos encomendada por el ordenamiento jurídico. De esta manera, y de respetarse tales fines, el ordenamiento reconocerá, acogerá y considerará valioso el reglamento y en tal virtud este tendrá la virtualidad de desplegar sus efectos. Más precisamente, la satisfacción de la finalidad pública encomendada importará virtualmente que el ordenamiento gatille la producción de los efectos jurídicos del reglamento. Así, y de esta manera, el reglamento es validado por el ordenamiento jurídico.

Entendemos que lo aquí dicho, en lo que se refiere a la «publicación» y con ella al interés público que la misma envuelve, puede, en alguna medida, ser graficada por lo dispuesto en el artículo 60 de la carta de 1993. El texto *in fine* de este artículo es: «[...] Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional».

Así las cosas, podemos ensayar la definición de reglamento de acuerdo a lo siguiente:

Fuente normativa de Derecho, mayoritariamente producto de la Administración Pública y de grado secundario que innova el ordenamiento y no es una mera aplicación de este, y, en tal sentido, es susceptible de ser aplicado una infinidad de veces, y cuya finalidad es la consecución o satisfacción de los fines públicos de interés general encomendado por el mismo ordenamiento.

Cabe preguntarse dónde encuentra su *basamento positivo* la validación de los reglamentos cuando estos tienen por objetivo la consecución de los fines públicos de interés general.

Entendemos que debemos tomar en cuenta para tal efecto el artículo primero de la carta de 1993. Su texto es como sigue: «Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

También resulta de la mayor utilidad citar el «preambular» artículo 44 de la misma carta. Su texto es el siguiente: «Artículo 44.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior».

Finalmente, y siempre a nivel constitucional, es de citar el artículo 58, el cual preceptúa: «La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. *Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura*» (las cursivas son nuestras).

A nivel infraconstitucional, aun cuando primario y refiriéndonos especialmente en lo que atañe al proceso de la modernización de la gestión del Estado, se pueden citar los artículos 4, 5 y 6 de la Ley n.º 27658, en cuanto los mismos diseñan un *cuadro* de finalidades para la actuación de las administraciones públicas.

Artículo 4.- «El proceso de modernización de la gestión del Estado tiene como finalidad fundamental la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, de manera que se logre una mejor atención a la ciudadanía, priorizando y optimizando el uso de los recursos públicos. El objetivo es alcanzar un Estado:

- a) Al servicio de la ciudadanía.
- b) Con canales efectivos de participación ciudadana.
- c) Descentralizado y desconcentrado.
- d) Transparente en su gestión.
- e) Con servidores públicos calificados y adecuadamente remunerados.
- f) Fiscalmente equilibrado».

Artículo 5.- «Principales acciones

El proceso de modernización de la gestión del Estado se sustenta fundamentalmente en las siguientes acciones:

- a. Priorización de la labor de desarrollo social en beneficio de los sectores menos favorecidos, mejorando, entre otras acciones, la prestación de los servicios públicos.
- b. Concertación, con la participación de la sociedad civil y las fuerzas políticas, diseñando una visión compartida y planes multianuales, estratégicos y sustentables.
- c. Descentralización, a través del fortalecimiento de los gobiernos locales y regionales y la gradual transferencia de funciones.

d. Mayor eficiencia en la utilización de los recursos del Estado, por lo tanto, se elimina la duplicidad o superposición de competencias, funciones y atribuciones entre sectores y entidades o entre funcionarios y servidores.

e. Revalorización de la carrera pública, se pone especial énfasis en el principio de la ética pública y la especialización así como el respeto al Estado de derecho.

f. Institucionalización de la evaluación de la gestión por resultados a través del uso de modernos recursos tecnológicos, la planificación estratégica y concertada, la rendición pública y periódica de cuentas y la transparencia a fin de garantizar canales que permitan el control de las acciones del Estado.

g. Regulación de las relaciones intersectoriales».

Artículo 6.- «Criterios de diseño y estructura de la Administración Pública. El diseño y estructura de la Administración Pública, sus dependencias, entidades y organismos, se rigen por los siguientes criterios:

Las funciones y actividades que realice la Administración Pública, a través de sus dependencias, entidades y organismos, debe estar plenamente justificada y amparada en sus normas.

Las dependencias, entidades, organismos e instancias de la Administración Pública no deben duplicar funciones o proveer servicios brindados por otras entidades ya existentes.

En el diseño de la estructura orgánica pública prevalece el principio de especialidad, debiéndose integrar las funciones y competencias afines. Toda dependencia, entidad u organismo de la Administración Pública debe tener claramente asignadas sus competencias de modo tal que pueda determinarse la calidad de su desempeño y el grado de cumplimiento de sus funciones, en base a una pluralidad de criterios de medición.

En el diseño de la estructura orgánica pública prevalece el principio de especialidad, debiéndose integrar las funciones y competencias afines».

En un nivel *secundum legem* podemos citar la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2030, aprobada por Decreto Supremo n.º 103-2022-PCM (en adelante, PNMGP). Al respecto, y como ya se habrá notado, incidimos en el tema de la modernización de la gestión del Estado, pues dicha materia resulta ubérrimamente propicia para desarrollar el contenido del presente epígrafe.

La introducción de la PNMGP prescribe que esta «[...] tiene como centro a las personas y busca que las mismas alcancen su potencial en igualdad de oportunidades y sin discriminación para gozar de una vida plena, dentro de una sociedad democrática, pacífica, respetuosa de los derechos humanos y libre del temor y de la violencia, siendo uno de sus principios la sostenibilidad ambiental».

En el mismo documento se sostiene:

[...] la PNMGP constituye el principal instrumento orientador que guiará el proceso de modernización de la gestión pública en el Perú hasta el año 2030, estableciendo que la gestión pública moderna es una gestión orientada a resultados al servicio del ciudadano, en la cual los funcionarios calificados y motivados se preocupan —en el marco de políticas públicas de Estado, nacionales, regionales y locales, según las competencias que corresponden a cada nivel de gobierno— por entender las necesidades de los ciudadanos y organizan tanto los procesos de producción o actividades como los de soporte, con el fin de transformar los insumos en productos (seguridad jurídica, normas, regulaciones, bienes o servicios públicos) que arrojen como resultado la mayor satisfacción de los ciudadanos.

Asimismo, la PNMGP evidencia que «[...] el logro de una gestión pública moderna solo puede efectuarse si es que se posiciona en el centro de la actuación del Estado a las personas, son ellas quienes sustentan y orientan nuestra razón de ser. Por ello, hoy corresponde acercarnos, conocer y responder a las personas desde nuestras intervenciones, seleccionando los mejores medios que se encuentren bajo nuestro alcance para responder a sus necesidades y expectativas».

En el epígrafe «Diagnóstico», la PNMGP prevé: «La modernización de la gestión pública se entiende como un proceso de transformación constante a fin de mejorar lo que hacen las entidades públicas y, de esa manera, generar valor público. En dicho marco, se crea valor público cuando: (i) las intervenciones públicas, que adoptan la forma de bienes, servicios o regulaciones, satisfacen las necesidades y expectativas de las personas, generando beneficios a la sociedad; y, (ii) se optimiza la gestión interna a través de un uso más eficiente y productivo de los recursos públicos, para, directa o indirectamente, satisfacer las necesidades y expectativas de las personas, generando beneficios a la sociedad».

Finalmente, según el «Resumen Ejecutivo» de la PNMGP, esta última constituye

[...] el principal instrumento orientador que guiará el proceso de modernización de la gestión pública en el Perú por los siguientes años, estableciendo que la gestión pública moderna es una gestión orientada a resultados al servicio del ciudadano; en la cual los funcionarios calificados y motivados se preocupan —en el marco de políticas públicas de Estado, nacionales, regionales y locales, según las competencias que corresponden a cada nivel de gobierno— por entender las necesidades de los ciudadanos y organizan tanto los procesos de producción o actividades como los de soporte, con el fin de transformar los insumos en productos (seguridad jurídica, normas, regulaciones, bienes o servicios públicos) que arrojen como resultado la mayor satisfacción de los ciudadanos. El modelo conceptual planteado en la PNMGP representó un cambio decisivo que implica superar el tradicional enfoque de organizar los servicios por la oferta, aquello que el Estado estima que puede proveer, por un enfoque de demanda, que considera lo que la ciudadanía estima como necesario.

De otra parte, y siendo más precisos y concretos, podemos referirnos a la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil - Sucamec. El artículo 3 del Reglamento de la Ley n.º 30299, aprobado por Decreto Supremo n.º 010-2017-IN, indica que la función regulatoria del Estado se ejerce a través de la Sucamec, con la *finalidad* de preservar la seguridad

nacional, la protección del orden interno, la seguridad ciudadana y la convivencia pacífica.

Por último, y en lo que respecta a las regiones y las municipalidades, el artículo 3 de la Ley de Bases de la Descentralización (LBD) prescribe: «La descentralización tiene como *finalidad* el desarrollo integral, armónico y sostenible del país mediante la separación de competencias y funciones, y el equilibrado ejercicio del poder por los tres niveles de gobierno, en beneficio de la población» (las cursivas son nuestras).

Más específicamente, en el caso de las regiones, y según el artículo 4 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR), los gobiernos regionales tienen por finalidad esencial fomentar el desarrollo regional integral sostenible, promoviendo la inversión pública y privada y el empleo y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y la igualdad de oportunidades de sus habitantes, de acuerdo con los planes y programas nacionales, regionales y locales de desarrollo.

Por su parte, el artículo IV de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) establece que los gobiernos locales tienen como finalidad representar al vecindario y «promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción».

3. DESLINDE ENTRE REGLAMENTOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS

Vinculado con lo escrito *supra*, creemos que es necesario deslindar entre la naturaleza jurídica del reglamento y la del acto administrativo.

Algunos autores sostienen que el reglamento y el acto administrativo son la misma especie jurídica. Inclusive, aluden a los reglamentos como si se tratase de actos administrativos. Otros autores manifiestan que los reglamentos son de carácter general y los actos administrativos son de naturaleza singular, concreta, particular o especial.

Sin duda alguna el tema resulta controversial.

Por nuestra parte es de indicar, tal como lo hemos precisado en otro lugar, que deslindar el reglamento del acto administrativo no es un tema baladí, supone una herramienta de la mayor importancia para el desenvolvimiento del tráfico jurídico y, con este, la cautela de la seguridad jurídica. El reglamento forma parte del ordenamiento jurídico, mientras que el acto administrativo es una mera aplicación de este. Ello configura una serie de efectos que en la práctica del derecho resultarán de la mayor importancia. Así, por ejemplo, según el artículo 5.3 del TUO de la Ley n.º 27444 (LPAG), los actos administrativos no podrán infringir normas administrativas de carácter general (léase «reglamentos»). *Mutatis mutandis*, lo recientemente dicho estaría recogido en el «principio de inderogabilidad singular de los reglamentos» (Tafur Charun, 2023, p. 211).

Y la explicación de tal «principio de inderogabilidad singular de los reglamentos» no es otra que el acto administrativo está sujeto al ordenamiento, pues el mismo es una aplicación de este último. El reglamento, por su lado, forma parte del ordenamiento. De este modo, el acto administrativo no podrá contravenir en ningún caso a los reglamentos, que sí son parte del ordenamiento, así se utilice la misma forma jurídica normativa de igual jerarquía. Y aún más, puede darse el caso que la autoridad que da el reglamento sea jerárquicamente inferior al funcionario que dicta el inválido acto administrativo. Pero hay más, puesto que el mismo funcionario autor del reglamento no puede, a su vez, desnaturalizar, agravar, transgredir o dejar sin efecto tal reglamento dictando un acto administrativo que carecerá de validez. Esto es, el funcionario que dicta el acto administrativo se encontrará sujeto al ordenamiento jurídico debiendo forzosamente respetar el reglamento que a su vez fue dado por él mismo.

Y reiteramos la mayor importancia que supone o implica el texto del artículo 5.3 de la LPAG: el objeto o contenido del acto administrativo «no podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitu-

cionales, legales, mandatos judiciales firmes; *ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto*» (las cursivas son nuestras).

Según García de Enterría y Fernández (2001, pp. 183-184), el acto administrativo no se integra ni forma parte del ordenamiento jurídico, sino que es una mera aplicación de este y su dictado en forma alguna supone una innovación del ordenamiento jurídico. Asimismo, el acto administrativo es un acto «ordenado», mientras el reglamento es de carácter «ordinamental».

Otra pieza de contraste y que se configura por lo manifestado *supra*, es la vía de impugnación de estas dos fuentes. De esta manera, los actos administrativos serán impugnados a través del proceso contencioso administrativo, el procedimiento administrativo y, eventualmente, la acción de amparo y los reglamentos a su vez serán impugnados mediante el proceso de acción popular.

4. LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS QUE ATRIBUYEN LA POTESTAD REGLAMENTARIA

El jurista español Pérez Royo (1985) sostiene: «Es opinión prácticamente unánime que una de las tareas esenciales, si no la tarea esencial de todo texto constitucional consiste en disciplinar la forma de producción de las normas jurídicas, precisando tanto los órganos competentes para ello, como las categorías a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de jerarquía o competencia» (p. 27).

Aludiendo a la potestad reglamentaria, bien dicen García de Enterría y Fernández (2001): «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» (p. 182).

Sobre la habilitación para dar ambos tipos de fuente (reglamento y acto administrativo), mientras la potestad reglamentaria será atribuida en favor del órgano de que se trate a través de una norma constitucional o una norma primaria (dependiendo *prima facie* si estamos ante la dación de un reglamento *ad extra* o *ad intra*), se dice que el dictado de actos administrativos es una función «natural» o «inherente» de la Administración. No estamos de acuerdo con esta posición, pues la misma agravia de modo frontal el principio de legalidad en su acepción jurídica rigurosa, tal como lo hemos estudiado *supra*.

Al respecto, es de indicar que cuando el reglamento suponga *norma agendi* para el común de los ciudadanos y como efecto de ello, *inter alia*, les imponga cargas, obligaciones patrimoniales, prohibiciones, afecte intereses legítimos o se regulen los derechos fundamentales, nos parece nítido que tal atribución de potestad reglamentaria a favor de la Administración Pública de que se trate, por la fuerza de la razón, por la seguridad jurídica, por la idea de proporcionalidad, la interdicción de la arbitrariedad, la igualdad y la cautela de los derechos fundamentales del común de los ciudadanos o administrados, *ha de ser llevada a cabo necesariamente por la norma constitucional*.

Una digresión. En virtud del Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el Proceso de Mejora de la Calidad Regulatoria y establece los Lineamientos Generales para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio *ex ante*, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 063-2021-PCM, corresponderá que se realice el análisis de impacto regulatorio *ex ante* debido a que las disposiciones contenidas establecen, *incorporan o modifican reglas, prohibiciones, limitaciones, obligaciones, condiciones, requisitos, responsabilidades o exigencias que generen o impliquen variación de costos en su cumplimiento por parte de las empresas, ciudadanos o sociedad civil que limite el otorgamiento o reconocimiento de derechos*; asimismo, en la medida que el reglamento desarrolla procedimientos administrativos bajo el alcance del

Análisis de Calidad Regulatoria (ACR), se requiere realizar el ACR *ex ante* previo a su aprobación.

Sin embargo, reiteremos e insistimos, cabe preguntarse con justa razón por qué tanto rigor en lo que se refiere a la atribución de la potestad reglamentaria al más alto nivel del supraordenamiento. En primer lugar, y como ya lo dijimos, se trata de preservar los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad, el amparo de los derechos fundamentales de la persona e igualdad. De ser ignorados estos principios, se configuraría la *imposibilidad de producir un derecho respetable*. Según Rivero Ortega (1998), ello encontraría su *ratio* en que

[...] esta *imposibilidad* se debe a la multiplicación de las instancias normativas, la aparición de nuevos centros de producción de normas que producen una situación caótica cuando todos ellos inciden sobre materias comunes. Además, la propia complejidad de las materias reguladas, producto de la tecnificación creciente de nuestra sociedad, dificulta la labor de un legislador profano que depende de los conocimientos técnicos de la Administración. En estas condiciones de producción del derecho el ciudadano puede verse desamparado, porque las normas cambian rápidamente debido a la actuación simultánea de múltiples centros productores, cada vez resultan más difíciles de entender y muchas veces no responden a criterios racionales, sino a situaciones coyunturales que son resueltas de forma más o menos justa. (p. 86) (Las cursivas son nuestras)

Distinto es el caso, *inter alia*, de los reglamentos *ad intra*. En efecto, estos reglamentos son de naturaleza autoorganizativa. En tal sentido, no deben imponer cargas u obligaciones a los ciudadanos que son ajenos a la estructura interna de la Administración Pública de que se trate. Es de precisar que estos reglamentos autoorganizativos son auténticas normas jurídicas que se integran y forman parte del ordenamiento. Sin embargo, su ámbito de actuación no puede ni debe afectar *ad extra* la esfera jurídica de los administrados.

4.1. *La autonomía administrativa como atributo para la dación de reglamentos*

Según Carlos Rodríguez Manrique (2006): «[...] la autonomía administrativa o autarquía consiste en la potestad que tienen los entes subestatales de realizar, con libertad, funciones ejecutivas y/o administrativas, en el marco de las competencias que le atribuye la ley. Este tipo de autonomía puede conllevar potestades normativas de carácter reglamentario con el objeto de dar un adecuado cumplimiento de sus fines públicos» (p. 199).

Tal como hemos precisado en otro lugar, muy vinculado con el deslinde entre reglamento y acto administrativo, es preciso escribir unas líneas sobre la autonomía administrativa y su pieza de contraste, la autarquía. La autonomía ha sido objeto de un uso indiscriminado, inadecuado y excesivo, convirtiéndose de esta manera en una suerte de pseudoconcepto. Así, en nuestra «geografía» administrativa y a nivel legislativo se reconoce como «autonomía» —en la infinidad de variantes creadas por el legislador nacional como puede ser la didáctica, la científica, la técnica, la académica, la pedagógica, la registral, la económica, la administrativa, la funcional, la financiera, la contable o la presupuestal— a una pluralidad de meros entes menores e instrumentales de la Administración nacional, subordinados y sujetos a la tutela de esta, entidades ejecutoras de una voluntad ajena.

En definitiva, no se trata de una ausencia de univocidad en lo que se refiere al concepto de autonomía, sino de una equívoca aplicación de este. Por ello se hace necesario que al momento de efectuar el análisis sobre la naturaleza de la institución que aparentemente la detente se deba recurrir al principio general de derecho que dispone que las cosas no responden a la manera como se les denomine (*nomen iuris*), sino a su propia esencia. Al respecto, la doctrina distingue entre dos conceptos estrechamente vinculados entre sí y muchas veces utilizados indistintamente como son la «autonomía» y la «autarquía» (Tafur Charun, 2023, p. 215).

Así, Marienhoff (1983) señala: «Autonomía significa que el ente tiene poder para darse su propia ley y regirse por ella [...]. La autonomía, en suma, denota siempre un poder de legislación, que ha de ejecutarse dentro de lo permitido por el ente soberano [...]. Autarquía, en cambio, significa que el ente tiene atribuciones para administrarse a sí mismo, pero de acuerdo a una norma que le es impuesta» (p. 176).

Bielsa (1983) establece: «La palabra “autonomía” llevada a su etimología significa darse leyes a sí misma; la palabra “autarquía” significa administrarse a sí mismo; esto es, “administrar”, y lo otro “legislar”, para reglar la administración. Así, pues, si a la persona autárquica se confiere, además de su propia administración, que ya tiene, la de propia legislación, ella se convierte en autónoma. *En otros términos, la autarquía supone administración propia por delegación legal; la autonomía implica necesariamente derecho de legislación propia como atribución directamente constitucional*» (p. 262) (las cursivas son nuestras).

En el derecho patrio en la década de los sesenta del siglo pasado, el profesor De Althaus y otros (1969) anotaban al referirse al abuso que se ha venido cometiendo del término autonomía: «Volviendo a la palabra “autonomía”, ella ha sido usada en sentido amplio como capacidad de autodeterminación, *pero en sentido estricto significa la posibilidad de dictar normas jurídicas pese a la existencia de un ordenamiento jurídico superior; autarquía, en concreto, implica la aptitud o competencia para realizar actos administrativos concretos*» (p. 103) (las cursivas son nuestras).

En efecto, la autonomía no se restringe a la facultad de «administrar o gobernarse a sí mismo», de autoorganizarse mediante actos normativos que reducen sus efectos al ámbito doméstico del propio ente o de dictar determinados actos administrativos. La «autonomía» supone un plus. La autonomía supone para el ente la capacidad de generar normas jurídicas, sean de naturaleza legislativa o reglamentaria, que inciden directamente en la esfera jurídica de los administrados. Por ello, la generalidad de instituciones que pomposamente han sido calificadas por el

ordenamiento jurídico como autónomas no superarían los alcances y límites de lo que en realidad importa el contenido del término «autarquía» (Tafur Charun, 2023, p. 215).

En suma, la atribución de autonomía administrativa al más alto nivel del supraordenamiento —constitución y bloque constitucional (BC)— a favor de la Administración Pública de que se trate, supone para esta la capacidad de dar reglamentos, tal como los hemos definido *supra* y, de este modo, regular la esfera jurídica del común de los administrados.

Infra tocaremos el tema de la autonomía en lo que se refiere a las regiones, municipalidades y a las administraciones públicas de relevancia constitucional y extraterritorial.

4.2. La atribución de potestad reglamentaria a regiones y municipalidades

El artículo 8 de la Ley n.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización (LBD), precisa que «la autonomía es el derecho y la capacidad efectiva del gobierno en sus tres niveles de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia». Según el artículo 9.2 de la LBD, la *autonomía administrativa* es la facultad de organizarse internamente, determinar y reglamentar los servicios públicos de su responsabilidad.

Tal autonomía ha sido reconocida a favor de regiones y municipalidades al más alto grado del supraordenamiento.

Así las cosas, el artículo 191, *ab initio*, de la carta de 1993 prevé: «Los gobiernos regionales tienen *autonomía* política, económica y *administrativa* en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones» (las cursivas son nuestras).

El artículo 2 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR) preceptúa: «Los gobiernos regionales emanan de la voluntad popular.

Son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, económica y administrativa en asuntos de su competencia, constituyendo, para su administración económica y financiera, un pliego presupuestal».

De acuerdo al artículo 194 de la Constitución Política del Perú, concordante con lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) y sus modificatorias: «los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico».

Se habrá notado desde ya que el objeto de nuestro estudio en este epígrafe se va a referir a la «autonomía», específicamente a la autonomía administrativa que es la que, *prima facie*, atribuye a la entidad de que se trate la potestad para la dación de reglamentos.

El diseño de la potestad reglamentaria otorgada a las regiones y municipalidades es desarrollado y agotado por sus respectivas leyes orgánicas, leyes estas que forman parte del bloque constitucional (BC).

De esta manera, el artículo 40 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR) indica: «Los Decretos Regionales *establecen normas reglamentarias para la ejecución de las Ordenanzas Regionales, sancionan los procedimientos necesarios para la Administración Regional y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés ciudadano*. Los Decretos Regionales son aprobados y suscritos por el Gobernador Regional, con acuerdo del directorio de Gerencias Regionales» (las cursivas son nuestras).

De otro lado, el artículo 42 de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) prevé: «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).

4.2.1. Breve anotación sobre la autonomía política

La LBD define la autonomía política en su artículo 9.1 reconociendo que esta «[...] es la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que le son inherentes».

Es el jurista Ferrando Badía, citado por Carlos Rodríguez Manrique (2006) quien manifiesta que la *autonomía política* «implica siempre competencias legislativas. Ser entidades autónomas no supone que sean soberanas, sino que presupone su integración en el Estado. De ahí que la actividad legislativa de los entes autónomos ha de estar de acuerdo con los principios de integración del Estado del que forman parte. [...]. La autonomía es, en efecto, libertad, facultad de promulgar normas, pero con coordinación necesaria, respecto de una colectividad más grande» (p. 198) (las cursivas son nuestras).

Ya hemos anotado que los artículos 191 y 194 de la carta de 1993 reconocen *inter alia* y respectivamente autonomía política a las regiones y a las municipalidades.

Todo lo dicho queda corroborado por el artículo 200.4 de la carta de 1993 el mismo que preceptúa que la acción de inconstitucionalidad es una garantía constitucional «*que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo*» (las cursivas son nuestras).

4.2.2. *La atribución de potestad reglamentaria a las administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional y extraterritorial*

Estas administraciones públicas son diseñadas a nivel constitucional y son dotadas, a ese nivel, de autonomía. En tal sentido, bien se puede replicar, *mutatis mutandis*, en el caso de estas administraciones públicas lo indicado respecto a la autonomía administrativa que se les reconoce a las regiones y municipalidades.

Estas administraciones públicas son, *inter alia*, el Banco Central de Reserva (BCR) (artículo 83) y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) (artículo 87).

Según el artículo 84, *ab initio*, de la Constitución: «El Banco Central es persona jurídica de derecho público. Tiene autonomía dentro del marco de su Ley Orgánica. La finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica».

El artículo 87, *in fine*, de la Constitución dispone: «La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley. La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones».

Dado que se trata de administraciones públicas de relevancia constitucional, que son diseñadas al más alto nivel del supraordenamiento, sus productos normativos, en este caso, reglamentos (circulares, resoluciones, oficios), gozarán de preeminencia en lo que se refiere a su incardinación normativa y, lo más importante, a un nivel virtualmente debajo

de la ley, esto es, *secundum legem*. La ley o norma primaria dispondrá *limitadamente* las «bases» o «principios» (núcleo duro) de que se trate sin poder ir más allá. *Inter alia*, al BCR y a la SBS corresponderá «desarrollar» tales bases o principios dentro de su ámbito autónomo de competencias. En tal sentido, esos reglamentos se relacionarán a ese nivel con el resto de fuentes, recurriéndose, *prima facie*, en caso de antinomia, al principio de competencia y de función constitucional, quedando de lado como efecto de ello la aplicación de la idea de jerarquía y sus variantes. En efecto, ello deriva del hecho de que estos reglamentos regulan un ámbito material que es privativo de la Administración Pública de relevancia constitucional de que se trate, y que le es atribuido por la Constitución y el BC.

Más aun, existen algunos artículos en las respectivas leyes orgánicas del BCR y SBS que bien nos llevarían a cavilar sobre la posibilidad de que los reglamentos que estas entidades dan podrían tener la naturaleza de independientes o, quizá, autónomos.

En efecto, podemos citar el artículo 3 de la LOBCR cuando prescribe: «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).

Por su parte, el artículo 346 de la LOSBS preceptúa: «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)

En este contexto se ha de tomar, asimismo, en cuenta el artículo VI.1 de la LOPE, el cual prescribe: «El Poder Ejecutivo ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno».

5. SOBRE LOS REGLAMENTOS INDEPENDIENTES (VISTA PREVIA)

Tal como lo hemos indicado en otro lugar, existe una controversia sobre el real alcance normativo del reglamento independiente. Por una parte se sostiene que de no mediar reserva material o reserva formal de ley, el reglamento independiente puede, de modo residual, regular cualquier materia con sujeción al supraordenamiento. Por otra parte, se sostiene que aun cuando no haya reserva material o reserva formal de ley, el reglamento independiente no puede actuar ni ir más allá del ámbito interno (*ad intra*) de la Administración para efectos de autoorganización y de determinadas relaciones de sujeción especial, bajo sanción de incurrir en vicio *ultra vires*. Esto es, el reglamento independiente no puede en absoluto afectar directamente al común de los ciudadanos imponiéndoles restricciones, cargas y obligaciones.

Al respecto, De la Cruz Ferrer (1988) sostiene:

Los reglamentos independientes serían aquellos que vendrían a regular una materia ni reservada a la ley ni regulada aún por esta. En esta primera y simple aproximación queda claro que donde es verdaderamente importante el grado de discrecionalidad es en el ámbito de los reglamentos independientes [...]. ¿Cuál es, por tanto, en la Constitución el cometido de la administración en la producción del Derecho, el ámbito del poder reglamentario? La respuesta queda subordinada a la cuestión principal, esto es, el ámbito del Poder Legislativo. Un ámbito que tiene unos límites mínimos, definidos por las reservas de ley, pero que no tiene unos límites máximos, puesto que la ley puede regular cualquier materia. De ahí que el ámbito de la potestad reglamentaria en la Constitución sea esencialmente residual. *La Administración solo podrá dictar reglamentos en aquellas materias ni reservadas por la Constitución a la ley (reserva material) ni ya reguladas por la ley (reserva formal), salvo que exista remisión de la ley al reglamento.* (pp. 68-69)

A contrario, García de Enterría y Fernández (2001) se preguntan: «¿Hay verdaderamente, reglamentos independientes de la ley, esto es, reglamentos que no completan ni desarrollan ninguna ley previa, sino

que surgen al margen de toda ley de habilitación y que se sostienen por sí mismos como tales reglamentos?» (pp. 211-212).

Los mismos autores españoles (García de Enterría y Fernández, 2001) absuelven la pregunta:

Un reglamento independiente de la ley únicamente cabe en el ámbito de las materias organizativas. El reglamento independiente está excluido, sin embargo, en el ámbito normativo externo a la administración que implique definición «abstracta» de deberes y obligaciones para los particulares, porque esta materia está reservada constitucionalmente a la ley [...]. (p. 212)

En lo que a reglamentos organizativos se refiere

[...] la administración ejercita una facultad de autodisposición sobre sí misma, para mejor cumplir los fines públicos que la Constitución le encomienda [...]. Cuenta, para ello, con una potestad natural inherente a su posición jurídica, que por ello no necesita justificar en cada caso con una ley [...]. [En el caso de] los reglamentos normativos *ad extra*, el reglamento no puede ser independiente de la ley, por la simple razón de que la creación de Derecho objetivo para los ciudadanos no puede independizarse de la ley en el Estado moderno [...]. El reglamento tiene también en este ámbito una función, y sumamente importante, pero esa función ni es ni puede ser la de suplir la ley, la de adelantarse a esta, la de intentar ponerse a su nivel, sino más bien la de complementarla, la de desarrollarla o ejecutarla, la de colaborar con ella en las diversas formas que las técnicas de delegación legislativa habilita. (p. 212)

Una explicación de este disenso, o si se quiere contencioso, probablemente se pueda encontrar en la forma de gobierno español que es de naturaleza parlamentarista. Esto, en buena cuenta, supone que el presidente de gobierno no es elegido directamente por el pueblo. De ahí la supuesta ausencia de poderes suficientes y señaladamente de legitimidad que habilite al presidente de Gobierno español para la dación de reglamentos independientes. Sobre todo, en caso de que la materia de estos reglamentos afecte directamente la esfera jurídica de los administrados.

Así las cosas, el presidente de Gobierno español no pasa, de modo directo, por el baño lustral de las ánforas, pues por ello, y dentro de tal alcance, carece de origen popular electivo. Asimismo, se sabe que el presidente de Gobierno español no es jefe de Estado.

Esto queda corroborado en palabras de I. de Otto, citado por Rodríguez Patrón (2017), cuando sostiene: «Si de lo que se trata es, como ocurría en la dogmática alemana, de preservar a la administración un espacio libre de ley, la Constitución española consagra exactamente lo contrario: la sumisión plena de la administración a la ley y al derecho (artículo 103.1), *y desconoce por completo que exista un campo propio de la administración en que la ley no pueda entrar*» (p. 193) (las cursivas son nuestras).

Nuestra posición.

Se podría pensar que pese a ser la potestad reglamentaria del Presidente de la República una atribución asignada directamente por la Constitución («poder reglamentario general»), esta no podría desplegarse libre e independientemente regulando materias que tengan naturaleza *ad extra* o, lo que es lo mismo, que afecten directamente la esfera jurídica del común de los ciudadanos o administrados, imponiéndoles restricciones, prohibiciones, cargas y obligaciones. Aparentemente, ello sería debido a que la potestad reglamentaria del Presidente de la República es también regulada por el artículo 11.3 de la LOPE en ejercicio de su función constitucional en lo relativo al diseño de fuentes. Este artículo se refiere a dos modalidades reglamentarias. La primera es la reglamentación de la ley (reglamentos ejecutivos). La segunda consiste en la «regulación de la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional». Esto es, regulación que no tiene por qué afectar directamente, en principio, la esfera jurídica del común de los ciudadanos o administrados salvo en lo que se refiere a las relaciones de sujeción especial y la autoorganización.

Sin embargo, tal argumentación no resulta suficiente ni razonable.

Es verdad: la ley no tendría más límites que la Constitución, los valores superiores, los principios generales del derecho que ella misma inspira, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el BC. Pero también es verdad que, como ya lo anotamos, la atribución de la potestad reglamentaria a favor del Presidente de la República es una habilitación constitucional global y, asimismo, este dirige la política general de gobierno y tiene la más alta jerarquía en el servicio de la nación (artículo 39 de la Constitución). Tampoco se puede soslayar que el presidente es elegido directamente a través del sufragio ciudadano y su origen es, pues, absolutamente democrático y constitucional. En tal sentido, el Presidente de la República podrá dictar también reglamentos independientes con efectos *ad extra*, de modo espontáneo y sin necesidad de habilitación legal alguna (sin previa *interpositio legis*), siempre y cuando lo considere de interés general y la materia a regularse no sea objeto de reserva material o formal a favor de la ley. Es de reiterar, pues, la muy especial importancia de los reglamentos independientes que se dan también, como se ha visto, por el Presidente de la República y bajo la forma de decretos supremos. Estos reglamentos cuentan con un amplio ámbito de actuación siempre y cuando no se activen la «reserva material» o la «reserva formal» de ley (Tafur Charun, 2018, pp. 168-173).

Sin embargo, el legislador podrá *ad libitum* derogar, abrogar (derogación por interpretación) y modificar el reglamento independiente. Por ello, afirmamos que el decreto independiente es un «*ocupante precario*» del *escalón de la ley*.

5.1. Deslinde entre reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes

En el derecho patrio resulta emblemático el artículo 118.8, *ab initio*, de la Constitución el mismo que preceptúa que corresponde al Presidente de la República, ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.

Este artículo es, a su vez, desarrollado por el artículo 11.3 de la LOPE, el mismo que regula la facultad normativa del Presidente de la República. De este modo, corresponde al Presidente de la República dictar decretos supremos que

[...] son normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley. Son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan. Los decretos supremos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria del mismo, que postergue su vigencia en todo o en parte.

Marienhoff (1983) define así el reglamento ejecutivo: «Estos son los que, en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, emite el Poder Ejecutivo para hacer posible, o más conveniente, la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o previendo detalles omitidos en estas» (p. 119).

Más acertados aún son García de Enterría y Fernández (2001) cuando definen así, detalladamente, la relación entre ley y reglamento ejecutivo:

Esa prioridad [de la ley] es una primacía puramente formal, por razón de la fuente de la legitimidad que diferencia a una y otra norma y de la fuerza respectiva que de ello extrae cada una, y se traduce en otro principio igualmente formal, el principio de jerarquía normativa, que supone la absoluta subordinación del reglamento a la ley. Ese principio de subordinación del reglamento a la ley expresa simplemente el carácter instrumental de la Administración y de sus productos normativos respecto del «propietario del poder», en el ya aludido concepto de Hauriou, esto es, del soberano, que es desde el fin del absolutismo el pueblo cuya representación se residencia en el poder legislativo. De ello se deduce que el reglamento complementa la ley, pero que no puede ni derogarla ni suplirla ni menos aún limitarla o excluirla. La ley frente al reglamento, a su vez, no tiene límites de actuación funcionalizables: puede sustituir o ex-

cluir un reglamento para ordenar cualquier materia o hacer apelación expresa a él [...]. [Puede] derogarlo, pura y simplemente o, por el contrario, ampliarlo, elevarlo de rango, convirtiéndole en ley y prestándole con ello su propia fuerza superior; puede restringir su ámbito de manifestación o por el contrario ampliarlo. No hay ningún ámbito que pertenezca en exclusiva al reglamento y en que este pueda actuar al margen o prescindiendo (no ya contradiciendo, por supuesto) de la ley; incluso el ámbito interno de la Administración, que es el más propio de la potestad reglamentaria, como ya hemos visto, puede ser total o parcialmente regulado por la ley de modo que se restrinjan o incluso que se excluyan totalmente las posibilidades dejadas al reglamento. (p. 234)

Por nuestra parte, y como luego lo veremos, en el derecho patrio es posible que el reglamento supla a la ley abordando materias a un nivel primario que no han sido reguladas previamente por una norma con rango de ley, esto es, que no exista reserva formal o que la materia de que se trate no haya sido atribuida por la Constitución para ser regulada necesariamente por norma con rango de ley o ley en sentido formal (no existe reserva material). Y ya que los reglamentos son dados mayoritariamente por el Presidente de la República, este en tanto jefe de gobierno elegido directamente en virtud del sufragio universal, cuenta con el atributo de dar reglamentos espontáneamente siempre y cuando no se suscite, reiteramos, una reserva de ley, sea esta «formal» o «material». *Mutatis mutandis* esta es la mecánica de los reglamentos «independientes».

Quizá la siguiente cita de Muñoz Machado (2015) provea una visión más amplia en lo que se refiere al deslinde entre el reglamento ejecutivo y el reglamento independiente:

Los conceptos de reglamento ejecutivo e independiente han sido utilizados por la doctrina desde que Von Stein los puso en circulación a mediados del siglo XIX. Verdaderamente son nociones que explican muy eficazmente las dos formas más elementales de relación con la ley en que pueden situarse los reglamentos: son ejecutivos los que la desarrollan, pormenorizan o complementan facilitando la aplicación de los mandatos legales; se llama independientes a los que contienen regulaciones que no tienen coincidencia con ninguna otra de carácter legal, de modo que el reglamento ni se ampara en una ley previa que le dé cobertura ni cumple

ninguna función instrumental en relación con las disposiciones de alguna ley concreta. (p. 95)

Para terminar este epígrafe, y tal como lo hemos insinuado *supra*, el Presidente de la República no es la única autoridad que da reglamentos ejecutivos.

En efecto, el artículo 40 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR) indica: «Los decretos regionales *establecen normas reglamentarias para la ejecución de las ordenanzas regionales*, sancionan los procedimientos necesarios para la administración regional y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés ciudadano. Los decretos regionales son aprobados y suscritos por el gobernador regional, con acuerdo del directorio de gerencias regionales» (las cursivas son nuestras).

Asimismo, el artículo 42 de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) prevé: «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).

Queda claro, sin embargo, que los decretos o reglamentos dados por las regiones y municipalidades no detentarán únicamente la naturaleza de «ejecutivos». También los habrá independientes. Así, por ejemplo y como hemos visto, el artículo 42, *in fine*, de la LOM preceptúa que los decretos de alcaldía «regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario, *que no sean competencia del concejo municipal*» (las cursivas son nuestras).

5.2. *Deslinde entre reglamentos autónomos y reglamentos independientes*

Uno de los problemas más arduos con que se ha enfrentado el derecho francés en su evolución constitucional ha sido el que se refiere a las relaciones normativas entre Parlamento y Gobierno. En efecto, bajo la Constitución de la IV República (1946) se estableció expresamente la prohibición de delegaciones legislativas a fin de que no se repitiesen los excesos de prácticas tales como las leyes de «plenos poderes» que se dieron durante la III República. Ante ello, resultó necesario recurrir a técnicas arbitrarias y complejas consistentes en la «deslegalización» o rebaja del rango normativo, entregando así una serie de materias a la disponibilidad de la Administración («Una suerte de acrobacia pseudojurídica», dijo Waline, uno de los autores de la Constitución gaullista). De este modo se pudo sortear la mencionada prohibición con la finalidad de lograr la colaboración normativa entre Parlamento y Gobierno, de inexcusable necesidad en todo Estado moderno.

Así las cosas, los técnicos responsables de la redacción de la Constitución de 1958 procedieron a gestar una auténtica revolución jurídica sin precedentes en el constitucionalismo europeo que consistió en repartir distintos ámbitos materiales de actuación entre Ley y Reglamento. De esta manera, el artículo 34 de la Constitución de 1958 establece cuáles son las materias de competencia del legislador parlamentario que se encuentran en consecuencia vedadas a su regulación por el Gobierno. Por su parte, el artículo 37, *ab initio*, preceptúa que, «Tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley» (Tafur Charun, 2023, p. 247).

Reiteramos lo dicho *supra* citando a Muñoz Machado (2015) cuando sostiene: «En la Constitución francesa de 1958 se dio, sin embargo, un vuelco a esta tradición constitucional común europea, al establecerse una reserva de reglamento. Los autores y la clase política que propiciaron este cambio pretendían potenciar la función del Gobierno como órgano de ejecución y retirar del Parlamento una parte de la carga de trabajo que

había empezado a acumular ya en el marco de la Constitución de 1946» (p. 58). Agrega que este revulsivo «[...] implicaba la pérdida de la preeminencia de la ley como norma que puede regular sin límite cualquier materia y la remoción de la posición subordinada del reglamento que quedaba sustituida, en las materias no reservadas a la ley, por otra bien distinta en la que aquel sería la norma dominante y excluyente de cualquier regulación legal» (p. 60). Se trata, pues, de los reglamentos autónomos.

Ahora bien, ¿cómo se deslindan los reglamentos autónomos de los reglamentos independientes?

Sobre el particular es de indicar lo siguiente:

- a) Los reglamentos autónomos detentan la virtualidad de ser diseñados por la Constitución y el BC. Así, el supraordenamiento les asigna un ámbito de materias que solo puede ser regulado por tales reglamentos. No existe espacio para que la ley regule ese ámbito de materias. La ley es incompetente y será purgada del ordenamiento jurídico si contraviene tal reparto de competencias. Al contrario, los reglamentos independientes no cuentan con un ámbito de materias exclusivas atribuido por la Constitución y el BC. Los reglamentos independientes «suplen» la Ley cuando no existe una reserva material o una reserva formal a favor de esta última.
- b) Los auténticos reglamentos autónomos tienen naturaleza primaria, esto es, se subordinan directamente al supraordenamiento. Es verdad, sin embargo, que los reglamentos independientes, al no estar subordinados a ley alguna, ocupan también en la estructura normativa, un escalón primario; pero a diferencia de los reglamentos autónomos, una ley ulterior puede *ad libitum* modificar, abrogar o derogar el reglamento independiente de que se trate. En suma, el reglamento independiente es un «ocupante precario» del escalón primario de la estructura normativa.

- c) Queda, entonces, claro que donde no exista una reserva material o formal de ley, el Presidente de la República podrá dar reglamentos independientes. En tal sentido, y dado que el derecho público es rigurosamente atributivo, cabe válidamente preguntarse cuál es el basamento positivo que atribuye al Presidente de la República la potestad de dar auténticos reglamentos independientes. Creemos encontrarlo en el artículo 118.8 de la carta de 1993, el mismo que, *mutatis mutandis*, ha de ser leído del modo siguiente: corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad de dictar decretos y resoluciones sin transgredir ni desnaturalizar las leyes.
- d) ¿Existen auténticos reglamentos autónomos en el sistema jurídico peruano? Entendemos que no. Sin embargo, no podemos pasar por alto que de acuerdo al artículo 118.20 de la Constitución corresponde al Presidente de la República regular las tarifas arancelarias. Este artículo es desarrollado «tautológicamente» por el artículo 8.2.h de la LOPE, en tanto parte del BC, indicando que corresponde al Presidente de la República, en su calidad de jefe del Poder Ejecutivo, «regular las tarifas arancelarias». Por nuestra parte, no encontramos en la Constitución ni en el BC otra materia que corresponda ser regulada por el Presidente de la República a través de reglamentos autónomos. Y decimos «reglamento» en su acepción jurídica rigurosa.

5.3. Los reglamentos híbridos (ejecutivos, autónomos e independientes)

En el presente epígrafe, tal como su título lo indica, trataremos de llevar a cabo un análisis de un tipo de reglamentos que formalmente pueden calzar en cualquiera de las modalidades ya estudiadas, pues los mismos configuran una mixtura y dada su naturaleza intrínseca bien vale la pena dedicarles unas líneas.

5.3.1. Los reglamentos de las administraciones públicas autónomas de relevancia constitucional y extraterritorial

Aludiendo, *inter alia*, al BCR y a la SBSAFP, *supra* hemos escrito que, dado que se trata de administraciones públicas de relevancia constitucional, que son diseñadas al más alto nivel del supraordenamiento, sus productos normativos, en este caso reglamentos (circulares, resoluciones, oficios), gozarán de preeminencia en lo que se refiere a su incardinación normativa y, lo más importante, a un nivel virtualmente debajo de la ley, esto es, *secundum legem*. La ley o norma primaria dispondrá *limitadamente* las «bases» o «principios» (núcleo duro) de que se trate sin poder ir más allá (*ultra vires*). Corresponderá al BCR y a la SBSAFP «desarrollar» tales bases o principios dentro de su ámbito autónomo de competencias. En tal sentido, esos reglamentos se relacionarán a ese nivel con el resto de fuentes, recurriéndose, *prima facie*, en caso de antinomia, al principio de competencia y de función constitucional, quedando de lado como efecto de ello la aplicación de la idea de jerarquía y sus variantes. En efecto, ello deriva del hecho de que estos reglamentos regulan un ámbito material que es privativo de la Administración Pública de relevancia constitucional de que se trate y que le es atribuido por la Constitución y el BC.

En tal sentido, existen algunos artículos que ya hemos mencionado *supra*, en las respectivas leyes orgánicas del BCR y SBSAFP que bien nos llevarían a cavilar sobre la posibilidad que los reglamentos que estas entidades dan podrían tener la naturaleza de independientes o quizá autónomos.

Así las cosas, podemos citar nuevamente el artículo 3 de la LOBCR cuando prescribe: «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).

Por su parte, el artículo 346 de la LOSBS preceptúa: «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).

Sin embargo, no se puede negar que estos reglamentos se ubican debajo de la ley en sentido formal, no se encuentran directamente incardinados bajo la Constitución, como es el caso de los auténticos reglamentos autónomos o como lo hacen *precariamente* los reglamentos independientes. Estos reglamentos desarrollan la ley, si bien es cierto que detentando un ámbito material más amplio que el común de otros reglamentos ejecutivos. Lo que debería quedar en claro es que estamos frente a reglamentos *secundum legem*. No estamos, pues, frente a una «reglamentación» o «desarrollo» riguroso.

Pero se debe reconocer que existen casos en que los reglamentos materia de análisis sí resultan siendo en rigor de naturaleza «ejecutiva». Por ejemplo, el fideicomiso de titulización se rige por lo dispuesto en el subcapítulo II del título III de la sección segunda de la LOSBS, «Normas reglamentarias y complementarias», en lo que le sea aplicable. Las «normas reglamentarias y complementarias» aludidas no son otras que resoluciones de la SBS. Entre estas tenemos a la Resolución SBS n.º 1882-2014 y a la Resolución SBS n.º 1010-99.

Con todo, resulta pertinente citar la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional, la misma que nos puede dar luces sobre la materia de estudio:

15. La fuerza normativa de la que está investida la Administración se manifiesta por antonomasia en el ejercicio de su potestad reglamentaria. El reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución, puede, de un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla, y, de otro, hacer operativo el servicio

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

5.3.2. Los así llamados «reglamentos técnicos»

Dentro de los reglamentos híbridos podemos también aludir a los reglamentos técnicos también conocidos como instrumentos técnico-normativos, los mismos que son dados mayoritariamente con efectos *ad intra*. Se trata, pues, de reglamentos dados por las administraciones públicas que regulan materias de alta especialidad y sofisticación, y que muchas veces trascienden lo estrictamente jurídico. No deben, en principio, imponer cargas, obligaciones ni afectar la esfera jurídica del común de los ciudadanos, salvo que nos encontremos en un plano de relación de sujeción especial. Esto es, se habilitaría la potestad reglamentaria *ad extra* con un plus; sin embargo, el reglamento de que se trate no tendrá tan amplio ámbito de actuación, pues las normas materia de estudio solo podrán tener efecto para aquellas personas naturales y jurídicas (ajenas a la Administración Pública) que desarrollen, generalmente y de modo habitual, profesiones, especialidades, actuación industrial, ciencia, oficio y arte o menester, las mismas que son materia del reglamento técnico que corresponda. En suma, los administrados, al menos en este caso, serán individuos que por su especial actividad industrial o comercial, y por ser ello conforme a los fines de interés general, encuentran una sujeción más fuerte en el Reglamento técnico.

Nos parece de mucha utilidad la siguiente definición que ensayan Mello Romero y Oscátegui Pérez (2007) conforme al siguiente texto:

Un reglamento técnico es una norma jurídica, *que sin importar su rango normativo*, reglamenta o regula —como su nombre lo indica— las características de un producto o los procesos o métodos de producción relacionados con él, *de tal forma que las personas que se dedican a la fabricación de los mismos están obligadas a tomar en consideración tales características*. Estas características incluyen las condiciones de envasado e incluso la información que debe consignarse en sus envases o etiquetas (rotulado). (p. 2)
(Las cursivas son nuestras)

Los mismos autores (2007) refieren: «El Acuerdo sobre OTC define al reglamento técnico de la siguiente manera: “Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas”» (p. 11).

Ya hemos escrito con cierta extensión sobre la finalidad de la actuación de las administraciones públicas, esto es, que la actuación de estas se encuentra dirigida a la *consecución de los fines de interés general*.

Por ello, no resulta extraño que el Acuerdo OTC prevea lo siguiente: entre los objetivos legítimos para los cuales los países pueden adoptar reglamentos técnicos figuran:

- Los imperativos de la seguridad nacional.
- La prevención de prácticas que puedan inducir a error al consumidor.
- La protección de la salud o la seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. (Mello y Oscátegui, 2007, p. 12)

Tal vez de manera didáctica podamos poner como ejemplo la dación del Decreto Supremo n.º 015-2022-PRODUCE que aprueba el Reglamento la Ley de Etiquetado y Verificación de los Reglamentos Técnicos de los Productos Industriales Manufacturados, aprobada por el Decreto Legislativo n.º 1304. El artículo uno del aludido decreto supremo preceptúa: «El presente Reglamento tiene por objeto regular las medidas de cumplimiento de los reglamentos técnicos, referidos a productos industriales manufacturados para uso o consumo final, con excepción de las disposiciones en materia de etiquetado. Para ello, se establece acciones de prevención, advertencia y fiscalización, y se aprueba la tipificación de las infracciones administrativas y la escala de sanciones».

En el artículo 2 se dispone: «La presente norma tiene por *finalidad* lograr el cumplimiento de las disposiciones contenidas en los reglamentos técnicos citados en el artículo precedente, a efectos de cautelar la salud, seguridad y vida de las personas» (las cursivas son nuestras).

Por su parte, el artículo tres prevé: «El presente Reglamento es aplicable a las personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades de fabricación, importación, almacenamiento, distribución y/o comercialización de productos industriales manufacturados para uso o consumo final que se encuentran sujetos a las disposiciones de los reglamentos técnicos, con excepción de las disposiciones en materia de etiquetado, en el marco de las competencias del Ministerio de la Producción».

Debe quedar en claro que los reglamentos o normas técnicas bien pueden ser dados por organismos internacionales. Tal es el caso de la Organización Mundial Comercio; sin embargo, y como bien dice Humberto Zúñiga Schroder (2017): «[...] ello no ha sido óbice para que cada país, en el marco de sus relaciones bilaterales, haya decidido regular esta materia de manera específica» (p. 203). Según este autor, esto se producirá a través de una *armonización* entre ambas fuentes. Pero queda claro que según Zúñiga Schroder (2017, p. 204), los países miembros de la OMC tienen la potestad de desviarse de lo dispuesto en normas internacionales (es decir, no armonizar). Ello con la *finalidad* de alcanzar un

objetivo legítimo, por ejemplo, la protección de la salud y la seguridad de las personas o la protección del medio ambiente.

Mutatis mutandis, los reglamentos técnicos o las normas técnicas pueden detentar, en términos materiales, la naturaleza de lineamientos, protocolos, mecanismos, fórmulas, planes, manuales, reglas, sanidad, estrategias, directivas, regulaciones, directrices, prescripciones, métodos, guías, procesos, seguridad, terminología, orientaciones, especificaciones, supervisión, idoneidad.

Por último, y rigurosamente en lo que al derecho patrio también corresponde, es de indicar que la Ley n.º 30224, Ley que crea el Sistema Nacional para la Calidad y el Instituto Nacional de Calidad, dispone: «El Instituto Nacional de Calidad - Inacal, es un organismo público técnico especializado, adscrito al Ministerio de la Producción, con personería jurídica de derecho público, con competencia a nivel nacional y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera [...] El Inacal es el ente rector y máxima autoridad técnico normativa del Sistema Nacional para la Calidad [...]» (las cursivas son nuestras).

6. REFERENCIAS

- Bielsa. R. (1955). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma.
- De Althaus, M. y otros. (1969). La reforma de la Administración Pública. *Derecho PUCP*, (27), pp. 94-104.
- De la Cruz Ferrer, J. (1988). Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, 65-105.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). *Curso de Derecho administrativo*. Madrid: Civitas.
- Marienhoff, M. (1983). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- Mello Romero, A. y Oscategui Pérez, H. (2007). *Programa de Fortalecimiento de la Capacidad para el Comercio de USAID Perú (TCB Program)*. https://www.mincetur.gob.pe/reglamentostecnicos/documentos_interes/Documento_interes/01_Guia_para_identificar_reglamentos_tecnicos.pdf
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Tomo VII. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Pérez Royo, J. (1985). *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos.
- Rivero Ortega, R. (1998). Igualdad y seguridad en la interpretación del derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, (146), pp. 85-128.
- Rodríguez Manrique, Carlos. (2006). Organismos públicos del Poder Ejecutivo y autoridades independientes. *Revista de Derecho Administrativo*, (2).
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16339>
- Rodríguez Patrón, P. (2017). La «ley singular» como categoría de acuñación jurisprudencial: una nueva aproximación a su particular significado y problemática. *Revista de Derecho Político*, 1(99), pp. 167-197.
- Tafur Charun, E. (2018). *La potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Tafur Charun, E. (2023). *Temas de derecho público*. Lima: Biblioteca de Derecho del Estudio Mario Castillo Freyre.
- Zúñiga Schroder, H. (2017). Las normas técnicas en el Perú: marco teórico y legal. *Foro Jurídico*, (16), pp. 194-204.

EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS REGIONES Y MUNICIPALIDADES

Sumario: 1. Exordio.— 2. Antecedentes históricos.— 2.1. La dictadura en la República romana.— 2.2. El *putsch* de Argel (1962).— 3. La autonomía de los entes territoriales.— 4. Estado de necesidad o de excepción.— 5. Interés público.— 6. Los reglamentos de necesidad.— 7. Interés nacional, grave riesgo de la economía nacional y del proceso de descentralización, y cuando se comprometa gravemente la estabilidad macroeconómica del país (sobre potestades discrecionales, conceptos jurídicos indeterminados y principio de razonabilidad).— 7.1. Las potestades discrecionales.— 7.2. Conceptos jurídicos indeterminados.— 7.3. El principio de razonabilidad.— 8. La *ratio legis* de los decretos de urgencia diseñados en la LOGR y la LOM.— 9. Referencias.

1. EXORDIO

En el derecho patrio mucho se ha escrito sobre los decretos de urgencia. Sabemos que tales decretos estaban recogidos en la Constitución de 1979, aun cuando se les empezó a utilizar algunos años después de entrada en vigencia tal Constitución. De este modo estas «medidas» pasaron un buen tiempo desapercibidas. Nadie notó la presencia del gorila color rosa de trescientos kilos de peso que se paseaba por el salón. No está de más decir que durante la década de los ochenta del siglo pasado se hizo uso y abuso de esta fuente. De este modo, entre muchas otras materias, se regulaba el Mercado Único de Cambios (MUC), créditos suplementarios y hasta se creaban impuestos.

Con la dación de la carta de 1993, la idea de los decretos de urgencia tomó forma y los mismos fueron diseñados de un modo más prolijo. De esta manera, dicha carta prescribe en su artículo 118.19 que es potestad del Presidente de la República: «Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia».

Asimismo, según el artículo 74 de la Constitución, los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Ello se explica simplemente en la necesidad de suprimir esta materia dado el funesto precedente que supuso la creación indebida de tributos a través de decretos supremos «extraordinarios» bajo la Constitución de 1979.

De otro lado, no deja de ser interesante el artículo 135 de la carta vigente, cuyo texto es como sigue: «Reunido el nuevo Congreso, puede censurar al consejo de ministros, o negarle la cuestión de confianza, después de que el presidente del consejo haya expuesto ante el Congreso los actos del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario. *En ese interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia*, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que este se instale» (las cursivas son nuestras).

Ahora bien, la pregunta se cae de madura: ¿cómo justificar la existencias de los artículos 90-A de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR) y la vigésima segunda disposición complementaria de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)?

El texto de los artículos aludidos es como sigue:

Artículo 90-A.- «Situaciones extraordinarias y sostenibilidad fiscal

Se dictan medidas temporales y extraordinarias en materia económica y financiera, conforme al inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, cuando los indicadores de desempeño financiero y/o presupuestario de

los Gobiernos Regionales comprometan los estándares de gestión previamente establecidos *y exista grave riesgo de la economía nacional y del proceso de descentralización*. El Congreso tomará conocimiento de dichas medidas y adoptará las decisiones que le correspondan, de acuerdo a la Constitución y la Ley». (Las cursivas son nuestras)

Vigésimo Segunda.- «Cuando la gestión financiera y presupuestaria de los gobiernos locales comprometa gravemente la estabilidad macroeconómica del país, podrán dictarse medidas extraordinarias en materia económica y financiera conforme inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú».

¿Cuál es la *ratio legis* de estos artículos? Si el legislador orgánico los ha incluido en las respectivas leyes es porque debe existir una razón que plenamente justifique tal proceder.

¿En qué se diferencian de los decretos de urgencia tal como están estos recogidos en la Constitución?

¿No es que ambos artículos, de la LOGR y de la LOM, aluden respectivamente a «economía del *país*» y «estabilidad macroeconómica del *país*»?

¿Lo anterior supondría que los efectos del «estado de necesidad» no se limitarían al ámbito territorial de la región o municipalidad de que se trate?

¿Los decretos de urgencia podrían válidamente derogar, suspender, modificar o abrogar las ordenanzas que, como es sabido, tienen valor de Ley?

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el presente epígrafe haremos una reseña del «estado de necesidad» desde una perspectiva histórica. Para tal efecto nos referiremos a la dictadura en la República romana y al episodio suscitado con ocasión del *putsch* de Argel (1962).

2.1. *La dictadura en la República romana*

Bien dice Power Manchego-Muñoz (1990, p. 117) que podemos indicar como características principales de la dictadura en la República romana las siguientes:

- a) La existencia de una circunstancia de grave peligro para la República.
- b) Concentración del poder en un magistrado único, supremo y extraordinario.
- c) Temporalidad, plazo máximo seis meses.
- d) Suspensión de garantías constitucionales, *intercessio* y la *provocatio ad populum*.
- e) Tener por única finalidad la defensa de la Constitución de la República.

Por su parte, y según Siles Vallejos (2014, p. 421), Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin mencionan como «características sobresalientes» de la dictadura romana, a menudo consideradas como «configuradoras de los lineamientos básicos para los regímenes de emergencia de los días modernos», las siguientes: su carácter temporal, el reconocimiento de la naturaleza excepcional de las emergencias, el nombramiento del dictador de acuerdo con formas constitucionales específicas que separan a aque-

llos que declaran la emergencia y aquellos que ejercen los poderes dictatoriales en cada ocasión, la designación del dictador para propósitos bien definidos y limitados, y el objetivo último de sostener el orden constitucional y no de modificarlo o reemplazarlo por otro.

Abraham Siles Vallejos (2014, p. 412) da cuenta que según Carl Schmitt los humanistas del Renacimiento —en primerísimo lugar, Nicolás Maquiavelo— se interesaron en la institución de la dictadura romana y consultaron al respecto las exposiciones de Cicerón, Tito Livio, Tácito y Plutarco, entre otros autores, de tal suerte que «fundaron una tradición», la cual permaneció «invariable hasta bien entrado el siglo XIX». Conforme a dicha tradición, la dictadura es una sabia invención de la República Romana, el dictador un magistrado romano extraordinario, que fue introducido después de la expulsión de los reyes, para que en tiempos de peligro hubiera un *imperium* fuerte, que no estuviera obstaculizado, como el poder de los cónsules, por la colegialidad, por el derecho de veto de los tribunos y la apelación al pueblo.

Siguiendo a Siles Vallejos (2014):

Con todo, los poderes del dictador fueron amplísimos y no se reducían al ámbito propiamente militar, sino que se proyectaban sobre toda la vida civil de Roma. Podía convocar a cualquiera de las asambleas y presidirlas, lo que incluía al venerable Senado. Igualmente, estaba dentro de sus facultades ejercer jurisdicción en todos los casos criminales que comprometieran la seguridad del Estado, en cuya virtud podía imponer la pena capital, de modo sumario y sin apelación. También podía imponer multas y su potestad de arrestar anulaba la facultad de intercesión de los tribunos, magistrados considerados sacrosantos e inviolables. Dicho en pocas palabras, el dictador poseía todos los poderes que fueran necesarios para superar el peligro que había llevado a su designación, incluido el poder sobre la vida y la muerte de las personas, y no se encontraba sujeto a las limitaciones que pesaban sobre las magistraturas ordinarias del Estado. (p. 418)

2.2. *El putsh de Argel (1962)*

Sobre el *putsch* de Argel suscitado en 1962 es de citar a García de Enterría (2016) cuando sostiene:

Por vez primera, el 16 de febrero de 1962, ha conocido el Consejo de Estado de un recurso dirigido contra un acto producido por el presidente De Gaulle, en ejercicio de los famosos poderes extraordinarios o dictatoriales del artículo 16 de la Constitución, poderes que ha utilizado, como bien saben ustedes, con ocasión del último *putsch* de Argel. Pues bien, un gran sector de la doctrina afirmaba que como con el ejercicio de estos poderes extraordinarios el presidente asume todos los poderes del Estado, el ejercicio de tales poderes era lógicamente infiscalizable ante la jurisdicción contenciosa. El Consejo de Estado acaba de decir lo contrario. Ha afirmado que estos poderes exorbitantes, extraordinarios, los cuales podían incluso ser calificados auténticamente de soberanos, puesto que la competencia del presidente viene a suplir la competencia general de todo el cuerpo del Estado, y por supuesto del legislativo, son perfectamente fiscalizables como regla ante el Consejo de Estado, escapando a la fácil tentación que ofrecía la doctrina de los actos de gobierno, con una única excepción, que es allí donde las decisiones del presidente se produzcan dentro de la materia definida como dominio propio de la Ley por el artículo 34 de la Constitución; en este supuesto, el presidente está adoptando disposiciones con fuerza de ley, y por esta razón exclusivamente, porque las leyes formales no son nunca rescindibles ante los tribunales contenciosos, este único sector de los poderes del presidente será infiscalizable ante el Consejo de Estado francés; en todo lo demás la regla es la de la plena fiscalización del ejercicio de estos poderes, sobre todo utilizando la técnica de los principios generales del Derecho. (pp. 70-72)

3. LA AUTONOMÍA DE LOS ENTES TERRITORIALES

El artículo 194 de la Constitución Política del Perú indica: «Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen *autonomía* política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia». Asimismo, el título preliminar de la Ley n.º 27972, Ley

Orgánica de Municipalidades (LOM) en su artículo 1 señala: «Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno promotores del desarrollo local, con personería jurídica de derecho público y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines»; el artículo 11 de la LOM, establece: «Los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia».

Por su parte, el artículo 191 de la Constitución, modificado por la Ley n.º 27680, Ley de Reforma Constitucional del capítulo XIV del título IV, establece: «Los gobiernos regionales tienen *autonomía* política y administrativa en los asuntos de su competencia. La estructura orgánica de estos gobiernos la conforma el Consejo Regional como órgano normativo y fiscalizador». A su vez, el artículo 192 de la Constitución establece: «Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo». Su inciso 5) establece como sus competencias la de promover el desarrollo socioeconómico regional y ejecutar los planes y programas correspondientes.

4. ESTADO DE NECESIDAD O DE EXCEPCIÓN

Según Power Manchego-Muñoz (1990, p. 114) son *inter alia* características del estado de necesidad o excepción las siguientes:

- a) Concentrador de poderes en un solo detentador, normalmente en el Ejecutivo, con un conjunto de facultades extraordinarias para que su acción sea tan rápida como lo exijan las graves circunstancias excepcionales.
- b) La finalidad suprema del estado de excepción es la necesidad de defender el pleno ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución; aunque para ello se tenga que restringir transitoriamente el ejercicio de esos mismos derechos.

- c) Aplicación del principio de proporcionalidad, que supone adoptar únicamente las medidas estrictamente necesarias para restablecer la normalidad, o sea, que dichas medidas guarden relación con las circunstancias existentes en el estado de excepción.

Néstor Pedro Sagüés (1990, p. 122) sostiene que son elementos de la doctrina del estado de necesidad los siguientes:

- a) La situación de necesidad, o circunstancia fáctica que exige una respuesta por parte del Estado.
- b) El acto necesario para enfrentar el estado de necesidad.
- c) El sujeto necesitado (Estado) cuyo comportamiento se requiere para adoptar y ejecutar el acto necesario.
- d) El derecho de necesidad que atiende a la problemática jurídica de la situación de necesidad (v. gr., si la contempla o no) del acto necesario a adoptar y de la conducta del sujeto necesitado.

El citado autor manifiesta que con relación al *espacio* la situación de necesidad puede plantearse a nivel general (esto es, en todo el Estado), o en el orden local (v. gr., en una provincia). Es de la mayor importancia, asimismo, lo que Néstor Pedro Sagüés (1990) añade:

Normalmente el acto necesario exige, para realizarse, un incremento en la cuota de poder del sujeto necesitado, y una reducción de los derechos de los particulares. Eso, en cuanto al fondo del asunto. La necesidad (Y en particular la necesidad emergente, apremiante, circunstancial) puede autorizar la asunción de competencias de un órgano del Estado, por otro que no las posee regularmente [...]. (p. 124)

Por nuestra parte, anotamos que, en efecto, dado un estado de necesidad o una situación de estado de excepción, y con la finalidad de mitigar la situación emergente, por la fuerza de la razón tales poderes

extraordinarios deben estar dirigidos a la satisfacción de los fines públicos de interés general (valor mayor), quedando de este modo el orden de competencias para situaciones de normalidad subvertido y desplazado (valor menor). Reiteramos, tal «acto» que subvierte el orden normal de competencias tendrá por finalidad mitigar el estado de necesidad por corresponder ello a los fines públicos de interés general el mismo que por su propia naturaleza ha de ser satisfecho mediante el recurso de poderes exorbitantes que precisamente adquieren «carta de ciudadanía» dada la situación de necesidad suscitada.

5. INTERÉS PÚBLICO

García de Enterría y Fernández (2001) opinan: «Las potestades administrativas no pueden ejercitarse, sino en servicio del interés público, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la administración como organización; positivamente, la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés lo exija, obligación que marca incluso las potestades más amplias. Todo lo cual no es una simple admonición moral, sino un mecanismo técnico preciso, esta “adherencia al fin” (público) condiciona la validez de los actos administrativos en que se expresa el ejercicio de las potestades» (pp. 445-446).

Bien es cierto que toda actuación de la Administración Pública ha de estar destinada a la consecución de los fines públicos de interés general. De ahí nace la competencia. La consecución o satisfacción de tales fines legitima la actuación administrativa. En el caso del estado de necesidad sucede lo mismo. El incremento de poderes por parte de la entidad de que se trate está justificado siempre y cuando tenga por objeto la consecución de los referidos fines. *Fines públicos que suponen una primacía con relación al reparto de competencias en situaciones de normalidad.* Así, solamente cuando se trate de la satisfacción de fines públicos dispuestos por el ordenamiento podrá ser viable el incremento de poderes, competencias y potestades que corresponderían a la entidad una vez suscitado el estado de necesidad o de excepción. De esta manera, y al tratarse de

fines públicos, la actuación de la entidad que ve incrementados sus poderes, notablemente los «actos» que dicte podrán ser acogidos por el mismo ordenamiento como valiosos y dignos de tutela y de este modo podrán desplegar todos sus efectos.

6. LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD

Sostiene Power Manchego-Muñoz (1990): «La doctrina advierte que en casos excepcionales se requiere adoptar medidas excepcionales; por cuanto por su propia naturaleza de circunstancia excepcional no se le puede aplicar la normativa jurídica para una situación estable» (p. 113).

Así las cosas, estos decretos de urgencia a los que aluden los artículos 90-A y la disposición complementaria vigésima segunda de la LOGR y la LOM, respectivamente, constituirían rigurosamente «reglamentos de necesidad». La dación de este tipo de reglamentos, dicen García de Enterría y Fernández (2001, pp. 213-214) puede justificarse únicamente en función de un estado de necesidad, de una situación de emergencia, cuya excepcionalidad coloca en primer plano el viejo principio, *salus populi suprema lex esto*, por encima incluso del propio principio de la primacía de la ley (en nuestro caso, de las ordenanzas que tienen valor de ley), que en tales casos queda temporalmente excepcionado. Hay una reserva de poder último en la Administración que no solo la permite, sino que la obliga a actuar en la situación de «circunstancias excepcionales» para salvar los valores sociales supremos. Agregan los autores citados que en todos estos supuestos excepcionales las autoridades gubernativas, civiles o militares están genéricamente habilitadas para actuar en contra de lo prescrito por las leyes formales o para oponerse a lo que ellas dispongan. De este modo, más que contradecirse las leyes formales, se excepcionan durante el tiempo que duren las situaciones de emergencia.

Sobre el particular es de citarse a la autora costarricense Magda Inés Rojas Chaves, cuando aludiendo a un proyecto de Ley precisa:

En consecuencia, es necesario advertir que en la enumeración ejemplarizante del párrafo tercero (del artículo 180 Constitucional) y del párrafo último del artículo 22 citado (a propósito resaltados), no queda otro margen de interpretación jurídica como no sea el de calificar «conmoción interna», «disturbios», «agresión exterior», «epidemias», «hambre» y «otras calamidades públicas», como manifestaciones de lo que se conoce en la doctrina del derecho público como *«estado de necesidad y urgencia», en virtud del principio «salus populi suprema lex est», entendiendo que el bien jurídico más débil (la conservación del orden normal de competencias legislativas) debe ceder ante el bien jurídico más fuerte (la conservación del orden jurídico y social, que, en ocasiones, no permite esperar a que se tramite y apruebe una ley);* y en el Derecho Penal, como «estado de necesidad», o sea, «una situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico». Y es este el mismo sentido del texto del artículo 180 constitucional [...]. (Las cursivas son nuestras)

Resulta por demás importante citar a Muñoz Machado (2015, p. 96) cuando se refiere a la *ratio legis* de las normas de excepción: a lo largo de la historia de la utilización de normas gubernamentales con rango de ley se han visto aparecer casi todas las justificaciones posibles de dicha práctica: la necesidad como fuente del derecho, que permite sustituir la legalidad ordinaria por otra de excepción en cuyo marco es posible, naturalmente, hacer ceder el régimen de la separación de poderes y con él el de la atribución de la función legislativa para atender a la defensa de un bien jurídico perentorio y más fuerte. Igualmente, la urgencia es el motivo de que si el Parlamento no puede dar respuesta a las necesidades inminentes deba el Gobierno extender su función de gestor. La atención inmediata de los problemas permite esta sustitución provisional de papeles que, incluso, como hemos visto en algunas experiencias históricas, admite una ratificación ulterior por el Parlamento de lo hecho por el Gobierno.

García de Enterría y Fernández (2001) sostienen: «[...] la dación de medidas de urgencia no puede ser abusivamente ejercida. Es una potestad claramente excepcional y no de uso ordinario o general y que ha de justificarse caso por caso en razones substantivas de objetiva “necesidad” y necesidad de claro interés general. Se alteran las competencias

normales por razones también excepcionales y estrictamente valoradas, y de interés general que resulten objetivables y visibles» (p. 338).

No cabe duda de que en razón de lo manifestado en el presente epígrafe, los decretos de urgencia, tal como los diseña la carta de 1993, *también* configuran auténticos «reglamentos de necesidad». Así, los decretos de urgencia son «medidas extraordinarias», tienen fuerza de ley, se habilita su dación cuando se configura el «interés nacional».

7. INTERÉS NACIONAL, GRAVE RIESGO DE LA ECONOMÍA NACIONAL Y DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN, Y CUANDO SE COMPROMETA GRAVEMENTE LA ESTABILIDAD MACROECONÓMICA DEL PAÍS (SOBRE POTESTADES DISCRETIONALES, CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD)

Estamos, pues, frente a potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados. Así, v. gr., «interés nacional» supone un concepto jurídico indeterminado.

A efectos del desarrollo de este epígrafe, y por fines didácticos, reiteraremos la cita textual de los tres artículos que en el ordenamiento aluden a los decretos de urgencia.

Artículo 118 de la Constitución: «Corresponde al Presidente de la República: (19) Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, *cuando así lo requiere el interés nacional* y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia» (las cursivas son nuestras).

Artículo 90-A de la LOGR: «Situaciones extraordinarias y sostenibilidad fiscal. Se dictan medidas temporales y extraordinarias en materia económica y financiera, conforme al inciso 19 del artículo 118 de la

Constitución, cuando los indicadores de desempeño financiero y/o presupuestario de los gobiernos regionales comprometan los estándares de gestión previamente establecidos *y exista grave riesgo de la economía nacional y del proceso de descentralización*. El Congreso tomará conocimiento de dichas medidas y adoptará las decisiones que le correspondan, de acuerdo a la Constitución y la Ley» (las cursivas son nuestras).

Vigésimo segunda disposición complementaria de la LOM: «Cuando la gestión financiera y presupuestaria de los gobiernos locales comprometa gravemente la estabilidad macroeconómica del país, podrán dictarse medidas extraordinarias en materia económica y financiera conforme el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú».

7.1. Las potestades discrecionales

Grosso modo, tenemos en las normas materia de estudio en el presente texto los siguientes supuestos de hecho que activan el ejercicio de las potestades discrecionales: «[...] cuando los indicadores de desempeño financiero y/o presupuestario de los gobiernos regionales comprometan los estándares de gestión previamente establecidos y exista grave riesgo de la economía nacional y del proceso de descentralización» (LOGR).

Según la LOM: «Cuando la gestión financiera y presupuestaria de los gobiernos locales comprometa gravemente la estabilidad macroeconómica del país».

De lo que se trata es que dado el supuesto de hecho determinante, que debe ser evaluado por el juzgador, se configura, se activa y legitima la consecuencia jurídica. La consecuencia jurídica no es otra que la capacidad de ejercer potestades discrecionales. Pero ese supuesto de hecho determinante solo puede ser validado y es acogido por el ordenamiento cuando este hecho ha de ser una realidad como tal hecho y ocurre, según García de Enterría, que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra. La

valoración política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho determinante o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar a arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así (García de Enterría, 2016, p. 41).

7.2. *Conceptos jurídicos indeterminados*

Distinto es el caso de los conceptos jurídicos indeterminados. Solamente en el artículo constitucional encontramos el concepto jurídico indeterminado «interés nacional». Y no es que el uso de este concepto no esté sujeto a control y el mismo resulte siendo inimpugnabile por tratarse supuestamente de un acto político o de gobierno tal como estos eran conceptuados en el siglo XIX. La invocación del aludido concepto siempre será justiciable, en lo que respecta a la oportunidad, mérito, conveniencia y circunstancias de su dictado, en suma, a los hechos y a la *ratio legis* de la ley que prescribe tal concepto. Según García de Enterría (2016) «lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto [...] O hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc.» (pp. 43-45).

Así las cosas, el concepto jurídico indeterminado, en este caso «interés nacional», deberá necesariamente configurarse en los hechos, pues como bien dice el autor citado: «Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a estas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio» (García de Enterría, 2016, p. 44).

Lo mismo puede decirse de los conceptos que prescriben los aludidos artículos de la LOGR y la LOM. De esta manera, que *exista grave riesgo de la economía nacional y del proceso de descentralización* (LOGR); y *se comprometa gravemente la estabilidad macroeconómica del país* (LOM).

Digresión. Cabe válidamente preguntarse por qué ni la LOGR ni la LOM mencionan el concepto jurídico indeterminado «interés nacional». Creemos que ello resulta inocuo. El fraseo «economía del *país*» y «estabilidad macroeconómica del *país*», contenido en la LOGR y la LOM, respectivamente, dotan a la materia del decreto de urgencia de que se trate de un espectro que va más allá del interés respectivo, particularidades y peculiaridades de la región o municipalidad.

Pero el Tribunal Constitucional, con acerba crítica, también se ha pronunciado sobre los conceptos jurídicos indeterminados. En su voto dirimente, el magistrado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera manifiesta lo siguiente en el Exp. n.º 03485-2012-PA/TC:

Que estamos, pues, ante el uso de conceptos jurídicos indeterminados (Conducta deshonrosa, ya sea en su actividad laboral o en su vida de relación social, en este último caso, cuando la misma desprestigie la imagen del Ministerio Público) para la eventual imposición de sanciones a nivel disciplinario. Esta, sin duda, es una práctica inconveniente, la cual, incluso, en ciertos supuestos, podrían permitir que se consagren situaciones de vulneración a algunos derechos fundamentales, vulneraciones cuya materialización no puede reseñarse en abstracto, sino que debe determinarse en cada caso en particular. (f. j. 8)

La responsabilidad de un juez o jueza constitucional frente a una regulación normativa con estos riesgos para la plena vigencia de algunos derechos fundamentales es la de tratar de establecer criterios que ayuden a evitar que la indeterminación de la situación prevista como sancionable se preste a poder configurar una vulneración a la cabal vigencia de ciertos derechos. (f. j. 9)

El magistrado agrega que, como es de conocimiento general, nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados cuando la norma que

los recoge define el supuesto de hecho a través de formulaciones abstractas que solamente pueden ser materializados en su aplicación práctica. Ello ocurre bien en mérito a que estamos ante una norma referida a una realidad de tal naturaleza que la intención de delimitarla no admite una cuantificación o determinación rigurosa o nos encontramos frente a una decisión consciente: la de no acotar en forma precisa para así permitir soluciones acomodadas a las circunstancias (García de Enterría y Fernández) o nos encontramos frente a una decisión consciente: la de no acotar en forma precisa para así permitir soluciones acomodadas a las circunstancias (Parejo). (f. j. 10)

Cabe, entonces, preguntarse hasta dónde puede avanzarse en el control jurisdiccional de estas actuaciones administrativas, tema que, por ejemplo, en España generó una intensa polémica entre calificados autores. (García de Enterría y Fernández, de una parte, y Parejo y Sánchez Morón, de otra). Sin embargo, y sin con ello querer entrar aquí en el detalle de ese debate, creo en este momento aclarar que considero necesario que, en este caso, sobre todo si estamos ante un concepto jurídico indeterminado, debiera apreciarse si se respetaron los elementos reglados de esa actuación (cumplimiento de competencias y procedimientos previamente establecidos), si se hizo una adecuada evaluación de los hechos sucedidos (los hechos determinantes), o si se cumplió con seguir ciertos principios generales del derecho (proporcionalidad, buena fe y confianza legítima, igualdad, interdicción de la arbitrariedad), y, por último, evaluar si se respetaron los diversos derechos fundamentales. (f. j. 13)

7.3. *El principio de razonabilidad*

El principio de razonabilidad se encuentra reconocido en el artículo 200, *in fine*, de la carta de 1993.

Para Susana Cayuso (1999):

[...] el control de razonabilidad constituye un instrumento eficaz dentro del sistema para evaluar la *adecuación* de la respuesta dada, tanto desde la ley, la reglamentación o la sentencia, a las normas, principios, valores e intereses en juego respecto de los derechos reconocidos en el texto constitucional. *Entendemos que ante varias respuestas posibles debe elegirse aquella que represente más adecuadamente los valores sociales y contribuya, en mejor medida, al*

entendimiento social sin que ello implique cercenar facultades propias y exclusivas de los otros poderes, pero fortaleciendo el principio constitucional según el cual todos los poderes constitucionales se encuentran sometidos a las reglas sustantivas en que se apoya el sistema. (p. 388) (Las cursivas son nuestras)

La misma autora (1999) indica:

Este *standard* de revisión ha sido aplicado en todos los supuestos en los que se han encontrado en juego, según lo que emerge del criterio del tribunal, derechos económicos, y sustentado en la prevalencia de los intereses generales sobre los individuales. Casos, en general, de fuerte intervencionismo estatal en las relaciones particulares, donde en la mayoría de los cuales la legislación había sido dictada invocando situaciones catalogadas como de emergencia económica y mediante las cuales se establecen categorías de sujetos llamados a soportar el peso de las medidas respecto de otros a favor de los cuales se establecían. Ejemplo: leyes de congelamiento de alquileres, leyes protectoras de determinadas actividades. (p. 393)

En buena cuenta, y en nuestro caso, se trata de que la dación de la norma (v. gr., decretos de urgencia) sea el medio o la forma más idónea para la obtención de sus fines concretos y con ello, y al mismo tiempo, procurar la preservación y reconocimiento, entre otros, de los derechos fundamentales. Esto es, hablamos de idoneidad, derechos, valores y principios supremos que han de traducirse en la función y finalidad, en este caso, del decreto de urgencia dado.

Así las cosas, no se puede negar que existe una estrecha vinculación entre el principio de razonabilidad y la idea de competencia. No olvidar que toda competencia administrativa se origina en el interés general, y los derechos fundamentales, valores y principios son de interés general. Si una fuente formal normativa resulta, entre otras opciones, el medio más idóneo para cumplir su finalidad concreta será debido a que la misma en mayor medida cautela y preserva tales valores, principios supremos y derechos fundamentales. Reiteramos, todo ello sin perjuicio del cumplimiento de sus fines concretos. O si se quiere, tal norma será el medio más idóneo al agraviar en menor medida dichos derechos y

principios. Que la norma sea menos gravosa —«gravosa» en su acepción más amplia— supondrá que esta pueda obtener sus fines concretos, *pues es la norma competente por ser, precisamente, la más idónea.*

El principio de razonabilidad se encuentra recogido y positivado a nivel infraconstitucional en el artículo 248.3 del TUO de la Ley n.º 27444 (LPAG) cuyo texto es como sigue:

Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. *Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción*, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación: a) el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; b) la probabilidad de detección de la infracción; c) *la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido*; d) el perjuicio económico causado; e) la reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción; f) las circunstancias de la comisión de la infracción; y g) la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. (Las cursivas son nuestras)

8. LA RATIO LEGIS DE LOS DECRETOS DE URGENCIA DISEÑADOS EN LA LOGR Y LA LOM

Creemos firmemente que el diseño de decretos de urgencia que llevan a cabo la LOGR y la LOM radica en un asunto de distribución de competencias. También creemos que el legislador orgánico ha sido en suma cauteloso para que no quepa la menor duda que los decretos de urgencia dados conforme a la Constitución no fueran impugnados por vicio de incompetencia al supuestamente agraviar la autonomía política y administrativa de regiones y municipalidades. En otras palabras, se ha pretendido blindar al Gobierno nacional para que de tal suerte pueda, prácticamente *ad libitum*, interferir en el ámbito de competencias de naturaleza económica y financiera privativas de las regiones y de las municipalidades. Además, puede darse el caso que cumplidos los supuestos habilita-

dores, el Gobierno nacional pueda dar *normas uniformes* regulando materias de naturaleza económica y financiera que en condiciones de normalidad pertenecen al acervo de competencias de cada región y municipalidad. Se trata, en fin, de una «suplencia», pues de darse los supuestos habilitadores, la normativa territorial dada por las regiones y las municipalidades en materia económica y financiera resultará siendo desplazada y, a la vez, asumido su ámbito de competencias por el Gobierno nacional mediante la dación de decretos de urgencia.

Mutatis mutandis lo dicho es lo que García de Enterría (1983, pp. 270-271) llama «relaciones de interferencia», esto es, relaciones que suponen excepciones singulares o modificaciones (nunca totales, por supuesto, pues ello solo podría hacerse mediante reforma constitucional) al normal trazado de la distribución de competencias, bien porque el Estado interviene, con habilitación constitucional explícita, para «armonizar» la competencia normativa autonómica mediante leyes propias, como excepción del principio ordinario de separación de los órdenes de fuentes respectivas.

El mismo autor (1983) agrega que esta relación de interferencia «arbitra una potestad claramente excepcional y no de uso ordinario y general, y *ha de justificarse caso por caso en razones substantivas de efectiva y objetiva "necesidad" y necesidad de claro interés general*, que es algo más que una simple desconfianza subjetiva sobre los poderes normativos autonómicos» (p. 276) (las cursivas son nuestras).

9. REFERENCIAS

- Cayuso, S. (1999). La aplicación del principio de razonabilidad y las limitaciones a los derechos fundamentales. *Pensamiento Constitucional*, (6).
- García de Enterría, E. (Enero-diciembre 1983). El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones. *Revista de Administración Pública*, (100-102).

- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. (2016). La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, (8).
<http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2016/12/La-lucha-contra-las-inmunidades%E2%80%A6Eduardo-Garcia-de-Enterria.pdf>
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de derecho administrativo y derecho público en general*. Tomo VI. Madrid: La Ley - Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Power Manchego-Muñoz, J. (1990). *Constitución y estados de excepción*. Lima: Asociación Acción y Pensamiento Democrático.
- Rojas Chaves, M. (1998). *Opinión Jurídica 053-98*. Sistema Costarricense de Información Jurídica.
https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=7063&strTipM=T
- Sagüés, N. (1990). Derecho constitucional y derecho de emergencia. *Ius Et Praxis*, 16(016).
https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/3449
- Siles Vallejos, A. (2014). La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional. *Derecho PUCP*, (73), pp. 411-424.

EL CONCEPTO DE LEY EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
ABRIL DEL 2024, CON FM SERVIGRAF E.I.R.L.
CALLE EL ALHELÍ 108-B DPTO. 201, SURQUILLO,
TELÉFONO: 774-9972
LIMA, PERÚ

