

## EL RÉGIMEN DE LOS REGLAMENTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Jorge DANÓS ORDÓÑEZ\*

SUMARIO: I. *Concepto y fundamento de los reglamentos.* II. *Clases de reglamentos.* III. *Régimen constitucional.* IV. *Límites de la potestad reglamentaria.* V. *El control de los reglamentos.*

El propósito de la presente ponencia presentada en el Marco del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo es proporcionar una visión panorámica del régimen jurídico —legal de los reglamentos como fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico— administrativo peruano.

Los reglamentos constituyen una categoría de fuente del derecho integrada por una gran variedad de manifestaciones normativas (decretos, resoluciones, etcétera) que penetra en casi todos los ámbitos del ordenamiento jurídico y de la actividad administrativa, incluso con mayor intensidad que otras fuentes de mayor jerarquía, como las leyes, principalmente debido a la mayor precisión de su contenido y al carácter muchas veces técnico (especializado) de la materia que regulan.

Son varios los factores que han determinado el protagonismo (predominancia cuantitativa y cualitativa) de los reglamentos como fuentes del derecho respecto de las leyes o normas con ese rango:

1. La transformación del rol del Estado y por ende de la administración pública en la economía que ha pasado de desempeñar un rol activo en los mercados mediante su participación directa por medio de empresas estatales, a cumplir un rol mas bien de carácter regulador de la actividad de los agentes económicos, que se ha manifestado en el dictado de nume-

\* Profesor de Derecho administrativo en la Pontificia Universidad Católica de Perú; presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo.

rosa normativa la mayor parte de las veces de carácter reglamentario que tiene por finalidad establecer los marcos legales en que se desenvolverá la actividad económica sin afectar la iniciativa privada y la libre competencia.

2. La proliferación de fuentes productoras de reglamentos, generada por la creación de nuevas entidades administrativas (organismos públicos descentralizados, más conocidos por sus siglas OPDs) para desempeñar funciones en ámbitos especializados o materias de carácter esencialmente técnico (organismos reguladores de servicios públicos, etcétera) a las que se dota de potestades normativas para dictar reglamentos en las materias de su competencia.

3. El desarrollo del proceso de descentralización territorial, que en el Perú ha significado la constitución de 24 gobiernos regionales cuyas autoridades son directamente elegidas por los ciudadanos de su circunscripción, dotándoles de potestades para dictar normas con rango de ley (ordenanzas regionales) y normas de carácter reglamentario (decretos de presidencia regional), a lo que se suma la existencia de más de 1,800 municipalidades de carácter distrital o provincial, también democráticamente elegidas, con potestades cada una de ellas también para aprobar ordenanzas municipales que conforme a la Constitución tienen rango de ley en su respectiva circunscripción territorial y reglamentos mediante los decretos que dicta el alcalde de la respectiva municipalidad.

Sin embargo, a pesar de la enorme trascendencia cuantitativa y también cualitativa que los reglamentos tienen en el ordenamiento administrativo peruano, no han merecido una atención acorde a su importancia por parte de la doctrina nacional en la que todavía son escasos los trabajos sobre la materia, tampoco se ha producido un desarrollo jurisprudencial que defina o aclare los aspectos claves de la potestad reglamentaria, ni el marco legal vigente que regula los diferentes tipos de reglamentos establece con precisión sus elementos esenciales.

## I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS REGLAMENTOS

### 1. *Posición ordinamental de los reglamentos*

Los reglamentos constituyen fuentes del derecho que establecen reglas de carácter general, de jerarquía subordinada o inferior a las leyes o normas con dicho rango, que forman parte del ordenamiento jurídico. Se

dictan en ejercicio de una potestad (potestad reglamentaria) que sólo puede ser atribuida de manera expresa a los poderes públicos y otras entidades del Estado por la Constitución o por las leyes.

Se caracterizan porque asumen diversas denominaciones en función de la autoridad que los dicta pero tienen en común que se trata de normas jurídicas, que forman parte del ordenamiento legal, pero en calidad de normas de carácter subalternas o inferiores a las leyes.

## *2. Importancia de los reglamentos*

Los reglamentos ostentan una posición ordinal inferior a la ley en el sistema jurídico de fuentes del derecho. Pero a pesar de constituir fuentes secundarias son las más abundantes y regulan los aspectos centrales de los sectores del ordenamiento administrativo. La mayor parte de las veces para comprender o enterarse del régimen legal de una determinada materia o sector no es suficiente el estudio de la respectiva ley o normas con dicho rango que la regulan, más bien es indispensable el estudio del respectivo reglamento que establece las normas de desarrollo indispensables para viabilizar la aplicación y efectividad del respectivo régimen legal.

En el Estado moderno la importancia tradicionalmente asignada a las leyes debido a su primacía jerárquica sobre las fuentes del derecho de rango inferior como los reglamentos, se ha visto fuertemente afectada adicionalmente a las razones anotadas anteriormente, porque la mayor parte de las veces las materias que deben ser desarrolladas por los reglamentos son de carácter especializadas y técnicas, características que no permiten que puedan ser eficientemente abordadas por una asamblea parlamentaria en la que la necesidad de buscar los consensos políticos necesarios para aprobar una ley muchas veces importa el sacrificio de la claridad y precisión de su contenido, en aras de sumar voluntades para conseguir su aprobación. Precisamente la importancia de los reglamentos se acrecienta porque, sin apartarse del marco legal que les sirve de referencia debido a su carácter de norma subordinada, tienen la obligación de establecer las reglas que permitan hacer factible la aplicación del respectivo ordenamiento legal por parte de la administración y los privados que sean sus destinatarios, colaborando en garantizar la efectividad de las leyes.

### 3. *Diferencias entre reglamentos y actos administrativos*

En el ordenamiento jurídico peruano, a diferencia del de algunos otros países, el proceso de producción de los reglamentos esta sometido a un marco normativo diferente a la que regula el procedimiento de emisión de los actos administrativos, que esta establecido en la Ley núm. 27444 de Procedimiento Administrativo General.

Conforme se desarrollará mas adelante el régimen legal de los reglamentos que pueden dictar los órganos ejecutivos de los tres niveles de gobierno territorial en el Perú (gobierno nacional, gobiernos regionales y locales) es regulado por las leyes orgánicas que establecen la estructura y funcionamiento de los citados niveles, es decir las leyes que regulan al poder ejecutivo, a las regiones y a las municipalidades, y por algunas otras leyes especiales.

La Ley de Procedimiento Administrativo General peruana considera a los reglamentos dentro de la categoría de fuentes del derecho en un precepto dedicado a regular a las que denomina “fuentes del procedimiento administrativo”, mediante el cual se proclama la autonomía del ordenamiento jurídico administrativo, como integrante de un sistema orgánico, respecto de otras ramas del derecho, y se establece una relación de normas que tienen la calidad de fuentes del derecho. También establece que los principios generales de los procedimientos administrativos consagrados expresamente por dicha ley constituyen fuentes del derecho que deben ser tomados como marco de referencia obligado, de carácter legal, cuando se expidan reglamentos que desarrollen procedimientos administrativos especiales.

La clásica y primaria distinción de los actos administrativos y los reglamentos en función al carácter singular de uno y general del otro han sido desvirtuados por la doctrina y la realidad. Como se sabe existen reglamentos singulares como los que establecen las reglas de organización de una determinada entidad de la administración pública, tal es el caso de los denominados reglamentos de organización y funciones (ROF) de los organismos públicos, así como también existen actos administrativos generales, como es el caso de las convocatorias a licitaciones públicas que aunque están dirigidas a un número indeterminado de interesados, como bien señala Julio Comadira,<sup>1</sup> constituyen actos administrativos de alcance general de carácter no normativo. Esta clase de actos administrativos

<sup>1</sup> *La licitación pública (Nociones, principios, cuestiones)*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 7.

generales de contenido no normativo es indirectamente reconocida por las Ley núm. 27444 de Procedimiento Administrativo General que cuando regula la notificación de los actos administrativos mediante la modalidad de publicación en el *Diario Oficial*, hace referencia a los “actos administrativos que interesan a un número indeterminado de administrados no apersonados al procedimiento y sin domicilio conocido”.

Habida cuenta de ello, quizá el punto que pueda generar mayor confusión respecto del tema que se ha venido tratando sea la diferencia entre los actos administrativos generales y los reglamentos, en vista de que ambos tienen por objetivo común surtir efectos sobre una pluralidad o grupo indeterminado de sujetos.

A continuación pasaremos revista a los criterios comúnmente esbozados por la doctrina para trazar la línea divisoria entre un reglamento y un acto administrativo:

#### A. *Criterio de la abstracción o generalidad en sentido subjetivo u objetivo*

La primera y más elemental diferencia reside en la redacción utilizada. En principio, los reglamentos suelen utilizar un lenguaje impersonal, general y abstracto de situaciones concretas existentes. En cambio los actos administrativos se dirigen o tienen como objetivo un destinatario concreto, se refieren a una situación jurídica existente e individualizada o a una materia determinada; tal es el caso de la aplicación de una sanción administrativa, el otorgamiento de una licencia, el nombramiento de un funcionario, etcétera. Sin embargo, este criterio de indeterminación o no de los destinatarios, o de los supuestos de hecho al que el mandato se refiere, no siempre es definitivo porque puede llevar a calificaciones discutibles.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Sin embargo, es el criterio utilizado por el Decreto Supremo núm. 018-97-PCM que determina que normas deben publicarse en forma gratuita en el *Diario Oficial El Peruano*, que en su artículo 3o. establece lo siguiente: “..se entienden por normas de carácter general a aquellas a partir de cuyo texto no es posible identificar a las personas naturales o jurídicas específicas que deben obedecerlas, o a aquellas en cuyo beneficio han sido dictadas, y que dada la naturaleza del dispositivo, su contenido debe ser puesto en conocimiento de todas las personas, pues podría demandar de cualquiera de ellas, el cumplimiento de una obligación o un derecho, o generar otra consecuencia jurídica”.

### B. *Criterio ordinamental*

La diferencia más estimable en nuestra opinión, deriva de la naturaleza normativa del reglamento. En esa medida, el Reglamento tiene una vocación “ordinamental”, mientras que el acto administrativo (general) resulta ser algo “ordenado”. Como bien señalan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón-Fernández: “El reglamento innova el ordenamiento (deroga otro reglamento anterior, crea normas nuevas, habilita relaciones o actos hasta ese momento no previstos), el acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado o por dicho ordenamiento previsto”.<sup>3</sup>

En ese sentido, será reglamento toda actuación administrativa que se incorpore al ordenamiento jurídico cuyos preceptos trasciendan, en ese sentido, a un supuesto determinado; en cambio, aquella actuación administrativa que viene a concretar lo establecido anteriormente por una norma jurídica, será un acto administrativo.

### C. Criterio de la consunción.

Finalmente, el acto administrativo sea singular o general el círculo de sus destinatarios, se agota en su simple cumplimiento, se consume en este; por dicha razón, para un nuevo cumplimiento requiere que se dicte un nuevo acto administrativo.

En cambio, el reglamento en su calidad de dispositivo legal que forma parte del ordenamiento jurídico no se consume en su cumplimiento singular, porque es susceptible de infinidad de cumplimientos, debido a que como fuente del derecho sigue ordenando la vida social. Conforme a lo señalado por Lorenzo Martín–Retortillo:

...la actuación administrativa será un reglamento en cuanto se incruste en el ordenamiento jurídico y no en otro caso. La prueba de la consunción será su signo más significativo: si la actuación administrativa se consume en sí misma, estaremos ante un acto administrativo; si por el contrario, mantiene y extiende su valor preceptivo para sucesivos cumplimientos, estaremos ante una norma, ante un reglamento.<sup>4</sup>

Este último criterio es especialmente importante porque en la realidad administrativa es frecuente encontrar actos administrativos generales que

<sup>3</sup> *Curso de derecho administrativo*, Lima, Palestra, Temis, 2006, t. I, p. 198.

<sup>4</sup> “Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria a oposiciones”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 40, 1963, p. 249.

tienen por destinatarios a una pluralidad indeterminada de sujetos, que no deben confundirse con los reglamentos, tal es el caso de las resoluciones que determinan horarios o turnos de atención, establecen calendarios de pagos, declaran días feriados, etcétera.

Retomando el ejemplo de las convocatorias a los procedimientos administrativos de selección como sucede con las licitaciones o concursos públicos, señala el mismo Julio Comadira que:

...se trata de un acto de esencia no normativa porque sus efectos se agotan al cumplirse la finalidad perseguida, que no es otra que la lograr, sobre la base de una concurrencia pública e igualitaria, la presentación de la mayor cantidad posible de proponentes, de entre cuyas ofertas se seleccionará la más conveniente al interés público.<sup>5</sup>

En este punto, es conveniente recordar que la distinción entre reglamentos y actos administrativos no constituye un mero ejercicio teórico, porque tiene una enorme trascendencia jurídica y relevancia práctica debido a la diversidad de efectos y de regulación que de ambas figuras consagra el ordenamiento jurídico administrativo y que reseñamos a continuación:

Es importante tener presente que la potestad reglamentaria sólo la pueden ejercer aquellas autoridades, instancias u organismos de la administración pública que la tienen específicamente atribuida por el ordenamiento jurídico. La potestad reglamentaria no es un atributo natural de la administración pública. En cambio la potestad de dictar actos administrativos es una cualidad general de prácticamente toda instancia u órgano de la administración pública, porque constituye su modo normal de expresarse.

Conforme se comentará mas adelante, en el ordenamiento jurídico peruano la Constitución únicamente reconoce en forma expresa la potestad reglamentaria del presidente de la República, por ello para que otro nivel de gobierno, organismo, autoridad o instancia que forme parte del entramado organizativo que constituye la administración pública pueda dictar normas reglamentarias se requiere que dicha potestad le haya sido expresamente otorgada por alguna ley o dispositivo con ese rango. La titularidad de la potestad reglamentaria tiene un carácter estricto porque sólo

<sup>5</sup> *Op. cit.*, nota 1, p. 8.

corresponde a unos determinados órganos, específicamente determinados en nuestro ordenamiento jurídico.

La puesta en vigencia de los reglamentos requiere su publicación en el *Diario Oficial* o en el medio de publicidad que haya establecido la ley que regula su proceso de producción, en cambio la adquisición de eficacia de los actos administrativos no esta supeditada por regla general al requisito de su publicación en el *Diario Oficial*, sino al de su notificación a los interesados, conforme a las reglas establecidas en la Ley núm. 27444 de Procedimiento Administrativo General.<sup>6</sup>

El titular de la potestad reglamentaria, puede derogar o dejar sin efecto los reglamentos, en tanto que constituyen normas legales, con entera libertad en cualquier momento, pero siempre con eficacia hacia el futuro (*ex nunc*).

Por el contrario el régimen legal de los actos administrativos impide que la autoridad pueda dejarlos sin efecto de manera inopinada o injustificada, porque se busca garantizar los derechos que el acto administrativo haya podido generar a favor de los particulares. Por dicha razón es que la Ley núm. 27444 que regula el Procedimiento Administrativo General contiene en su título III (artículos 201-218) los mecanismos de revisión de los actos administrativos a pedido de parte (recursos administrativos), o de oficio, los que en determinados supuestos permiten que la declaratoria de nulidad del acto tenga efectos retroactivos.

Finalmente, los reglamentos y los actos administrativos tienen diferentes cauces procesales y requisitos para su impugnación. Así, mientras que para cuestionar la constitucionalidad y/o legalidad de los reglamentos la Constitución ha previsto el proceso constitucional de la acción popular que se tramita directamente ante el Poder Judicial, a pedido de cualquier persona sin necesidad de acreditar interés directo, en cambio para impugnar la legalidad o validez de los actos administrativos se debe acudir al proceso contencioso administrativo de competencia también del Poder Judicial, pero se requiere que previamente se agote la vía administrativa, es decir que el interesado interponga los recursos administrativos que la ley le franquea contra el acto administrativo cuestionado.

<sup>6</sup> Como bien señala Boquera Oliver: “Decimos que las resoluciones administrativas se notifican y que las disposiciones se publican. La notificación es una comunicación individual; la publicación, una comunicación general e impersonal”. “La publicación de disposiciones generales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 31, 1960. p. 76.

## II. CLASES DE REGLAMENTOS

La doctrina ha estudiado las diferentes clases de reglamentos que existen en el ordenamiento jurídico-administrativo estableciendo clasificaciones en función ya se trate de sus relaciones con las leyes o de las autoridades que son competentes para dictarlos.

### 1. *Clasificación en función de su relación con las leyes*

Esta clasificación reconoce dos grandes grupos de reglamentos que se diferencian según el grado de vinculación o subordinación con respecto de las leyes o normas con ese rango.

#### *A. Reglamentos ejecutivos*

Son aquellos reglamentos encargados de desarrollar o completar lo dispuesto en una ley. En tal sentido Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández señalan que:

La Ley contrae su regulación a enunciar unos principios básicos, en la que poder marcar sistemáticamente las grandes líneas directivas, dejando a la Administración que por medio de un reglamento precise todo el casuismo de desarrollo que puede exigir la situación o la compleja actuación administrativa sobre ella.<sup>7</sup>

Dos razones son básicamente las que sustentan la existencia de esta clase de reglamentos. En principio, la ya sugerida en el texto glosado, cual es, el que el casuismo generado en la práctica determine la constante renovación del reglamento. En ese sentido, resulta más eficiente que la ley, con su mayor vigor y dificultad de producción, sea la que mantenga los principios básicos mientras que el reglamento desarrolle y adapte aquella regulación que por las circunstancias pudiera resultar variable.

Por otro lado, resulta cierto también que debido a que los tecnicismos de la actuación administrativa en materias especializadas no tienen porque ser conocidos por los órganos dotados de potestades legislativas, razón por la que es más conveniente que la administración se ocupe de dicha regulación mediante los reglamentos ejecutivos.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, nota 3, p. 227.

La mayor parte de los reglamentos existentes en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo corresponde a la categoría de reglamentos ejecutivos, que son dictados por los organismos, autoridades o instancias administrativas dotadas de potestad reglamentaria para establecer las normas de desarrollo o complementarias que hagan viable la aplicación o cumplimiento de las leyes u otras fuentes con dicho rango normativo.

### *B. Reglamentos independientes o autónomos*

Son aquéllos que se emiten sin encontrar respaldo en alguna ley, es decir, a diferencia de los reglamentos ejecutivos, no complementan ni desarrollan ninguna ley porque surgen al margen de las leyes sobre materias no reguladas por leyes y careciendo de autorización, habilitación o apoderamiento alguno por parte de estas.

Los reglamentos independientes no pueden incursionar en materias que la Constitución reserva su desarrollo a ley, como sucede con la materia penal, la tributaria y lo relativo al presupuesto, en las que existe una virtual interdicción a la citada clase de reglamentos.

Respecto del campo de actuación de los reglamentos independientes o autónomos existen dos posiciones en la doctrina de derecho administrativo. Un sector afirma que los citados reglamentos sólo son admisibles en el ejercicio de la potestad organizatoria y por lo tanto en el ámbito interno de la administración pública. Se dictan con base en la potestad de autoorganización que generalmente se le reconoce a las entidades administrativas para el cumplimiento de las finalidades públicas establecidas por el ordenamiento jurídico. Se parte del presupuesto de que las entidades que forman el complejo entramado de la administración pública están en capacidad de organizarse a efectos de poder satisfacer de la manera más eficiente la tarea de proteger los fines públicos que tienen encomendados.

Para dicho sector de la doctrina, los reglamentos independientes no pueden incursionar en el ámbito normativo externo de la administración que pueda implicar la definición abstracta de deberes, obligaciones y responsabilidades para los particulares, porque se trata de materias que están reservadas constitucionalmente a las leyes. No cabe que el Poder Ejecutivo u otros organismos o instancias a quienes las leyes les otorgan potestad reglamentaria dicten reglamentos independientes u autónomos asumiendo potestades de regulación que la Constitución sólo confiere a los poderes que tienen atribuidas potestades legislativas.

En el ordenamiento administrativo peruano constituyen ejemplos que responden al concepto de reglamentos independientes dictados para regular con carácter básicamente interno la actuación de la administración: el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos dictado mediante Decreto Supremo núm. 006-67-SC que fuera la primera norma de procedimiento administrativo general aprobada en nuestro país, cuyo proyecto original fue elaborado con el propósito de convertirse en un proyecto de ley que debería ser presentado por el Poder Ejecutivo para su aprobación por el Congreso, pero que el gobierno de entonces prefirió dictarlo como un reglamento independiente para regular la actuación de la administración pública y sus relaciones con los particulares; también ha sido el caso de los denominados Reglamento Único de Adquisiciones (RUA) y del Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCOP) que rigieron durante las décadas de los ochenta y gran parte de los noventa del siglo pasado regulando los procedimientos administrativos de selección (licitaciones y concursos) mediante los cuales el Estado contrataba la adquisición de bienes, servicios y la realización de obras públicas; otro ejemplo de reglamento independiente es el denominado Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los bienes de propiedad estatal aprobado mediante Decreto Supremo núm. 154-2001-EF que regula el régimen de adquisición, disposición y administración de los bienes estatales que están obligados a observar las entidades de la administración pública.<sup>8</sup>

Para un segundo sector de la doctrina no existe fundamento para que los reglamentos independientes tengan que circunscribir su alcance al ámbito interno de la organización administrativa, porque pueden dictarse para regular cualquier materia que no este reservada constitucional o legalmente a ley, aunque sujetándose claro está al marco constitucional y legal, sin perjuicio de que posteriormente las materias objeto de regulación mediante dichos reglamentos independientes puedan pasar a ser reguladas mediante ley en virtud de su superior rango.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> En el mismo sentido Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, Lima, 2004, p. 90, también Guzmán Napuri, Christian, *La administración pública y el procedimiento administrativo general*, Lima, Pagina Blanca Editores, 2004, p. 145.

<sup>9</sup> Gallego Anabitarte, Alfredo y Menéndez Rexach, Ángel, “Comentarios al artículo 97 CE Funciones de Gobierno”, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, 1998, t. VIII, pp. 190 y 195.

En abono de esta última tesis, cabe recordar que en el ordenamiento administrativo peruano existen casos en que mediante reglamentos independientes se establecen normas de obligatorio cumplimiento para los particulares aunque carecen de cobertura directa en una norma con rango legal. Así sucede con algunos reglamentos que aprueban normas de carácter esencialmente técnico de carácter vinculante para los sujetos comprendidos en su ámbito de normación. Tal es el caso del Reglamento Nacional de Edificaciones que establece las normas técnicas para la construcción de edificaciones, las que no desarrollan ninguna ley que les haya servido de referencia, pero que tienen carácter obligatorio para los particulares por mandato de otras normas legales, como las que regulan el régimen de las licencias administrativas municipales que otorgan las municipalidades para que los particulares puedan realizar actividades de construcción.

En este punto conviene traer a colación que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano ha recogido la distinción entre reglamentos de ejecución y reglamentos independientes:

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.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Expedientes Acumulados núm. 0001/0003-2003-AI/TC, del 4 de julio del 2003, proceso de inconstitucionalidad contra el artículo de una ley que dispone que la inscrip-

## 2. *Clasificación en relación con las autoridades titulares de la potestad reglamentaria*

En el ordenamiento jurídico administrativo peruano el ejercicio del poder reglamentario da lugar a la expedición de normas que participan de las características propias de todo reglamento, es decir se trata de disposiciones de carácter general, abstractas e impersonales, de rango subordinado o inferior a las normas con rango de ley, que pueden ser aprobados formalmente por normas con diversas denominaciones en función del nivel de gobierno, organismo o autoridad que las emite.

Sin perjuicio de que más adelante se describirá con mayor precisión el régimen legal que regula las diversas clases de reglamentos consideramos conveniente adelantar una relación de los reglamentos clasificados en función del nivel o ubicación en la estructura del Estado de la entidad u organismo que los emite.

### *A. Reglamentos nacionales dictados por el Poder Ejecutivo y los organismos que lo integran*

Generalmente son aprobados mediante decreto supremo con participación del presidente de la República con el refrendo de uno o varios ministros, pero cuando las leyes confieren poder reglamentario a otros funcionarios o entidades que forman parte del gobierno nacional lo normal es que aprueben los respectivos reglamentos mediante resoluciones que usualmente también sirven para dictar actos administrativos, por lo tanto, es usual que reglamentos y actos administrativos suelen tener la misma denominación. Tal es el caso de los ministros que cuando están facultados para dictar reglamentos los aprueban mediante resoluciones ministeriales, también de los órganos de línea que forman parte de los ministerios que recurren a las resoluciones directorales y de los organismos públicos descentralizados: OPDs que emiten resoluciones del Consejo Directivo o resoluciones del titular en función de la modalidad específica de organización administrativa que pueden denominarse resoluciones jefaturales, resoluciones de presidencia o resoluciones del superintendente.

ción registral de determinados inmuebles se realizará mediante formulario registral y no necesariamente escritura pública.

*B. Reglamentos dictados por los organismos autónomos establecidos por la Constitución*

Tal es el caso de los reglamentos que para regular las funciones atribuidas por la Constitución o por las leyes orgánicas que los regulan dictan mediante resolución el titular de la Superintendencia de Banca y Seguros, el director del Banco Central de Reserva en materia de encaje bancario, el pleno del Tribunal Constitucional y el titular de la Contraloría General de la República.

*C. Reglamentos dictados por los gobiernos regionales*

Conforme a la Ley Orgánica de Regiones la potestad para reglamentar las respectivas ordenanzas regionales corresponde al presidente regional quien podrá dictar con dicho propósito decretos de presidencia regional.

*D. Reglamentos dictados por los gobiernos locales o municipalidades*

Potestad que conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades corresponde ser ejercida por el respectivo alcalde para reglamentar las ordenanzas municipales mediante decretos de alcaldía.

*3. Las denominadas instrucciones de servicio o circulares*

Se trata de directivas que en función del poder autoorganizativo que se le reconoce a la administración pública, las autoridades superiores imponen a sus órganos inferiores, para dirigir y coordinar su actividad, estableciéndoles parámetros a través de órdenes jerárquicas. Al respecto, la doctrina reconoce tres tipos de órdenes:

- a) Las de carácter informativo, mediante las cuales el órgano superior advierte a los inferiores de la ocurrencia de hechos relevantes para el ejercicio de la actividad.
- b) Las de carácter directivo, mediante las cuales imponen a los órganos inferiores los objetivos concretos o parámetros de eficacia que deben lograr en determinados campos de su actividad.

- c) Las de carácter preceptivo, mediante las cuales el órgano superior establece líneas concretas de actuación en un momento determinado o criterios de resolución ante una situación específica, como sucede con los lineamientos resolutivos que aprueban algunas entidades.<sup>11</sup>

Es importante tener presente que las circulares u órdenes de servicio no son reglamentos y por tanto no constituyen fuente del derecho, porque tienen relevancia sólo en el ámbito interno de la administración y no vinculan a las personas ajenas a la organización administrativa, por tanto no se insertan en el ordenamiento jurídico.<sup>12</sup> En otras palabras, las circulares no constituyen manifestación de la potestad reglamentaria sino del principio interno de jerarquía que rige la organización de las entidades administrativas, por tanto dictarlas puede considerarse una potestad inherente o implícita de toda organización administrativa, a diferencia de los reglamentos que sólo pueden ser expedidos por las autoridades u órganos a los que el sistema normativo atribuye potestad reglamentaria.

Consecuentemente, sus efectos refieren al deber de obediencia que se exige de los órganos inferiores hacia los superiores, por lo que, la inobservancia de su contenido podría determinar la iniciación de un procedimiento disciplinario.

En el ordenamiento peruano la Ley de Procedimiento Administrativo General ha regulado en el artículo VII de su título preliminar el régimen de las circulares o instrucciones de servicios:

Artículo VII. Función de las disposiciones generales:

1. Las autoridades superiores pueden dirigir u orientar con carácter general la actividad de los subordinados a ellas mediante circulares, instrucciones y otros análogos, los que sin embargo, no pueden crear obligaciones nuevas a los administrados.

2. Dichas disposiciones deben ser suficientemente difundidas, colocadas en lugar visible de la entidad si su alcance fuera meramente institucional, o publicarse si fuera de índole externa.

<sup>11</sup> Santamaria Pastor, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, t. 1, p. 318.

<sup>12</sup> Dice Boquera Oliver, José Ma., “Los reglamentos son fuente del derecho; las instrucciones y circulares no crean derecho, sino que ayudan a su aplicación”, *op. cit.*, nota 6, p. 73.

3. Los administrados pueden invocar a su favor estas disposiciones, en cuanto establezcan obligaciones a los órganos administrativos en su relación con los administrados.

Como se puede apreciar la norma legal glosada recoge los caracteres básicos de las circulares o instrucciones, que constituyen órdenes que el superior jerárquico en una organización administrativa puede emitir para regular internamente la conducta de los órganos inferiores subordinados (normas internas), pero que no vinculan a los administrados, quienes no están obligados a cumplirlas, sin embargo pueden reclamar a su favor la observancia de tales disposiciones internas en los casos que contengan obligaciones que los órganos administrativos deben cumplir en sus relaciones con los administrados, lo que les faculta a impugnar un decisión de la administración que contravenga el criterio contenido en una circular imputándole ilegalidad por contravenir el principio de jerarquía organizativa.

Finalmente, las circulares o instrucciones no requieren publicarse por no ser verdaderas normas jurídicas y por tratarse más bien de expresiones de la capacidad de organización interna de la administración, por ello se considera suficiente con que el inferior jerárquico haya tomado conocimiento de ellas. Sin embargo el numeral 2 del precepto correspondiente de la Ley de Procedimiento Administrativo General establece que las citadas disposiciones internas deben publicarse si su alcance fuera externo lo cual debe interpretarse no en el sentido de que pueda generar obligaciones a sujetos ajenos a la administración pública, efecto que les estaría vedado por no tratarse de verdaderas normas jurídicas o fuentes del derecho, sino que deben ser puestas en conocimiento de otras entidades de la administración pública que estarían vinculadas por sus mandatos. Así sucede con las circulares que se dictan referidas a los denominados sistemas administrativos y las que se emiten para dictar instrucciones sobre materia vinculado a lo presupuestal.

#### *4. Otras figuras que no constituyen reglamentos*

En este punto conviene aclarar que no constituyen reglamentos los criterios interpretativos de una norma legal establecidos por un órgano de la administración pública. Tal es el caso de la administración tributaria que conforme al artículo 94 del Código Tributario, a pedido de determinados

sujetos legitimados puede expedir resoluciones que interpreten de modo general el sentido de una norma legal. Estas interpretaciones no se realizan en ejercicio de potestad reglamentaria alguna, por tanto no generan obligaciones para los particulares, puesto que sólo sirven para que se tome conocimiento de los criterios interpretativos con base en los cuales las entidades administrativas aplicaran las normas legales.

Tampoco son producto del ejercicio de potestades reglamentarias los denominados lineamientos jurisprudenciales, que expiden las instancias de la administración pública, encargados de resolver controversias, como es el caso de los tribunales administrativos. Tales lineamientos recogen y sistematizan los criterios interpretativos que se construyen a partir de los casos particulares que han sido resueltos por los tribunales administrativos mediante los cuales se aclara el sentido de una norma legal. Los citados lineamientos vinculan sólo a las autoridades comprendidas en la orbita de las entidades que los expiden pero no obligan a los particulares porque no tienen calidad de fuente del derecho. Tienen por finalidad hacer predecible el sentido del pronunciamiento final en el procedimiento de reclamo que pueda iniciar un consumidor. En los últimos años, los principales lineamientos han sido dictados a partir de la jurisprudencia expedida por tribunales administrativos que forman parte de los organismos reguladores de servicios públicos, tal es el caso de los lineamientos que expiden la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios (JARU) que forma parte del regulador de servicios de energía (OSINERGMIN).<sup>13</sup>

### III. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

La potestad reglamentaria como toda potestad gubernativa esta consagrada de manera expresa en la Constitución peruana y sólo puede ser atribuida inmediata o mediatamente por la Constitución. A continuación pasaremos revista al régimen de la potestad reglamentaria conforme a la norma constitucional.

<sup>13</sup> “Parte I de los lineamientos resolutivos de la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios —JARU—”, aprobada mediante Resolución de sala Plena núm. 001-2006-OS/JARU, publicada en *Separata Especial del Diario Oficial El Peruano* del 22 de septiembre de 2006.

### 1. *Potestad reglamentaria del presidente de la República*

La única norma constitucional que atribuye de manera explícita y directa la potestad reglamentaria a un órgano de gobierno es el artículo 118 que establece una relación de atribuciones del presidente de la República y cuyo numeral 8 se refiere a la citada potestad con el siguiente tenor:

Artículo 118. Corresponde al presidente de la República:

8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones...

El precepto constitucional citado atribuye potestad reglamentaria al presidente de la República en su calidad de jefe de Estado y jefe de gobierno, como órgano titular primario y general de la misma.

Por mandato constitucional el presidente de la República es titular de la potestad reglamentaria, pero no puede ejercerla individualmente, porque existen otros preceptos en la Constitución que disponen que requiere el acuerdo con sus ministros, individualmente considerados o en consejo de ministros. Tal es el caso del artículo 120 que sanciona con nulidad los actos del presidente de la República que carecen de refrendación ministerial, razón por la que el dictado de reglamentos por el presidente necesita del refrendo de uno o más ministros. Como se sabe la obligatoriedad de contar con el refrendo ministerial para que los actos del presidente tengan validez jurídica es una institución importada de sistemas políticos de raigambre parlamentaria que tiene por finalidad permitir el control parlamentario de los actos de gobierno mediante la correspondiente asignación de responsabilidad al o a los ministros que acompañan al presidente en sus decisiones.

También es importante tener presente que el numeral 3 del artículo 123 de la Constitución dispone que al presidente del Consejo de Ministros le corresponde entre otras funciones: “refrendar ...los demás decretos y resoluciones que señalan la Constitución y la ley” y en el mismo sentido el numeral 3 del artículo 125 establece que le corresponde al Consejo de Ministros en pleno aprobar “...los decretos y resoluciones que dispone la ley”, preceptos constitucionales que por un lado remiten a otras normas de la propia Constitución que disponen la necesidad de que determinadas decisiones de gobierno, que se formalizarán jurídicamente mediante decretos supremos, debido a su importancia y trascendencia se

adopten con la aprobación del Consejo de Ministros, tal es el caso de la autorización a que se refiere el artículo 71 de la Constitución para que los extranjeros puedan adquirir o poseer dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras minas, bosques, tierras, aguas, combustibles o fuentes de energía, en "...caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley", y del artículo 137 que establece que la declaratoria de cualquiera de las dos modalidades de estados de excepción (Estado de emergencia o Estado de sitio) es declarada por "El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros..." mediante decretos supremos.

Asimismo, los citados preceptos constitucionales también habilitan a las leyes para disponer en que casos es obligatorio que el dictado de un decreto supremo requiera del acuerdo del Consejo de Ministros en pleno, lo que entendemos constituye una forma de control que obliga al presidente a requerir la aprobación de sus ministros para la expedición de determinados decretos. No son escasos los ejemplos de normas legales que han establecido la exigencia que el dictado de algunos decretos supremos se realice contando con la aprobación del Consejo de Ministros en pleno, tal es el caso de la Ley núm. 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, que en su artículo 13 dispone que la fusión de organismos del gobierno nacional se realice por decreto supremo y que los reglamentos de organización y funciones de los citados organismos también se aprueben mediante decreto supremo, en ambos casos contando con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, lo que se justifica debido a la trascendencia de las citadas decisiones y a la necesidad de que puedan evaluarse multisectorialmente por todos los ministros.

En otros casos mediante leyes se ha dispuesto que el dictado de ciertos reglamentos por el presidente de la República requiere necesariamente del concurso ya no del Consejo o de cualquier ministro, sino exclusivamente de determinados ministros, lo que se justifica en la necesidad de que participe el Ministro a cargo del sector en el que va a regir o tener incidencia la norma que se va a aprobar. Así sucede con numerosas leyes aprobadas en los últimos años, en las que se establece que el respectivo reglamento deberá ser dictado con el refrendo de determinados Ministros, o con normas como el artículo XIV del título preliminar del Código Tributario, que establece que toda norma reglamentaria que verse sobre materia tributaria requiere ser dictada con el refrendo del Ministro de Economía y Finanzas.

Al respecto cabe traer a colación que el numeral 2 del artículo 3o. de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, establece de conformidad con la Constitución que los decretos supremos “Pueden requerir o no de la aprobación del Consejo de Ministros según disponga la ley. En uno y otro caso son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o mas ministros, según su naturaleza...”.

En lo que se refiere a la extensión material de la potestad reglamentaria, en principio el presidente de la República puede dictar reglamentos sin necesidad de expresar habilitación legislativa, porque su potestad constituye una autorización general de potestad reglamentaria, desprovista de condicionamientos, conferida directamente por la Constitución. Por tal razón las leyes sobreentienden que el presidente de la República esta facultado por la Constitución para dictar el correspondiente reglamento de desarrollo y usualmente se limitan a establecer qué ministros deben participar en su refrendo y los plazos para dictarlo.

Existen materias que la Constitución dispone que deban ser aprobadas directamente por el gobierno mediante decreto supremo, sin requerir el concurso de una ley previa que les sirva de marco de referencia. Tal es el caso de los artículos 71 y 137 anteriormente analizados y del primer párrafo del artículo 74 de la Constitución en la parte que dispone que la aprobación de los tipos tributarios denominados aranceles y tasas “...se regulan mediante decreto supremo”. Independientemente de que se pueda discutir si los decretos supremos que se dictan con base en los preceptos constitucionales citados constituyen verdaderos reglamentos independientes o autónomos, conforme a la clasificación estudiada anteriormente,<sup>14</sup> lo cierto es que confieren competencia al gobierno para desarrollar mediante decretos supremos determinadas materias, estableciendo una suerte de reserva de administración consagrada constitucionalmente, lo que no impide que mediante leyes se puedan establecer algunas reglas o pautas para el dictado de tales decretos supremos, pero sin desconocer que el núcleo esencial de la decisión corresponde al Poder Ejecutivo por mandato de la Constitución.

<sup>14</sup> Boquera Oliver distingue los conceptos de reglamentos independientes y reglamentos autónomos, para este autor sólo serían reglamentos autónomos los que se puedan dictar con base en una reserva reglamentaria establecida por la Constitución. “Enjuiciamiento e inaplicación judicial de Reglamentos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 40, pié de página núm. 9. También Fernández Farreres, Germán, “Medidas de seguridad y vigilancia en cajas, bancos, cajas de ahorro y otras entidades”, *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, pié de página 16, p. 2578.

Partiendo de la premisa de que los alcances materiales de la potestad reglamentaria están determinados por la Constitución cuando reserva la regulación de determinadas materias en la ley (tributario, penal, etcétera) o cuando algunas materias son objeto de reserva legal por estar reguladas en una ley, temas que se analizarán en la parte que trata de las relaciones entre reglamento y ley; cabe preguntarse si existen materias en las que este vedado que el presidente de la República pueda dictar reglamentos, aunque se trate de reglamentos ejecutivos o de desarrollo que no deben apartarse del marco establecido por las leyes. En opinión de algunos autores,<sup>15</sup> que nosotros compartimos, aunque la Constitución no lo establezca o las normas legales lo prohíban, en principio no sería posible que el gobierno pueda expedir reglamentos de leyes sobre materias no administrativas, es decir de carácter en estricto civil o de normas que regulan procesos que se tramitan ante el Poder Judicial. En el primer caso, la restricción se justifica en las materias cuya determinación está librada a la autonomía de la voluntad de los participantes y que por tanto no requieren de la intervención normativa del Poder Ejecutivo. Esto explica por qué el Código Civil es un cuerpo legal que carece de reglamentos. En el caso de normas procesales, la no intervención de la potestad reglamentaria del presidente se justifica en la necesidad de garantizar la autonomía de los órganos jurisdiccionales, que podría ser afectada si se permitiera que el Poder Ejecutivo dicte reglamentos que desarrollen las normas procesales. En nuestra opinión existe fundamento constitucional suficiente (libertad personal, autonomía del Poder Judicial, etcétera) para justificar que el gobierno esta impedido o sujeto a graves restricciones para dictar reglamentos sobre las citadas materias (civil y procesal), a pesar de la amplitud con que el numeral 8 del artículo

<sup>15</sup> Dice Rebollo Puig, Manuel, “El principio de juricidad impide ejercer la potestad atribuida en el artículo 97 (de la Constitución Española) para dictar reglamentos sobre materias no administrativas, es decir, sobre aquellas en que la Administración no desarrolla ninguna función, sino que están confiadas íntegramente a los particulares o a otros poderes públicos”. “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, pp. 112 y 113. Participa de la misma opinión Morón Urbina, Juan Carlos, “...la administración no puede pretender reglamentar normas legales que no corresponda aplicar..., esto es, que sea un asunto normativo administrativizado, en el sentido que es la Administración la llamada a ejecutarlo. No toda ley es susceptible de reglamentación”. “Aportes para el estudio del nuevo régimen de la acción popular en el código procesal constitucional”, *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Grijley, 2005, p. 1098.

188 atribuye potestad reglamentaria al presidente de la República,<sup>16</sup> sin embargo, no negamos la posibilidad de que puedan presentarse situaciones en las que leyes que regulen las materias referidas puedan demandar expresamente la colaboración de los reglamentos en el desarrollo de sus contenidos.

## 2. *Potestad reglamentaria de las regiones y de los gobiernos locales*

Respecto de los otros órganos de gobierno de carácter territorial, como son las regiones y las municipalidades, la Constitución no contiene una atribución neta y clara de potestad reglamentaria como sí lo hace con el presidente de la República. Más bien se limita a conferir de manera abstracta dicha potestad, en los preceptos constitucionales que reconocen a las regiones y a las municipalidades “...autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia” (artículos 191 y 194), otorgándoles funciones de gobierno y de administración en los territorios de sus respectivas colectividades.

Conforme ha señalado el Tribunal Constitucional peruano,<sup>17</sup> el artículo 43 de la Constitución política consagra un modelo de Estado “unitario y descentralizado”, que constituye un régimen diferente al de un Estado de carácter unitario centralizado que supone un ordenamiento jurídico en el que la única autoridad investida con potestades normativas es el gobierno central y en el que los restantes órganos de gobierno descentralizados “no gozan de verdadera autonomía, pues si bien tienen importan-

<sup>16</sup> Aunque referido a la Constitución de 1979, que sin embargo contenía una regulación del régimen de los reglamentos similar a la Constitución de 1993 vigente, recordamos que en el año 1990 se dictó el Decreto Supremo núm. 024-90-JUS, anunciado como reglamentario de la Ley 23506, Ley reguladora de los procesos constitucionales de habeas corpus y de amparo para la tutela de derechos constitucionales. Sin embargo el mencionado reglamento fue duramente cuestionado porque establecía regulaciones al trámite de los citados procesos restringiendo las potencialidades de los mismos en beneficio de los órganos de poder quienes precisamente eran demandados mediante las citadas acciones de garantía. Por dichas razones el Congreso aprobó la Ley núm. 25398, complementaria de la citada Ley núm. 23506, en la cual recogió prácticamente la totalidad del citado reglamento, que fue dejado sin efecto.

<sup>17</sup> En la Sentencia del 27 de septiembre del 2005 recaída en los expedientes acumulados núms. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC que resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra una ordenanza regional, publicada en el *Diario Oficial* del 30 de setiembre del 2005, p. 301327.

tes potestades reglamentarias y ejecutivas, éstas, finalmente reducen su cometido a la ejecución de las leyes estatales”,<sup>18</sup> es decir de un único ordenamiento jurídico.

Por el contrario, dice el Tribunal Constitucional que la Constitución peruana vigente confiere a los gobiernos descentralizados de carácter territorial no sólo autonomía administrativa y económica, sino también política, que se manifiesta tanto en la elección de sus órganos de gobierno por sufragio directo, como en la potestad de dictar normas con rango de ley, conforme lo establece en el numeral 4 del artículo 200 que considera a las normas de mayor jerarquía que pueden dictar las regiones y las municipalidades dentro de la relación de normas “que tienen rango de ley” a efectos de su control constitucional.<sup>19</sup>

Para el Tribunal Constitucional peruano “la autonomía política-normativa de los gobiernos descentralizados conlleva la facultad de crear derecho y no sólo de ejecutarlo”, lo que genera la introducción de subsistemas normativos (nacional, regional y local) al interior del ordenamiento jurídico peruano, razón por la que la solución de los conflictos entre normas nacionales (leyes), regionales (ordenanzas regionales) y locales (ordenanzas municipales) del mismo rango exige que la articulación de las fuentes del derecho nacional, regional y local no se realice exclusivamente bajo los alcances del clásico principio de jerarquía, sino a través del principio de competencia, porque se trata de fuentes que tienen un ámbito competencial diferente.

En cuanto a las regiones, la Ley núm. 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales establece que corresponde al respectivo Consejo Regional en su calidad de órgano legislativo y fiscalizador aprobar las ordenanzas regionales que tienen por objeto normar asuntos de carácter general o que son materia de su competencia, la organización y la administración del gobierno regional. A la presidencia regional corresponde dictar los decretos regionales que constituyen normas reglamentarias para la ejecución de las ordenanzas regionales, que establecen los procedimientos necesarios para la administración regional y resuelven o regulan

<sup>18</sup> Fundamento jurídico núm. 38.

<sup>19</sup> Constitución: Artículo 200 “Son garantías constitucionales: ...núm. 4) La acción de inconstitucionalidad, 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 y el fondo”.

asuntos de orden general y de interés ciudadano. Las citadas normas regionales deben publicarse en el *Diario Oficial El Peruano*, también en el diario encargado de las publicaciones judiciales en la capital de la región y deben incluirse además en el portal electrónico del respectivo gobierno regional.

A nivel municipal según lo dispone la Ley núm. 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, corresponde a los respectivos consejos de las municipalidades distritales o provinciales, en virtud de su rol de órgano legislativo y fiscalizador de las citadas entidades de gobierno local, aprobar las ordenanzas municipales que en las materias de su competencia son las normas de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa.

Corresponde al alcalde de la respectiva municipalidad aprobar los decretos de alcaldía que constituyen las normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas municipales, 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 Consejo Municipal. Las citadas normas municipales deben publicarse por regla general en el diario encargado de las publicaciones judiciales de cada jurisdicción, salvo en el caso de las municipalidades distritales y provinciales del departamento de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao que deben publicar sus ordenanzas y los decretos de alcaldía en el *Diario Oficial El Peruano*.

Recapitulando, en el ordenamiento jurídico peruano a los titulares de los órganos ejecutivos (presidente regional y alcalde municipal) de las regiones y municipalidades se les atribuye potestades reglamentarias, para que mediante decretos regionales o decretos de alcaldía, dicten disposiciones de desarrollo o que faciliten la ejecución de las ordenanzas regionales y ordenanzas municipales, normas a las que se les reconoce rango de ley en su respectivo ámbito competencial y circunscripción territorial. Dicha potestad reglamentaria deriva en forma implícita de la Constitución que otorga a los citados gobiernos descentralizados autonomía política que conlleva la capacidad para dictar las citadas normas con rango de ley y que por extensión puede entenderse que comprende la potestad de dictar las correspondientes disposiciones reglamentarias.

### 3. *Potestad reglamentaria de los organismos constitucionales autónomos*

La Constitución peruana consagra un conjunto de organismos que constituyen una categoría a los que se le reconoce en forma expresa autonomía para gestionar las competencias encomendadas, son entidades que no forman parte de la trilogía clásica de los poderes del Estado, ni de los tres niveles de gobierno descentralizado (nacional, regional y local).

Los organismos constitucionales autónomos tienen en común estar consagrados por la Constitución, de la cual reciben directamente su estatus y sus competencias esenciales, y es la misma Constitución la que configura la composición y la forma de designación o elección de sus órganos directivos, para garantizar su autonomía respecto de los poderes políticos.<sup>20</sup>

Se les atribuye competencia para ejercer funciones estatales de carácter muy variado y especializado, algunas son esencialmente de carácter administrativo (Banco Central de Reserva, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Oficina Nacional de Procesos Electorales), otras consisten en la supervisión de determinados mercados (Superintendencia de Banca y Seguros), otras son de carácter jurisdiccional o vinculadas a dicha función (es el caso del Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, el Ministerio Público y el Consejo Nacional de la Magistratura), también de tutela de los derechos fundamentales (Defensoría del Pueblo), y funciones de control de la administración pública (Contraloría).

La Constitución no atribuye en forma expresa potestad reglamentaria a los citados organismos constitucionales autónomos, pero consideramos que al igual que con las regiones y municipalidades, puede entenderse consagrada en forma implícita en tanto que les otorga autonomía para

<sup>20</sup> Sobre el concepto de organismo constitucional García Pelayo, Manuel, "El status del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1, 1981, p. 20; Gómez Montoso, Ángel J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 310; Trujillo Rincón, María Antonia, *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1995, p. 42; Danós O., Jorge, "Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional", *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, núm. 10, CAJ, p. 290, y Donayre M., Christian, "Entre la autonomía y la autarquía del Jurado Nacional de Elecciones: la irreversibilidad de sus decisiones en sede jurisdiccional en cuestión", *Revista de Derecho*, Lima, núm. 59, PUCP, 2007, p. 118.

cumplir las funciones encomendadas. Sin embargo, coincidimos con Santamaría Pastor<sup>21</sup> que el citado reconocimiento tácito por parte de la Constitución de potestad reglamentaria a los organismos constitucionales no es suficiente, porque se requiere de una norma de rango legal que precise los alcances y la forma del ejercicio de dicha potestad reglamentaria. Este rol ha sido cumplido por las leyes orgánicas que por mandato de la Constitución regulan la estructura y funcionamiento de cada uno de los citados organismos constitucionalmente autónomos,<sup>22</sup> precisando el órgano al que le compete ejercer la potestad reglamentaria (titular o director), las materias que puede desarrollar, el tipo normativo (resoluciones, o directivas y circulares con carácter normativo) y la forma de darles publicidad.

Las normas que pueden dictar estos organismos constitucionalmente autónomos tienen carácter infralegal, es decir rango subordinado a la ley, por tanto deben ser compatibles con el ordenamiento jurídico nacional, pero no siempre se restringen a la aprobación de reglamentos de organización interna o reglamentos de ejecución o de desarrollo de leyes, mas bien en algunos casos en ejercicio de las competencias conferidas por la Constitución o establecidas por leyes, dictan reglamentos independientes que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano citada anteriormente “...se encuentran destinados a reafirmar, mediante la auto-disposición, la autonomía e independencia que la ley o la propia Constitución asignan a determinados entes de la administración, o, incluso a normar dentro de los alcances que el ordenamiento legal les concede, pero sin que ello suponga desarrollar directamente una ley”.

La jurisprudencia posterior el Tribunal Constitucional peruano ha reafirmado en términos generales la potestad de los organismos constitucionales autónomos para dictar reglamentos en lo siguientes términos:

<sup>21</sup> “...la atribución de la potestad reglamentaria puede ser hecha tanto en forma expresa... como implícita, esto es, mediante el otorgamiento a un ente u órgano de un estatus jurídico general que presupone necesariamente la tenencia de una cierta potestad normativa (así, el reconocimiento de autonomía); pero, en tal caso, la norma que reconozca tal status debe ser inexcusablemente precisada a nivel inferior, por otra que especifique, cuando menos, el ámbito de ejercicio de dicha potestad reglamentaria”, *Fundamentos de derecho administrativo I*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, p. 718.

<sup>22</sup> Constitución. Artículo 106 “Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución...”.

Ahora bien, es necesario considerar que en nuestro modelo constitucional algunos órganos constitucionales también expiden reglamentos, y si bien, en rigor no son aquellos a los que alude el inciso 8 del artículo 118 de la Constitución, es evidente que tales reglamentos también constituyen fuente normativa porque desarrollan diversos ámbitos de sus leyes orgánicas o leyes de creación.<sup>23</sup>

En el Perú los organismos constitucionales autónomos ejercen potestad reglamentaria conforme a la regulación contenida en sus respectivas leyes orgánicas: el Banco Central de Reserva en el artículo 4o. del Decreto Ley núm. 26123 que establece que las disposiciones de carácter general que emita el Banco en ejercicio de sus funciones se denominan Circulares, son publicadas en el *Diario Oficial* y son de obligatorio cumplimiento; la Superintendencia de Banca y Seguros regulada por la Ley núm. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, que en el artículo 349 contienen varios numerales (7, 8, 9 y 10) que facultan a su titular, el Superintendente, para dictar reglamentos en ejercicio de sus atribuciones; el Jurado Nacional de Elecciones que en el inciso l) del artículo 5o. de la Ley núm. 26486 se le atribuye potestad para dictar la reglamentación necesaria para su funcionamiento; la Oficina Nacional de Procesos Electorales que en los incisos f) y g) del artículo 5o. de la Ley núm. 26487 se le otorgan funciones para dictar las instrucciones y disposiciones necesarias para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios y la reglamentación necesaria para su funcionamiento; el Registro Nacional de Identificación y de Estado Civil que en el inciso a) del artículo 7o. de la Ley núm. 26497 se le atribuye competencia para normas las inscripciones de su competencia; el Tribunal Constitucional que en virtud del artículo 2o. de la Ley núm. 28301 esta facultado para dictar reglamentos que regulen su funcionamiento, el Consejo Nacional de la Magistratura y la Contraloría General de la República que en el artículo 14 de la Ley núm. 27785 se le confiere la calidad de autoridad normativa del sistema nacional de control para dictar lineamientos, disposiciones y establecer los procedimientos técni-

<sup>23</sup> STC recaída en el expediente núm. 0047-2004-AI/TC del 24 de abril del 2006, proceso de inconstitucionalidad contra ley que regula el concurso para contratación de profesores, fundamento jurídico núm. 31.

cos correspondientes a la función de control gubernamental; finalmente al Defensor del Pueblo que mediante el numeral 7) del artículo 9o. de la Ley núm. 26520 se le otorga atribuciones para dictar los reglamentos que requiera para el cumplimiento de las funciones de la Defensoría del Pueblo y establecer las normas complementarias para el trámite de las quejas que requieran de acción inmediata.

El Ministerio Público es el único organismo constitucional cuya ley orgánica no le atribuye potestad reglamentaria.

#### 4. *Potestad reglamentaria conferida por normas legales (no derivada directamente de la Constitución)*

Conforme a lo analizado hasta este punto, se puede afirmar que la Constitución política peruana confiere potestad reglamentaria originaria exclusivamente al presidente de la República, y en forma tácita, en tanto que les reconoce autonomía política–normativa, a los poderes territoriales descentralizados (regiones y municipalidades), asimismo también confiere potestad reglamentaria en forma tácita a los organismos constitucionales a los que otorga autonomía para el ejercicio de sus funciones, los que como se ha señalado anteriormente requieren de una norma de rango legal que precise los alcances y la forma del ejercicio de dicha potestad reglamentaria. Sin embargo, la realidad demuestra que en el ordenamiento jurídico peruano son numerosas las disposiciones legales que encomiendan su desarrollo reglamentario a autoridades y entidades administrativas de menor jerarquía que la descrita hasta el momento en la organización administrativa. Por citar algunos ejemplos, cabe recordar que en materia tributaria han sido frecuentes las veces que el Código Tributario y otras leyes tributarias han habilitado directamente a la Administración Tributaria para desarrollar aspectos importantes de la tributación mediante reglamentos dictados por su titular y no mediante decretos supremos. Así sucede también con los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos y las concesiones de infraestructura de transporte a los que la ley marco que establece su régimen jurídico les atribuye amplias potestades normativas para dictar normas reglamentarias sobre las obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios, normas de procedi-

miento e incluso tipificar infracciones y determinar las correspondientes sanciones administrativas.<sup>24</sup>

En resumen, la acotada dispersión subjetiva del poder reglamentario que se ha experimentado en la realidad del ordenamiento jurídico —administrativo peruano constituye un proceso que se desarrolla al margen al texto expreso del glosado numeral 8) del artículo 118 de la Constitución, pero que no consideramos contrario a esta. En el derecho peruano, como en otros ordenamientos que cuentan con un régimen constitucional-administrativo semejante al nuestro, se acepta pacíficamente que el otorgamiento de potestad reglamentaria no proviene únicamente de la Constitución, porque también puede ser conferida mediante una norma con rango de ley en favor de órganos o entes jurídico-públicos específicos, diferentes a los previstos en la Constitución.<sup>25</sup>

La atribución de potestad reglamentaria, ya sea a un ministro, un determinado funcionario o entidad pública, puede realizarse por mandato de una norma con rango legal que habilite dicha potestad para dictar el reglamento de una ley específica, pero también es frecuente que se otorgue dicha potestad con carácter de autorización general permanente a favor de determinadas entidades administrativas para el desarrollo de las competencias funcionales que tienen asignadas legalmente.

En los casos descritos el instrumento normativo formal generalmente utilizado para el ejercicio de la potestad reglamentaria es una resolución, dictada por el funcionario, titular u órgano directivo de la entidad que re-

<sup>24</sup> Inciso c del artículo 3 según texto reformado por la Ley núm. 27631. Sobre el tema véase Martín Tirado, Richard, “Análisis de la «función normativa» de los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos. La dicotomía del rol del Estado en la actividad económica: subsidiariedad y solidaridad”, *Ius et Veritas*, Lima, núm. 24, 2002, p. 93; Tovar Mena, Teresa, “La potestad normativa de los organismos reguladores”, *Normas legales*, Lima, 2004, t. 334, p. 25.

<sup>25</sup> En el derecho español Santamaría Pastor sostiene que el artículo 97 de la Constitución Española que, de manera semejante al precepto constitucional peruano anteriormente glosado, atribuye al gobierno potestad reglamentaria “...como órgano titular primario y general de la misma... no prohíbe que por normas de rango inferior puedan efectuarse atribuciones concretas de esta potestad a favor de órganos distintos o inferiores al Gobierno...”, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 760; en la misma orientación Boquera Oliver sostiene que “...no existe razón suficiente para afirmar que las leyes carecen de la fuerza jurídica suficiente para crear y otorgar potestad reglamentaria. La ley cuando no esta subordinada de manera efectiva a la Constitución, lo puede todo y cuando lo está puede hacer todo lo que la Constitución no le prohíbe”, *op. cit.*, nota 14, p. 5.

cibe la citada atribución de una norma con rango de ley. Como se puede apreciar las resoluciones que por regla general expresan decisiones concretas de la administración pública (actos administrativos), constituyen también el instrumento formal mediante el cual las instancias o entidades dotadas de potestad reglamentaria en virtud de una ley ejercen dicha atribución.

Existe consenso en la doctrina consultada que el otorgamiento de potestad reglamentaria efectuado por una norma legal en favor de autoridades u órganos diferentes a los previstos por la Constitución requiere cumplir con determinados requisitos.<sup>26</sup> En primer lugar que la citada atribución provenga de una norma con rango de ley y no de otra norma reglamentaria, porque de lo contrario se vulneraría el mandato legal que concede la potestad reglamentaria a un determinado funcionario o entidad administrativa, que esta obligada a ejercer la competencia conferida y prohibida de delegarla en terceros.<sup>27</sup> Regla que no debe impedir que excepcionalmente un reglamento pueda remitir a instancias inferiores la regulación de cuestiones secundarias y exclusivamente técnicas.

En segundo lugar, por regla general se requiere que la atribución de potestad reglamentaria sea realizada en forma expresa, por una norma con rango de ley que confiera indubitablemente dicho poder, que como se sabe no constituye un atributo natural de la administración pública. Sin embargo Boquera Oliver defiende la posibilidad de que se pueda entender otorgada en forma implícita potestad reglamentaria cuando las leyes atribuyen funciones o competencias a entidades administrativas, porque:

...la Constitución o las leyes no pueden ordenar expresamente a un sujeto u órgano administrativo sin poder reglamentario que atienda a un fin para el que necesita dicha clase de poder... Deberá entenderse que la ley, al imponerle la competencia, si no le concede explícitamente la potestad necesaria para atenderla, lo hace implícitamente. La ley otorga simultáneamente a la administración la competencia y la potestad reglamentaria imprescindible para ejercerla y satisfacer el fin que le señala.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 761.

<sup>27</sup> La Ley núm. 27444 de Procedimiento Administrativo General consagra el carácter inalienable de las competencias administrativas (artículo 63) y prohíbe la delegación de "...las atribuciones para emitir normas generales..." (artículo 67.2).

<sup>28</sup> *Op. cit.*, nota 14, p. 6.

En nuestra opinión, sólo cabe otorgar potestad reglamentaria por mandato de normas legales en favor de destinatarios diferentes a los previstos en la Constitución, cuando se realice en forma expresa. Con carácter excepcional, es posible entender otorgada la referida potestad en forma tácita cuando esta acotada al dictado de reglamentos destinados a regular o tener efectos exclusivamente sobre las entidades o personas comprendidas en el ámbito de actuación y sometidas a la fiscalización de la entidad pública en cuestión, nunca para dictar reglamentos que puedan tener una proyección de mayor alcance sobre particulares ajenos a las competencias de la citada entidad pública.

Finalmente, se señala en doctrina que la atribución por mandato legal de competencias reglamentarias en entidades de rango infraconstitucional, no debería versar sobre materias de contenido esencialmente político cuya decisión por mandato de la Constitución corresponde exclusivamente adoptar al presidente de la República o a los altos niveles del gobierno. Esta regla impediría que pueda conferirse potestad reglamentaria sobre temas que involucran decisiones.

Recapitulando, el numeral 8) del artículo 118 de la Constitución confiere al presidente de la República un poder general y normativo propio para el ejercicio de la potestad reglamentaria, que no requiere fundarse en una atribución concreta y específica de una ley, como sí sucede cuando se pretende otorgar por vía legal habilitación para que otras autoridades o entidades estatales no previstas en la Constitución puedan dictar normas reglamentarias.

Como bien señalan Gallego Anabitarte y Menéndez Rexarch: “La potestad reglamentaria del Gobierno tiene un fundamento constitucional y delimitación legal, y la potestad reglamentaria de otros órganos o entidades públicas tienen una fundamentación y ámbito legal”.<sup>29</sup>

#### IV. LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

En doctrina se clasifican tres clases de límites o requisitos para el ejercicio de la potestad reglamentaria los que en su conjunto permiten caracterizar el régimen jurídico-legal de los reglamentos. Se trata de límites de

<sup>29</sup> Gallego Anabitarte, Alfredo y Menéndez Rexarch, Ángel, *op. cit.*, nota 9, p. 65.

carácter formal, sustantivo o material y temporal. Desarrollaremos a continuación de manera sucinta cada uno de ellos.

### 1. *Límites formales*

#### A. *La competencia*

Constituye uno de los requisitos más importantes para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Como se sabe no todos los órganos de la administración pública tienen competencia para emitir reglamentos, es decir normas de rango subordinado a las leyes, que constituyan fuentes del sistema jurídico-legal. Los reglamentos sólo pueden ser dictados por las autoridades o entidades estatales que reciben la habilitación constitucional o legal para expedirlos.

En el ordenamiento jurídico peruano la competencia subjetiva para dictar normas reglamentarias es conferida expresamente por la Constitución con carácter general al presidente de la República. También son titulares de potestad reglamentaria las regiones y las municipalidades, en su calidad de poderes territoriales descentralizados dotados constitucionalmente de autonomía política-normativa, conforme se regula en las respectivas leyes orgánicas que establecen el marco jurídico de la descentralización. La casi totalidad de los organismos constitucionales autónomos también son titulares de potestad reglamentaria derivada en forma implícita de la Constitución en atención a las funciones que les encomienda cumplir, conforme lo establecen las respectivas leyes orgánicas que desarrollan su estructura y disciplinan sus competencias.

La competencia subjetiva para que otras autoridades o entidades públicas, distintas a las mencionadas en el párrafo anterior, puedan dictar disposiciones reglamentarias, requiere de una habilitación de carácter expreso conferida por normas con rango legal, salvo los supuestos en que excepcionalmente se pueda entender otorgada la potestad reglamentaria por una norma legal en forma tácita, tema sobre el que expresamos nuestra opinión en un acápite anterior.

Respecto de los alcances de la competencia (aspecto objetivo) es importante tener presente que la única competencia amplia y general para expedir reglamentos es la conferida por el inciso 8 del artículo 118 de la Constitución al presidente de la República. Tratándose de los demás po-

deres territoriales y de los organismos de relevancia constitucional la potestad reglamentaria se circunscribe al ámbito de sus respectivas funciones, establecidas ya sea por la Constitución o desarrolladas por sus respectivas leyes orgánicas. La situación es similar respecto de la potestad reglamentaria que en virtud de habilitación legal se pueda otorgar a otras entidades públicas, la que se encuentra circunscrita a las materias que son objeto de la citada delegación.

### *B. La jerarquía*

Los reglamentos constituyen fuentes normativas de carácter subordinado a las leyes, por tanto forman parte del ordenamiento jurídico, en un escalón jerárquico inferior al de las normas con rango de ley.

El principio de ordenación jerárquica del sistema jurídico esta consagrado de manera expresa en el artículo 51 de la Constitución que establece que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...”.

Se encuentra también recogido en forma implícita en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución que consagra el control difuso de constitucionalidad de las normas jurídicas como poder-deber a cargo de todos los jueces: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

En el caso específico de las disposiciones reglamentarias, el principio de jerarquía conforme al cual los reglamentos constituyen normas subordinadas o sujetas a la primacía de la ley, en virtud de la supremacía jerárquica de esta última, esta recogido en dos normas constitucionales: en el antes citado numeral 8) del artículo 118 que confiere potestad al presidente de la República para: “... reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”. Y también en forma tácita en el numeral 5) del artículo 200 de la Constitución cuando consagra el proceso constitucional de la acción popular como la vía para el control jurisdiccional de la validez jurídica de los reglamentos “...que procede, por infracción de la Constitución y de la ley...”.

Sin embargo, el principio de jerarquía no sólo rige en las relaciones entre normas de mayor y menor rango, sino también se encarga en el ca-

so de los reglamentos, de establecer reglas de carácter intraordinamental, es decir, de establecer la jerarquía que entre ellos puede existir.

La doctrina nacional admite la existencia de grados de jerarquía entre las diversas subespecies de normas reglamentarias, cuya variedad es bastante amplia, en función del nivel o categoría de las autoridades que intervienen en su elaboración. Así Marcial Rubio realiza la siguiente jerarquización entre normas administrativas que se dictan en el ámbito del Poder Ejecutivo:

El Decreto Supremo es, formalmente, la norma de mayor jerarquía que dicta el órgano ejecutivo, llevando la firma del Presidente de la República y de uno o más ministros.

La Resolución Suprema es una norma dada por uno o más ministros de Estado con la visación del Presidente de la República. Formalmente, aparece por ello con la firma del ministros (o ministros) y la rúbrica del presidente.

La Resolución Ministerial es una norma aprobada por uno (y eventualmente más de uno) de los ministros de Estado. Formalmente, lleva solo la firma del Ministro, con lo que tiene un rango inferior a la resolución suprema y al decreto supremo.

Por debajo de la resolución ministerial están las resoluciones directorales, subdirectorales, zonales, etc. , que son aprobadas por los funcionarios correspondientes de acuerdo a la competencia que la Constitución y la ley le hayan atribuido.<sup>30</sup>

En el mismo sentido, Juan Carlos Morón sostiene que entre los reglamentos "...existen grados de jerarquía, que determinan también pluralidad de reglamentos, sometidos a su vez, a una relación de prevalencia y superioridad".<sup>31</sup>

<sup>30</sup> *El sistema jurídico*, 8a. ed., Lima, 2004, p. 157.

<sup>31</sup> En: "Aportes para el estudio ...", *cit.*, p. 1096. También el Tribunal Constitucional peruano en la STC núm. 005-2003-AI/TC, del 3 de octubre del 2003, ha proclamado la existencia de un "principio de subordinación subsidiaria" el mismo que "Establece la prelación normativa descendente después de la ley y contiene a los decretos, las resoluciones y las normas de interés de parte", porque respecto de las normas reglamentarias que forman parte de categorías normativas jerárquicamente inferiores a la ley, "...no todas ellas tienen el mismo grado. Entre ellas existen grados. Los grados son los que exponen una jerarquía existente entre las normas pertenecientes a una misma categoría. Esta prelación interna se establece por la utilización de los principios de formalidad extraordinaria y jerarquía del órgano que la expide. Tal el caso de las resoluciones (en cuyo orden de-

En nuestra opinión, las posibles antinomias o conflictos que se pueden presentar entre normas reglamentarias se dilucidan no sólo a través del principio de jerarquía, sino también en función del principio de competencia. Precisamente sobre el tema el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado la importancia del principio de competencia en nuestro ordenamiento jurídico para regular las relaciones entre normas de la misma jerarquía: “El principio de competencia resulta fundamental para explicar las relaciones y articulaciones que se pudieran presentar entre normas jurídicas que tienen un mismo rango y, en ese sentido, ocupa un lugar central en la articulación horizontal del sistema de fuentes del derecho diseñado por la Constitución”.<sup>32</sup>

Como bien señala Santamaría Pastor<sup>33</sup> en las relaciones entre reglamentos el principio de jerarquía entre en juego sólo de modo secundario, porque tiene una eficacia limitada a aquellos supuestos en que la norma reglamentaria inferior debe respetar a la norma reglamentaria superior, cuando es esta última la que otorga habilitación para desarrollarla en aspectos puntuales. Pero la misma regla no rige cuando la potestad reglamentaria ha sido conferida como sucede generalmente por una norma de rango legal, caso en el cual si la competencia ha sido otorgada a una determinada autoridad, cualquiera fuera su nivel o rango en la estructura organizativa de la administración pública, sólo el receptor de la potestad podrá dictar válidamente el correspondiente reglamento, porque si otra autoridad diferente aunque de mayor estatus jerárquico pretendiera dictarlo, se estaría lesionando el principio de competencia y por ende el de jerarquía normativa, debido a que estaría violando la norma superior que determinó la competencia normativa, causando la invalidez de la norma expedida.

Al respecto Marcial Rubio ilustra mediante un ejemplo la regla acotada: “Así, si una ley establece que el Ministro de Pesquería es el funcionario que debe señalar los períodos de veda para la captura de determinadas especies marinas, la norma válida para establecer dicha veda será la reso-

creciente aparecen las resoluciones supremas, las resoluciones ministeriales, las resoluciones viceministeriales, etcétera). Fundamentos jurídicos núms. 6 y 7.

<sup>32</sup> STC recaída en el expediente núm. 0013-2003-AI/TC, *Caso Municipalidad Provincial de Urubamba*, fundamento jurídico núm. 5.

<sup>33</sup> *Op. cit.*, nota 11, p. 767.

lución ministerial correspondiente y no una resolución directoral, subdirectoral, ni aún una resolución suprema o un decreto supremo”.<sup>34</sup>

### C. Procedimiento de elaboración de los reglamentos

En el ordenamiento jurídico peruano no está regulado con carácter general un procedimiento de aprobación de los reglamentos, cuya inobservancia determine la invalidez de las normas dictadas en contravención. Si se establece un procedimiento formal para la elaboración y aprobación de los reglamentos en los ordenamientos de otros países como en Argentina y en España, incluso en este último país con basamento directo en la Constitución que establece la obligación de celebrar audiencias públicas como requisito para la aprobación de los reglamentos.

Las normas constitucionales o legales que regulan el régimen de la potestad reglamentaria sólo establecen algunos requisitos formales, que generalmente consisten en disponer que el titular de la potestad reglamentaria debe ejercerla contando con el concurso o la aprobación de otros funcionarios, regla que opera como una suerte de control al interior de la propia instancia de gobierno u organismo dotado de la citada potestad (control intraorgánico).

Se ha señalado anteriormente que en el caso del presidente de la República por mandato del artículo 120 de la Constitución, los reglamentos que dicte requieren obligatoriamente de refrendo ministerial. También puede suceder que algunas leyes dispongan que el dictado de reglamentos sobre materias específicas necesite el refrendo del o los ministro(s) a cargo del sector competente respecto de la actividad o materia regulada.

En el caso de los decretos regionales, el segundo párrafo del artículo 40 de la Ley núm. 27867, Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, establece que deben ser aprobados y suscritos por el presidente regional, contando con el acuerdo del directorio de gerencias regionales.

Sólo en el caso de los organismos reguladores de servicios públicos y de concesiones de infraestructura de transporte de uso público, los reglamentos internos de cada una de estas entidades han establecido la obligación de que, por regla general, los proyectos de reglamentos que están facultados a dictar, deben ser obligatoriamente republicados en el *Diario*

<sup>34</sup> *Op. cit.*, nota 30, p. 152.

*Oficial El Peruano* y en la página web institucional de la respectiva entidad para recibir comentarios de los interesados.

A nivel municipal existen normas que obligan a las respectivas municipalidades a convocar a audiencias públicas para consultar a los vecinos acerca del establecimiento de nuevas reglas o modificaciones que afecten las reglas de zonificación y usos de los predios en la respectiva circunscripción.

En la legislación ambiental también están vigentes normas que obligan a las entidades o autoridades competentes para dictar dispositivos legales y/o reglamentarios de convocar a las poblaciones que podrían ser afectadas para obtener la aprobación de dichas regulaciones.

En los casos reseñados, la omisión o incumplimiento de los requisitos formales establecidos por las normas legales citadas traería como consecuencia la ilegalidad de las normas reglamentarias por razones formales.

#### D. *Publicidad de los reglamentos*

El principio de publicidad de las normas legales, cualquiera fuera su rango o categoría en el ordenamiento jurídico, constituye una consecuencia de la consagración por la Constitución de un régimen de Estado social y democrático de derecho y se encuentra íntimamente vinculado al principio de seguridad jurídica,<sup>35</sup> que obliga a los poderes públicos dar a conocer mediante los medios de difusión correspondientes (divulgar) las normas legales que dictan para que los destinatarios de las mismas (sujetos privados y autoridades estatales) tengan posibilidad de enterarse de su contenido y de guiar su conducta por ellas, sujetándose al ordenamiento jurídico.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> No reconocido de modo expreso pero sí en forma tácita por la Constitución, conforme lo ha señalado en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional peruano. Por todas: la STC recaída en el expediente núm. 0016-2002-AI/TC, del 30 de abril de 2003, fundamento jurídico núm. 2.

<sup>36</sup> Biglino Campos, Paloma, *La publicación de la ley. Temas clave*, Madrid, Tecnos, 1993; Colom I Pastor, Bartomeu, “De nuevo sobre la publicidad de las normas de los planes urbanísticos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 129, 1992, p. 272, y Jiménez Lechuga, Francisco Javier, “La publicidad de las normas en nuestro ordenamiento jurídico. Especial referencia a la publicación de actos y acuerdos de las corporaciones locales en los diarios oficiales de las provincias”, *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, Madrid, núm. 289, 2003, p. 246.

En el sistema jurídico peruano la publicidad de las normas legales, cualquiera fuera su ubicación o categoría en la escala jerárquica, es requisito esencial para su eficacia, a diferencia de los ordenamientos de otros países en los que se considera que constituye requisito para su validez. Esta afirmación tiene sustento directo en la Constitución, que en la última parte del artículo 51 establece con carácter genérico lo siguiente: “...la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

Los mecanismos de publicidad de las normas reglamentarias están regulados en las leyes que establecen los términos, plazos y condiciones de publicación y los medios para su correspondiente difusión.

Tratándose de decretos supremos, el numeral 2) del artículo 3 del Decreto Legislativo núm. 560, que aprueba la Ley del Poder Ejecutivo, dispone que sean publicados en el *Diario Oficial El Peruano*.

Asimismo, la Ley núm. 272783, Ley de Bases de Descentralización, contiene un precepto que regula con carácter general la publicidad de las normas que dicten cualquiera de los tres niveles de gobierno (nacional, regional o local): “11.2 Las normas de carácter general deben ser publicadas en el *Diario Oficial El Peruano*; asimismo deben ser difundidas a través del portal ó pagina web del Estado peruano, y en su caso, en el diario de avisos judiciales o el de mayor circulación de la región o localidad, sin cuyo requisito no surten efecto alguno”.

En sintonía con la norma glosada, la Ley núm. 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, también regula el régimen de publicidad de las normas regionales:

Artículo 42. Publicidad de las normas regionales:

La norma regional de alcance general es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial El Peruano*, salvo plazo distinto expresamente señalado en la misma, debiendo publicarse además en el diario encargado de las publicaciones judiciales en la capital de la Región. Deben incluirse además en el portal electrónico del Gobierno Regional.

Los acuerdos del Consejo Regional y los decretos regionales son publicados de acuerdo al reglamento que dicte el Gobierno Regional y se difunden en su portal electrónico.

En el caso de las municipalidades, la regulación de la publicidad de las normas municipales establecida por la Ley núm. 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, tiene en cuenta las notorias diferencias existentes,

especialmente en materia de recursos y medios, entre los más de 1,800 gobiernos municipales que existen en el Perú. Por dicha razón es que contiene dos preceptos dedicados de manera específica a regular la publicidad de las normas municipales en general, incluyendo a los decretos de alcaldía que constituyen el vehículo formal mediante el cual se expiden los reglamentos de las ordenanzas municipales, estableciendo diferentes medios de publicidad en función de la categoría (provincial o distrital) y la localización de las municipalidades (capital, interior del país o rural), que no se restringen a la publicación de la norma municipal en el *Diario Oficial* de carácter nacional porque también contempla la posibilidad de que en algunos casos se recurra a la publicidad en carteles, emisoras radiales, portales electrónicos y otros medios que aseguren el conocimiento de las normas legales por sus destinatarios llamados a cumplirlas:

Artículo 44. Publicidad de las normas municipales:

Las ordenanzas, los decretos de alcaldía y los acuerdos sobre remuneraciones del alcalde y dietas de los regidores deben ser publicados:

1. En el *Diario Oficial El Peruano* en el caso de las municipalidades distritales y provinciales del departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.

2. En el *Diario* encargado de las publicaciones judiciales de cada jurisdicción en el caso de las municipalidades distritales y provinciales de las ciudades que cuenten con tales publicaciones, o en otro medio que asegure de manera indubitable su publicidad.

3. En los carteles municipales impresos fijados en lugares visibles y en locales municipales, de los que dará fe la autoridad judicial respectiva en los demás casos.

4. En los portales electrónicos, en los lugares en que existan.

Las normas municipales rigen a partir del día siguiente de su publicación, salvo que la propia norma postergue su vigencia.

No surten efecto las normas de gobierno municipal que no hayan cumplido con el requisito de la publicación o difusión.

Artículo 147. Publicación de normas municipales:

Para efectos de la exigencia de publicidad de las normas emitidas por las municipalidades ubicadas en zonas rurales se podrá cumplir con tal requisito a través de carteles, emisoras radiales u otros medios similares, siempre que se pueda probar que se cumplió con la publicidad y la fecha o fechas en que se produjo.

No han sido escasas las veces que en los últimos años se hayan registrado controversias acerca del cumplimiento de las reglas de publicidad de las normas reglamentarias. El incumplimiento de tales reglas, ya sea por la omisión total de publicidad o por el cumplimiento parcial o defectuoso, como sucede cuando se publica solamente la norma que aprueba formalmente el reglamento (mediante decreto o resolución) pero no se publica el texto del reglamento mismo, lo que trae como consecuencia la ineficacia de dicho reglamento, es decir que no surta efectos jurídicos y que por tanto carezca de capacidad para vincular u obligar a alguien.

En uno de los pocos trabajos publicados en nuestro medio sobre el tema específico, el doctor Valentín Paniagua<sup>37</sup> permite recordar un debate suscitado en el Congreso de la República durante al periodo parlamentario de la segunda mitad de la década de los ochentas del siglo pasado, en el que se cuestionó que el Poder Ejecutivo que gobernó durante dicho periodo no cumpliera con publicar numerosos (“varias decenas” decía el autor) decretos supremos pretextando que se encontraban referidos a asuntos de defensa y seguridad nacional, argumento que en dicho contexto político-jurídico, como el día de hoy, carece de todo sustento.

También es importante recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que con motivo de la impugnación de una sanción disciplinaria a un integrante de la Policía Nacional, en la resolución recaída en un proceso constitucional de amparo que el afectado inició, dispuso la inaplicación al caso concreto del reglamento que regulaba el régimen disciplinario de la policía nacional, porque sólo había sido publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el decreto supremo que lo aprobada pero omitiéndose la publicación del contenido de dicho dispositivo reglamentario. Señaló al respecto el citado tribunal que:

Detrás de la exigencia constitucional de la publicación de las normas se encuentra el principio constitucional de la publicidad, que es un principio nuclear de la configuración de nuestro Estado como uno “democrático de derecho”, como se afirma en el artículo 3o. de la norma fundamental. Y es que lo que verdaderamente caracteriza a un sistema democrático constitucional es su naturaleza de “gobierno del público en público (N. Bobbio), en el cual, por tanto, en materia de derecho público, la regla es la transparencia, y no el secreto.

<sup>37</sup> “La publicidad y publicación de las Normas del Estado”, Lima, núm. 6, 1987, p. 17.

Además, la exigencia constitucional de que las normas sean publicadas en el diario oficial El Peruano, está directamente vinculada con el principio de seguridad jurídica, pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, su posibilidad de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de éstos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas.

La Constitución no deja al ámbito de la discrecionalidad del legislador reglamentario la regulación de esa efectiva oportunidad de conocer las normas jurídicas. Exige, por el contrario, y mínimamente, que éstas tengan que ser publicadas en el diario oficial. Por ello, estima el Tribunal que no se cumple tal exigencia, y no se satisfacen los principios de publicidad y seguridad jurídica, si la publicación sólo se realiza respecto a las normas que aprueban un reglamento, mientras el mismo permanece oculto.

En consecuencia, en la medida que la disciplina de la Policía Nacional del Perú interesa a toda la comunidad, y que un requisito de la validez del reglamento de su Régimen Disciplinario es que éste sea publicado, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional que contra el recurrente se haya aplicado un reglamento no publicado en el diario oficial El Peruano.<sup>38</sup>

## 2. *Límites materiales de los reglamentos: las relaciones entre ley y reglamento*

Como se sabe los reglamentos constituyen normas jurídicas de rango inferior y por ende subordinados a la ley. Por tanto, encuentran su límite en las materias reservadas constitucionalmente o reguladas por normas con rango de ley. Al respecto, la Constitución peruana establece los casos en que opera la reserva de ley para el desarrollo normativo de determinadas materias. Así sucede con la reserva de ley en las materias penal y sancionadora administrativa, la tributaria y para la limitación de derechos fundamentales, campos en los que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha establecido los alcances y las modulaciones

<sup>38</sup> STC recaía en el expediente núm. 2050-2002-AA/TC, del 16 de abril del 2002. Fundamento jurídico núm. 24. En la STC recaída en el expediente núm. 1393-2001-AA/TC, del 30 de setiembre de 2002, también se cuestiona la aplicación de un reglamento de evaluación de personal no publicado en el *Diario Oficial*.

de la reserva de ley para la regulación de determinadas materias, no siempre en los mismos términos.

En materia penal, se reconoce una reserva de ley de carácter absoluta, derivada del inciso d del numeral 24 del artículo 2o. de la Constitución.<sup>39</sup> Para el Tribunal Constitucional peruano el principio de legalidad en materia penal: "...impone tres exigencias: la existencia de una ley (les scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*)".<sup>40</sup> No pueden dictarse normas de jerarquía inferior a la ley, es decir de carácter reglamentario, que establezcan las conductas consideradas delitos. Como bien señala Marcial Rubio:<sup>41</sup> "En el derecho penal debe haber un criterio de interpretación estricta de los tipos delictivos y ello debe haberse efectuado en el rango de ley, no mediante norma de inferior rango, como, por ejemplo, un reglamento. El concepto de reglamentación de delitos no existe en el derecho penal".

En lo sancionador administrativo la jurisprudencia del citado alto tribunal entiende que el precepto constitucional anteriormente citado que consagra la reserva de ley en materia penal, también comprende la materia sancionadora administrativa. Asimismo, el principio de legalidad en lo sancionador administrativo ha sido recogido por el legislador en el artículo 230.1 de la Ley núm. 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General: "Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de la libertad".

Como se puede apreciar la norma legal glosada establece una reserva de ley que veda la intervención de los reglamentos en dos temas: (i) para la atribución a una entidad pública de competencia sancionadora sobre los administrados; (ii) para establecer que sanciones puede aplicar la administración para reprimir las conductas de los particulares infractoras de la legalidad.

<sup>39</sup> "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

<sup>40</sup> STC expediente núm. 010-2002-AI/TC.

<sup>41</sup> *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2005, pp. 271 y 272.

Asimismo, la citada Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, consagra el principio de tipicidad en el artículo 230.4 con el siguiente tenor:

Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionable a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

Como señala agudamente Juan Carlos Morón<sup>42</sup> el principio de tipicidad en materia sancionadora administrativa comprende tres aspectos concurrentes: i) La reserva de ley para la calificación de aquellas conductas punibles como infracción por parte de la administración; ii) la exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas constitutivas de las infracciones administrativas, de modo que la descripción de las conductas sancionables se realice en forma expresa y de manera inequívoca; iii) la interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos.

Ahora bien, en el derecho peruano el principio de tipicidad no impide que la propia ley pueda convocar la colaboración del reglamento para desarrollar la tipificación de las conductas constitutivas de infracción. En tales casos la ley habilitadora remite al reglamento para que desarrolle los tipos legales, estándole vedado alterar su naturaleza o establecer infracciones o sanciones diferentes a las previstas en las normas legales de mayor rango.

Como se puede apreciar, a diferencia de la materia penal, en lo sancionador administrativo la legislación de la materia y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano admiten mayor flexibilidad para la colaboración de los reglamentos en la determinación de infracciones y

<sup>42</sup> “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana”, *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia*, núm. 7, 2006, p. 617.

sanciones administrativas, porque entienden que en dicho ámbito la reserva legal no es absoluta.<sup>43</sup>

Pero a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sólo admite que los reglamentos colaboren de manera subordinada para desarrollar o especificar la conducta constitutiva del ilícito administrativo que debe estar esencialmente predeterminada en la norma con rango de ley habilitante, sin que pueda llegar a constituir una remisión en blanco, la realidad demuestra que en el régimen jurídico-legal administrativo peruano se acepta que las leyes puedan autorizar la tipificación de las conductas ilícitas y las correspondientes sanciones por vía reglamentaria, con base en lo establecido por la última oración del citado artículo 230.4 de la Ley núm. 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, en la parte que establece: "...salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria". Así sucede principalmente en el régimen legal de los organismos reguladores de la inversión en servicios públicos y en obras de infraestructura, quienes están expresamente autorizados por la ley marco que los regula para que mediante resolución de sus respectivos consejos directivos, en ejercicio de la potestad normativa que la citada ley les confiere, puedan dictar normas de carácter reglamentario, tipificando las conductas que constituyen ilícitos administrativos y estableciendo las correspondientes sanciones, potestad que es complementada con las funciones de supervisión, inspección y fiscalización respecto de las empresas que actúan en los mercados de su competencia (telecomunicaciones, energía, concesiones de infraestructura, saneamiento, etcétera).

<sup>43</sup> Al respecto la STC recaída en el expediente núm. Exp. 2050-2002-AA/TC del 16 de abril del 2002: "No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2o. de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere del artículo 168 de la Constitución. La ausencia de una reserva de ley absoluta en esta materia, como indica Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 260, "provoca, no la sustitución de la ley por el reglamento, sino la colaboración del reglamento en las tareas reguladoras, donde actúa con subordinación a la ley y como mero complemento de ella".

En relación con el principio de legalidad en materia tributaria<sup>44</sup> la jurisprudencia constitucional ha establecido<sup>45</sup> que cumple dos funciones:

...cumple una *función de garantía individual*, al fijar un límite a las posibles intromisiones arbitrarias del Estado en los espacios de libertad de los ciudadanos, y cumple, también, una *función plural*, toda vez que garantiza la democracia en los procedimientos de imposición y reparto de la carga tributaria, puesto que su establecimiento corresponde a un órgano plural donde se encuentran representados todos los sectores de la sociedad (las cursivas son nuestras).

En otra sentencia el Tribunal Constitucional ha declarado<sup>46</sup> que conforme a su jurisprudencia :

...la reserva de ley en materia tributaria es una reserva relativa, ya que puede admitir excepcionalmente derivaciones al reglamento, siempre y cuando los parámetros estén claramente establecidos en la propia ley. Asimismo, se añadió que el grado de concreción de los elementos esenciales del tributo en la ley es máximo cuando regula el hecho imponible, y mínimo cuando se trata de otros elementos; pero, en ningún caso, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia.

La reserva de ley tributaria establecida en el sistema constitucional peruano es considerada como una reserva de ley relativa, es decir, que la norma con rango de ley puede limitarse a establecer la estructura nuclear del tributo, existiendo la posibilidad de remisiones a normas reglamentarias, pero siempre y cuando dicha norma con rango de ley predetermine el contenido del reglamento configurando los elementos esenciales del tributo. Lo indicado trae como consecuencia el considerar contrario a la Constitución la posibilidad que la norma con rango de ley efectúe simples remisiones en blanco (indeterminadas) al reglamento, lo que supondría una degradación de la reserva así establecida.

<sup>44</sup> Consagrado en el artículo 74 de la Constitución.

<sup>45</sup> STC expediente núms. 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (acumulados) del 27 de septiembre del 2004, FFJJ núm. 39, contra contribución solidaria para la asistencia previsual .

<sup>46</sup> STC expediente núm. 2058-2003-AA/TC, Ami oil S.A., del 19 de abril del 2004, FFJJ núm. 3, contra pago de aporte a OSINERG.

Adicional a la reserva de ley establecidas por la Constitución en las materias penal, sancionadora administrativa y tributaria, con las matizaciones anotadas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que también se encuentra consagrada en la Constitución peruana la reserva de ley para el establecimiento de limitaciones al ejercicio de los derechos humanos:

4.2. Limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales y exigencias del principio de reserva de ley, proporcionalidad y razonabilidad

68. El principio de reserva de ley exige que toda limitación a un derecho fundamental debe estar impuesta por una norma con rango legal. Así lo dispone el artículo 2, inciso 24, literal a), como también el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando establece que Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.<sup>47</sup>

Pero los reglamentos no sólo están sujetos a los límites materiales en su relación con las leyes establecidos por la Constitución, porque existen también los denominados límites formales que se generan cuando una materia es regulada por una norma con rango de ley, lo que determina que el reglamento ya no pueda abordar la citada materia, salvo para establecer normas de desarrollo mediante reglamentos de carácter ejecutivo.

La deslegalización o degradación del rango legal de una materia en beneficio de la regulación reglamentaria sólo es posible precisamente cuando medie una reserva de ley formal, la que puede ser dejada sin efecto por otra norma del mismo rango y simultáneamente remitir su regulación posterior a la vía reglamentaria.

### *3. Límite temporal: la irretroactividad de los reglamentos*

Como toda norma legal, en el ordenamiento jurídico peruano los reglamentos entran en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación, salvo disposición en contrario que difiera su vigencia estableciendo

<sup>47</sup> STC recaída en el Expediente núm. 4119-2005-PA/TC, Roberto Renato Bryson Barrenechea, del 29 de agosto de 2005.

un periodo de *vacatio legis*, para dar mayor tiempo a que el reglamento pueda ser conocido por los llamados a cumplirlo. Similar regla se aplica cuando los reglamentos deban publicitarse por medios diferentes al de su publicación en el *Diario Oficial*, como sucede con las ordenanzas de algunas municipalidades, conforme a las normas glosadas de la ley orgánica de municipalidades. Se ha visto anteriormente que no siempre la publicidad de las normas comprende la publicación de las mismas.

El artículo 109 de la Constitución dispone con carácter general lo siguiente: “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial*, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

Como se puede apreciar la propia norma constitucional establece que las leyes sólo surten efectos jurídicos cuando menos a partir del día siguiente al de su publicación, regla que es aplicable a todas las normas jurídicas en general, incluyendo a los reglamentos, porque aunque el precepto constitucional glosado se refiere expresamente a las leyes formales aprobadas por el Congreso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha establecido que se trata de una norma pregonable respecto de todas las fuentes formales del derecho.<sup>48</sup>

Una relativamente reciente reforma constitucional sobre el texto del artículo 103 de la Constitución ha introducido precisiones en las reglas aplicables a la entrada en vigencia de las normas legales: “...La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos en materia penal cuando favorece al reo...”.

El precepto glosado ha elevado a rango constitucional la regla que ya estaba establecida en el artículo III del título preliminar del Código Civil, que se adscribe a la teoría de los hechos cumplidos en materia de vigencia de las normas jurídicas, conforme a la cual no constituye aplicación retroactiva de las normas legales que surtan efectos respecto de cualquier situación en curso, aunque se haya constituido con anterioridad.

La interdicción de la retroactividad de las normas legales consagrada a nivel constitucional, entre las que se encuentra las disposiciones reglamentarias, constituye una de las manifestaciones del principio de seguridad jurídica que tiende a proteger a los particulares frente a la adminis-

<sup>48</sup> STC recaía en el Expediente núm. 2050-2002-AA/TC, del 16 de abril de 2002. Fundamento jurídico núm. 24.

tración, para impedir que mediante el dictado de disposiciones que actúen hacia el pasado, se pueda afectar sus derechos. Sólo se exceptúa de la regla general de la irretroactividad las normas referidas a la materia penal pero únicamente cuando favorezcan a los particulares. Regla similar ha sido establecida a nivel legislativo para extender la retroactividad benigna a la materia sancionadora administrativa,<sup>49</sup> debido a la ligazón intrínseca que guarda con la materia penal.

## V. EL CONTROL DE LOS REGLAMENTOS

En el sistema jurídico peruano existen diversos mecanismos de control de la validez de los reglamentos que tienen por finalidad asegurar que tales disposiciones se sujeten a los marcos constitucional y legal que le sirven de referencia. Pueden clasificarse en controles de carácter jurisdiccional y controles de carácter administrativo. Los primeros son los más numerosos, porque comprende la posibilidad de control directo y con carácter general a pedido de cualquier persona por medio de un proceso constitucional *ad hoc* que se denomina acción popular, cuya tramitación corresponde al Poder Judicial; también cabe que los jueces de cualquier orden puedan realizar control difuso y por tanto disponer la inaplicación de los reglamentos en el proceso concreto que están tramitando cuando consideren que contravienen la Constitución o las leyes; en la misma medida puede suceder que en un proceso constitucional de amparo destinado a la tutela de los derechos fundamentales se disponga la inaplicación al caso concreto de reglamentos inconstitucionales o que se interponga la correspondiente demanda contra normas reglamentarias de carácter autoaplicativo; también es posible acudir al proceso de cumplimiento demandado que el juez obligue a la administración ya sea ejecutar (cumplir o hacer cumplir) una norma reglamentaria (inactividad formal) o que cumpla con el mandato de una ley que dispone que se dicte en determinado plazo el correspondiente reglamento (inactividad formal); también puede darse el caso que un reglamento pueda ser el detonante de un con-

<sup>49</sup> La Ley núm. 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, entre los principios de la potestad sancionadora que consagra se encuentra es de irretroactividad, con el siguiente texto: artículo 230, numeral 5) “Irretroactividad. Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables”.

flicto constitucional de competencias y atribuciones lo que determinará su control por parte del Tribunal Constitucional; finalmente este tribunal ha proclamado jurisprudencialmente su competencia para verificar la constitucionalidad de los reglamentos con motivo de la tramitación de un proceso de inconstitucionalidad contra leyes.

El control de los reglamentos en sede administrativa comprende la posibilidad de que los tribunales administrativos puedan realizar control difuso y por ende disponer la inaplicación de los reglamentos ilegales en los procedimientos administrativos sometidos a su conocimiento, potestad reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y también que los particulares afectados por disposiciones reglamentarias que constituyen restricciones o trabas burocráticas de acceso al mercado puedan formular denuncias para que la Comisión de Acceso al Mercado del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual Indecopi disponga la inaplicación al caso concreto de las disposiciones reglamentarias cuestionadas.

Describiremos a continuación los alcances de cada uno de los mecanismos de control de los reglamentos reseñados.

## 1. *Controles de carácter jurisdiccional*

### *A. El proceso constitucional de acción popular*

A diferencia de la mayor parte de países que encauzan el control jurisdiccional de los reglamentos a través del proceso contencioso administrativo, en el Perú el mecanismo de control específico previsto por la Constitución vigente para el control jurisdiccional de la validez de los reglamentos es el proceso de acción popular, consagrado con el siguiente tenor: “Artículo 200. Son garantías constitucionales:... 5. La Acción Popular, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

El proceso de acción popular es un proceso de carácter constitucional de tipo abstracto y en vía principal que tiene por finalidad controlar el respeto de la supremacía constitucional y la no vulneración del principio de jerarquía de las normas consagrado por el artículo 51 de la Constitu-

ción.<sup>50</sup> A diferencia de otros procesos constitucionales en los que el Tribunal Constitucional participa necesariamente ya sea en forma directa (procesos de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley o procesos de conflictos de competencias o atribuciones constitucionales) o como órgano de resolución en última instancia (los procesos de amparo, habeas corpus, de cumplimiento y de habeas data), la tramitación del proceso de acción popular compete exclusivamente al Poder Judicial.

Lo característico del proceso de acción popular es que puede ser iniciado por cualquier persona (natural, jurídica, nacional, extranjera), sin necesidad de acreditar interés o afectación de algún derecho. Se reconoce una legitimación procesal amplia con el objetivo no siempre cumplido de favorecer la tutela de la legalidad mediante el otorgamiento de titularidad a cualquier persona para demandar el control judicial de las normas reglamentarias a fin de verificar su subordinación al ordenamiento jurídico.

Como todos los procesos constitucionales se encuentra regulado por el Código Procesal Constitucional que establece los requisitos para su inicio, las reglas de tramitación y las consecuencias de las sentencias que estiman la demanda.

Mediante el proceso constitucional de acción popular se pueden impugnar todos los dispositivos de carácter reglamentario, es decir de rango inferior o subordinado a las leyes, cualquiera sea la fuente productora, de nivel y alcance nacional, regional o local. No procede cuestionar por esta vía actos administrativos, aunque se trate de actos de carácter general, porque la vía competente es el proceso contencioso administrativo configurado por el artículo 148 de la Constitución como la vía judicial ordinaria para el control de los actos administrativos. El proceso de acción popular por mandato constitucional esta reservado para el control jurisdiccional de las fuentes del derecho de categoría reglamentaria.

El control se realiza respecto de los vicios de fondo y forma que puedan afectar en todo o en parte a los reglamentos. Por vicio de fondo se

<sup>50</sup> Sobre el tema Moron Urbina, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 8, pp. 1091 y ss.; Castañeda Otsu, Susana Ynes, "El proceso de acción popular: un análisis preliminar", *Temas de derecho procesal constitucional. Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2005, t. 1, p. 241; Ortecho Villena; Víctor Julio, "El proceso constitucional de acción popular", *Derecho procesal constitucional*, Lima, El Jurista, 2004, pp. 419 y ss.; también: Danós Ordóñez, Jorge Elías, "La garantía constitucional de la acción popular", *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, núm. 4, pp. 153 y ss.

entiende toda vulneración al régimen constitucional y la transgresión del rango jerárquico superior propio de las normas legales, en cambio los vicios de forma comprenden el incumplimiento de los requisitos para la producción de los reglamentos y la violación de los límites formales y temporales de los tales dispositivos.

El plazo para interponer la correspondiente demanda previsto en el artículo 87 del Código Procesal Constitucional es de cinco años a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación del reglamento que se proyecta impugnar. Vencido el citado plazo solo cabe que el afectado solicite a los jueces que conocen de los procesos judiciales ordinarios, en que pueda estar en juego la aplicación del reglamento cuestionado por ser relevante para resolver la controversia, que realicen el control difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución y en consecuencia disponga la inaplicación del mismo en el caso concreto.

El proceso se inicia ante la sala competente de la Corte Superior del Distrito Judicial en que tiene su sede la autoridad, el organismo o entidad que dictó el reglamento que constituye el objeto de la demanda. Acude al proceso en defensa de la norma cuestionada el procurador público competente en calidad de representante de la entidad emisora del reglamento. La resolución judicial de primera instancia puede ser apelada por cualquiera de las partes ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema cuya decisión pone fin al proceso constitucional. En caso la resolución de primera instancia que declare fundada la demanda no sea apelada, debe elevarse de oficio en consulta a la citada Sala de la Corte Suprema.

El artículo 94 del Código Procesal Constitucional permite que el demandante solicite la adopción de una medida cautelar de suspensión con carácter general de la eficacia de la norma reglamentaria impugnada en el ordenamiento jurídico, sólo después que la primera instancia se haya emitido sentencia estimatoria de la demanda.

La sentencia que con carácter definitivo declare fundada la demanda debe publicarse en el *Diario Oficial El Peruano* con la finalidad de que los ciudadanos y la administración pública tomen conocimiento de que se restablece la legalidad vulnerada por el reglamento mediante su expulsión del ordenamiento jurídico, con alcances generales (*erga omnes*) y con carácter retroactivo (*ex tunc*) desde su entrada en vigencia. Al respecto el último párrafo del artículo 81 del Código Procesal Constitucio-

nal establece que corresponderá a la sentencia que declara inconstitucional y/o ilegal el reglamento demandado determinar sus alcances en el tiempo, regla que deja la puerta abierta para que los jueces por razones de seguridad jurídica puedan postergar la eficacia de su sentencia a una fecha posterior a la de la entrada en vigencia de la norma descalificada.

B. *El control difuso de constitucionalidad de los reglamentos a cargo de los jueces*

En el régimen constitucional peruano coexiste el sistema de control directo y concentrado de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter abstracto y con efectos generales, con el sistema de control difuso de constitucionalidad y/o legalidad de las normas legales que puede ser ejercitado por cualquier juez, en todo tipo de procesos, con efectos restringidos al caso concreto.

El primero de los controles descritos se realiza a través de dos tipos de procesos constitucionales: el proceso de inconstitucionalidad de normas contra las leyes o normas con rango de ley a cargo del Tribunal Constitucional y el reseñado proceso de acción popular contra reglamentos y toda norma jurídica subordinada a la ley, que se tramita en el Poder Judicial.

El control difuso de las normas esta consagrado en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, precepto que ha sido transcrito en este trabajo anteriormente. Constituye un poder-deber de los jueces quienes en todos los procesos a su cargo por mandato del principio de supremacía constitucional<sup>51</sup> deberán preferir la aplicación de las normas de mayor jerarquía inaplicando las normas subordinadas que las vulneren. En consecuencia, los reglamentos pueden ser materia de control de constitucionalidad y /o legalidad en cualquier proceso judicial, cuando sean relevantes para resolver el objeto del proceso, lo que determinará que el juez de la causa pueda inaplicarlos por considerarlos inválidos, con efectos restringidos en el caso concreto.

<sup>51</sup> Consagrado en el artículo 51 de la Constitución, anteriormente transcrito.

### C. Proceso de amparo y control de los reglamentos

La experiencia demuestra que la vía de control jurisdiccional de la validez de los reglamentos más utilizada en los últimos 20 años por los particulares ha sido el proceso constitucional de amparo para la tutela de los derechos constitucionales, ya se trate de los casos en los que el juez realiza el control difuso de constitucionalidad inaplicando el reglamento que considera inválido en la causa sometida a su conocimiento o a través de la interposición de demandas de amparo que tienen por objeto directo el cuestionamiento de un reglamento de carácter autoaplicativo, es decir que no requiere la realización de actos de aplicación concreta para causar efectos lesivos a los derechos de los demandantes.<sup>52</sup>

En nuestra opinión, la razón principal que generó la poca utilización del proceso constitucional de acción popular contra reglamentos, no obstante la amplia legitimidad otorgada a cualquier persona para iniciarlo y los efectos generales de las sentencias que descalifican la norma acusada determinando la pérdida de su vigencia, reside en que no se le reconocía efectos declarativos a las sentencias sino tan solo constitutivos, con vigencia a futuro, lo que desalentaba a los afectados por una norma reglamentaria quienes preferían acudir al proceso constitucional de amparo demandado la protección de sus derechos constitucionales que entendían vulnerados por un reglamento que consideraban inconstitucional.

Esta situación ha querido ser revertida por el nuevo Código Procesal Constitucional otorgándoles a los jueces la posibilidad de asignarle efectos declarativos a sus sentencias, de modo que el reglamento jurídicamente descalificado pueda ser declarado nulo con efecto retroactivo.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Sobre el tema véase Neyra Zegarra, Ana Cristina, “Algunos alcances sobre la procedencia del amparo contra leyes”, Espinoza-Saldaña, Eloy (coord.), *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, Lima, Jurista, 2005, pp. 195 y ss.; Espinoza-Saldaña, Eloy, *Código Procesal Constitucional, Proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*, Lima, Palestra, 2004, pp. 129 y ss.; Castillo Córdoba, Luis, *Habeas corpus, amparo y habeas data*, Ara Editores, 2004, pp. 252 y ss.; también Danós Ordóñez, Jorge Elías, “La acción de amparo contra normas en el ordenamiento jurídico peruano”, *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, Lima, núm. 7, 1991, pp. 70 y ss.

<sup>53</sup> Así lo dice expresamente la exposición de motivos elaborada por la comisión que preparó el anteproyecto del Código y de la que formamos parte. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, Lima, Palestra Editores, 2004, p. 86.

El artículo VI del título preliminar del Código Procesal Constitucional vigente a partir de diciembre del año 2004 reproduce para el ámbito de los procesos constitucionales, como es el caso del proceso de amparo, la facultad otorgada a los jueces por el citado segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución que consagra el control difuso de constitucionalidad de toda norma legal, con el siguiente tenor:

Artículo VI. Control Difuso e Interpretación Constitucional:

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

#### D. *Proceso constitucional de cumplimiento para demandar que se dicten los reglamentos omitidos*

En relación con los reglamentos el proceso constitucional de cumplimiento puede servir de mecanismo de control con dos objetivos: para demandar que el juez ordene a las administración pública que dé cumplimiento a lo establecido en una norma jurídica, cualquiera fuera su rango, es decir incluido disposiciones reglamentarias, y también para solicitar al juez que ordene a la autoridad o entidad pública demandada que cumpla con dictar el reglamento conforme lo haya dispuesto una norma legal.

En el primer caso, el proceso de cumplimiento sirve para reparar las omisiones de carácter material por parte de la administración pública, permitiendo que los particulares puedan acceder a una vía que les permite demandar a la administración pública el acatamiento del ordenamiento jurídico.<sup>54</sup> Esta función del proceso de cumplimiento también puede ser

<sup>54</sup> Así sucedió en la STC recaída en el Expediente núm. 7435-2006-PC/TC, del 13 de noviembre de 2006, mediante la que el Tribunal Constitucional peruano declaró fundada la demanda que solicitó se ordene a la administración sanitaria reparar la omisión material en que veía incurriendo y que por tanto cumpla con ejecutar las normas técnicas sobre planificación familiar establecidas por el propio Ministerio de Salud, brindado información y po-

realizada mediante el proceso constitucional de amparo que procede contra omisiones por parte de las autoridades que lesionen derechos fundamentales y también mediante el proceso ordinario contencioso administrativo que conforme a su ley reguladora también procede para cuestionar las omisiones incurridas por la administración pública.

La segunda función del proceso de cumplimiento en relación con los reglamentos esta referida a la inercia formal, cuando la autoridad, organismo o entidad pública dotada de potestad reglamentaria omite dictarlo, no obstante que una norma de superior rango le ordena expedirlo dentro de determinado plazo. En estos casos la sentencia que estime la demanda establecerá un plazo que no podrá superar los diez días para que la autoridad competente cumpla con dictar el correspondiente reglamento.

#### *E. El proceso constitucional de conflicto de competencia y atribuciones*

Aunque la vía constitucionalmente prevista para el control jurisdiccional con efectos generales de la validez de los reglamentos es el proceso constitucional de acción popular, que por definición puede iniciarlo cualquier persona, no puede descartarse la posibilidad que con motivo del dictado de un dispositivo reglamentario se suscite una controversia exclusivamente entre los sujetos legitimados para iniciar o ser parte en un proceso constitucional de conflicto de competencias y atribuciones derivadas de la carta fundamental, o de las leyes orgánicas, que delimiten los ámbitos competenciales propios de los poderes del Estado, los organismos constitucionales, y los gobiernos regionales y locales.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha enfatizado en su jurisprudencia<sup>55</sup> que los dos presupuestos esenciales del proceso competencial lo constituyen: el elemento subjetivo que implica que los sujetos involucrados cuenten con legitimidad especial para obrar, como es el caso de los

niendo a disposición métodos anticonceptivos como el denominado “anticonceptivo oral de emergencia”.

<sup>55</sup> Por todas se puede revisar la mas reciente, la STC recaída en el expediente núm. 006-2006-PC/TC, del 12 de febrero de 2007, que versa sobre un conflicto iniciado por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial respecto de sentencias dictadas en procesos judiciales que involucraban a empresas de casinos y máquinas tragamonedas, en la el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda declarando nulas numerosas sentencias. Véanse en especial fundamentos jurídicos 6-11.

poderes del estado, los gobiernos regionales locales y locales y los organismos constitucionales autónomos; y el elemento objetivo, conforme al cual la materia del conflicto debe tener una dimensión constitucional, es decir, derivar directamente de la Constitución o de las respectivas leyes orgánicas, quedando fuera de la competencia de este tipo de proceso cualquier controversia sobre materia administrativa.

El segundo párrafo del artículo 111 del Código Procesal Constitucional sólo excluye del proceso constitucional de competencias los casos en que la controversia pueda versar respecto de una norma con rango de ley, situación en la que dispone que la vía adecuada es el proceso directo de inconstitucionalidad contra leyes.

En la hipótesis que se inicie un proceso constitucional de conflicto de competencias o atribuciones entre algunos de los poderes, gobiernos territoriales u organismos constitucionales, referido a una norma reglamentaria dictada por alguno de los sujetos indicados, la sentencia que estime la demanda podrá anular las disposiciones viciadas de incompetencia.

F. *La declaratoria de inconstitucionalidad de reglamentos por conexión o consecuencia en un proceso de inconstitucionalidad contra leyes*

El Tribunal Constitucional peruano ha establecido jurisprudencialmente<sup>56</sup> que con motivo de la tramitación de un proceso de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley también esta facultado para declarar la inconstitucionalidad con carácter general de una disposición reglamentaria que sea conexa o consecuencia de la norma de rango legal que es descalificada constitucionalmente. Se fundamenta en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional que establece que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma legal impugnada, extiende los mismos efectos a aquellas normas vinculadas por conexión o consecuencia, razón por la que también puede privar de vigencia a las disposicio-

<sup>56</sup> STC recaída en el expediente núm. 00045-2004-AI, que versa sobre un proceso de inconstitucionalidad contra normas legales que regulaban el proceso de selección de magistrados que compete al Consejo Nacional de la Magistratura, en la que el citado Tribunal declaró la inconstitucionalidad de las normas legales impugnadas y de dispositivos del reglamento dictado por el citado organismo constitucional. Véanse fundamentos jurídicos 71-87.

nes de jerarquía infralegal, ya sea que establezcan reglas de desarrollo o simplemente reproduzcan las normas declaradas inconstitucionales.

En el caso descrito, a diferencia del proceso de acción popular en que se permite que el Poder Judicial pueda darle efecto retroactivo a sus sentencias, declarando la inconstitucionalidad y/o ilegalidad del reglamento impugnado desde su entrada en vigencia (efectos *ex tunc*), cuando el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de disposiciones reglamentarias por su vinculación a normas legales descalificadas constitucionalmente, dicha resolución sólo surtirá efectos para el futuro (efectos *ex nunc*).

## 2. Controles de carácter administrativo

La necesidad de que los afectados por disposiciones reglamentarias ilegales puedan defender sus derechos, cuestionando la validez de tales normas administrativas por vías que no sean exclusivamente las judiciales, ha tenido como consecuencia que en el ordenamiento legal peruano se hayan establecido dos mecanismos que operan en sede administrativa y que pueden determinar la inaplicación en el caso concreto de los reglamentos que se consideren contrarios a la Constitución y las leyes.

### A. El control de los reglamentos a cargo de los tribunales administrativos

En el Perú la denominación tribunal administrativo alude a un órgano que forma parte de la administración pública, creado por ley, constituido por un cuerpo colegiado de funcionarios especializados a quienes se les otorga competencia para resolver controversias, la mayor parte de las veces entre la administración y los particulares, pero también de estos entre sí, en última instancia administrativa. Se trata de una manifestación de los denominados autocontroles de la administración pública.<sup>57</sup> Por tanto las resoluciones que

<sup>57</sup> Para Fernando de la Rúa —*Jurisdicción y administración. Relaciones, límites y controles. Recursos judiciales*, Buenos Aires, Lerner Editores, 1979. pp. 134 y 137, los tribunales administrativos constituyen “órganos administrativos de aplicación”, los caracteriza como “...cuerpos administrativos que no ejercen un control de la administración sino en la administración: cumplen una actividad funcional interna. Ellos emiten la voluntad del poder administrador la cual, si el interesado no recurre a la justicia dentro de

expiden dichos tribunales pueden ser objeto de cuestionamiento ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo.

Estos tribunales administrativos han incrementado su número en los últimos años de modo que hoy día en el Perú son más o menos una docena resolviendo controversias administrativas de los temas más variados: tributario, registral, minero, protección administrativa de la libre competencia en el mercado, controversias entre empresas concesionarias y usuarios de servicios públicos, controversias entre bancos y compañía de seguros y sus clientes, etcétera. Lo importante es que la experiencia demuestra que la existencia de tribunales administrativos desalienta la litigiosidad en contra de sus decisiones.

Estadísticas —que no es el caso citar— demuestran que los procesos contencioso-administrativos iniciados contra resoluciones dictadas por tribunales administrativos son sustancialmente inferiores que el número de demandas que se interponen contra los actos administrativos emitidos por las demás entidades de la administración pública. Por tanto, se puede afirmar sin temor a equivocarse que los tribunales administrativos actualmente existentes en el sistema peruano evitan la congestión de asuntos administrativos ante el Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional peruano en su oportunidad ha emitido jurisprudencia reconociendo la constitucionalidad de los tribunales administrativos y la susceptibilidad del control jurisdiccional posterior de sus decisiones:

11. En lo que respecta al primer extremo este Tribunal considera que aunque la existencia de tribunales administrativos especializados se justifica en la particular naturaleza de las materias jurídicas cuya defensa o protección se le encomienda, y que por principio se entienden como naturales y exclusivas, ello no significa ni puede interpretarse como que tales materias se encuentren fuera del ordenamiento jurídico en su totalidad y que por consiguiente, pueda postularse la existencia de ámbitos de derecho, que al mismo tiempo que se les reconozca como tales, estén ubicados fuera del contexto general. Como es evidente, la especialidad de una determinada materia no puede alegarse como pretexto para pretender que las decisiones adoptadas por los tribunales administrativas que conocen de las mismas, sean irrecurribles o carentes de algún medio de fiscalización o control.

cierto tiempo, deviene firme, con el alcance de la cosa juzgada administrativa...” (el énfasis es mío).

12. En tanto la Constitución vincula a todos los poderes públicos y sujetos privados y es, por tanto, la base sobre la que se asienta el ordenamiento jurídico en su totalidad (...) es incuestionable que lo que puede determinarse desde el enfoque de una determinada materia por parte de un tribunal administrativo especializado, puede ser susceptible de control desde una perspectiva estrictamente constitucional, tanto más cuanto que dichas materias y las decisiones que sobre las mismas se adoptan, pueden incidir, ya sea de forma directa o indirecta, en el contenido y la eficacia de los derechos fundamentales. No existe, pues, incompatibilidad entre la jurisdicción administrativa y la potestad de control recaída en la jurisdicción constitucional.<sup>58</sup>

En el Perú tradicionalmente se ha entendido que la administración pública no está facultada para ejercer control difuso de constitucionalidad de las leyes, porque se trata de una competencia que el artículo 138 reserva a los jueces, pero en cambio sí se acepta que puede ejercer el control difuso de la legalidad de los reglamentos, que no involucra la posibilidad de inaplicar leyes, sino que solo comprender la facultad de inaplicar dispositivos reglamentarios por considerarlos no conformes con normas de mayor jerarquía, potestad que en nuestro ordenamiento jurídico poseen algunos órganos de la administración pública que por mandato legal están expresamente facultados para ejercerla, como es el caso de los tribunales administrativos que resuelven recursos en última instancia administrativa, en especial el Tribunal Fiscal a quien el artículo 102 del Código Tributario expresamente le faculta a ejercer el citado control difuso de las normas legales que se ha entendido siempre referido únicamente a disposiciones reglamentarias.

El control difuso referido exclusivamente al control de legalidad de los dispositivos de rango reglamentario es una potestad que tiene como fundamento el respeto al principio de legalidad al que está sometida la administración pública en un estado de derecho. Se trata de una competencia que no puede ser ejercida por cualquier funcionario u órgano de la administración pública, sino exclusivamente por aquellos tribunales administrativos expresamente facultados por norma legal para ejercer dicha potestad. Este criterio ha sido expresado en numerosas sentencias por el Tribunal Consti-

<sup>58</sup> STC expediente núm. 3315-2994-AA/TC, del 17 de enero de 2005, proceso de amparo contra una resolución del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (Indecopi) que resuelve una denuncia por competencia desleal por utilización de envases para agua.

tucional peruano, especialmente en los casos referidos a dispositivos reglamentarios de tributos, en los que el citado Tribunal Constitucional ha señalado que corresponde al Tribunal Fiscal, en su calidad de órgano que resuelve en última instancia administrativa las controversias sobre materia tributaria, ejercer el control difuso de legalidad y/o constitucionalidad de los dispositivos legales de rango inferior a la ley (decretos supremos, etcétera) de contenido tributario, los que conforme al mandato constitucional deben sujetarse a los parámetros que establezcan las leyes de la materia.

Uno de los casos citados en los que el Tribunal Constitucional ha reconocido que los tribunales administrativos están facultados para ejercer el control de legalidad de las normas infralegales, disponiendo la inaplicación de éstas cuando contravengan las leyes, y por ende el principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 51 de la Constitución, se produjo con motivo del proceso de amparo interpuesto por la empresa P. J. Bingos S.A. (expediente núm. 1266-2001-AA/TC del 9 de septiembre de 2002) con el objeto de que se inaplique la norma de un Decreto Supremo que servía de base para la exigencia del pago de un tributo:

5. (...) el Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, no es aplicable su doctrina jurisprudencial según la cual, en materia tributaria, tratándose de la inconstitucionalidad de una norma legal —a cuyo amparo se realizó el acto reclamado—, no es preciso transitar ante los tribunales administrativos, dado que se trata de órganos sometidos al principio de legalidad. Y es que, *en el caso de autos, no se trata de una norma con rango, valor o fuerza de ley, sino de una norma infralegal, es decir, de un nivel jerárquico inferior al de la ley, cuyo control de validez si están obligados a efectuar los tribunales administrativos* (los resaltados son nuestros).

En fecha mas reciente el Tribunal Constitucional peruano inclusive ha ampliado considerablemente su doctrina jurisprudencial, estableciendo que los tribunales administrativos no sólo deben realizar el control difuso de la validez de las disposiciones reglamentarias en los procedimientos administrativos cuyo trámite tienen a su cargo, sino también pueden ejercer el control difuso de constitucionalidad de las leyes, habilitándolos para inaplicarlas siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un procedimiento administrativo; (ii) que la

norma con rango de ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución; (iii) que el control sea exclusivamente realizado por tribunales administrativos de carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo; (iv) que el control sólo opere a pedido de parte “...siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados”, y (v) que excepcionalmente el control difuso proceda de oficio cuando se trate de la aplicación de disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del citado Tribunal.<sup>59</sup>

Nosotros hemos expresado en diversos foros una posición discrepante a la reseñada del Tribunal Constitucional peruano, porque en nuestra opinión la administración pública no esta constitucionalmente autorizada para ejercer el control difuso de constitucionalidad de las leyes, o de normas con rango de ley, debido a que se trata de una potestad consagrada por el artículo 138 de la Constitución exclusivamente para los jueces o las entidades que ejercen función jurisdiccional, entre otras razones que no es el caso explayarnos en este trabajo.

#### *B. El control de los reglamentos que impliquen barreras burocráticas*

En el ordenamiento peruano se ha restituido recientemente, mediante la Ley núm. 28996, denominada Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada, la atribución para que el Indecopi, por medio de uno de sus órganos, denominado Comisión de Acceso al Mercado (CAM), a petición de parte, pueda disponer la inaplicación al caso concreto materia de la denuncia de las ordenanzas regionales y locales y de toda norma reglamentaria de nivel nacional, regional

<sup>59</sup> STC recaída en el expediente núm. 3741-2004-AA/TC del 14 de noviembre de 2005, mediante el cual el Tribunal Constitucional resuelve un proceso de amparo iniciado por una persona a la que se le exigía el pago de una tasa establecida en una ordenanza municipal con condición para admitir a trámite su recurso administrativo contra la aplicación de una multa. Aunque el caso no involucraba la aplicación de una ley ni a ningún tribunal administrativo se aprovechó de establecer con carácter de precedente vinculante que los tribunales administrativos pueden ejercer control difuso de constitucionalidad de las normas con rango de ley. La sentencia fue posteriormente aclarada mediante resolución del 13 de octubre de 2006.

o local (incluido decretos supremos) que se considere constituye barrera burocrática, concepto que es definido en el artículo 2o. de la citada ley como el establecimiento de "...exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley núm. 27444<sup>60</sup> y que limitan la competitividad empresarial en el mercado".

Como se puede apreciar esta facultad otorgada a un órgano de la administración pública constituye otra manifestación del control difuso de legalidad de las normas reglamentarias que en el ordenamiento jurídico peruano se le atribuye principalmente a los tribunales administrativos.

Mediante el citado mecanismo cualquier particular afectado por un reglamento puede acudir a la CAM de Indecopi solicitando se evalúe la legalidad del reglamento impugnado y en caso de verificar que contraviene las normas legales de simplificación administrativa, se disponga su inaplicación en el caso concreto que lo perjudica. La resolución de la citada Comisión puede ser materia de recurso de apelación por el denunciante o por la autoridad o entidad emisora del reglamento impugnado para que sea resuelto en última instancia administrativa por la Sala de defensa de la Competencia del Tribunal Administrativo de Indecopi.

Sólo en caso que el procedimiento de investigación respecto de barreras burocráticas contenidas en decretos supremos y otras normas reglamentarias haya sido iniciado de oficio, se establece que la Comisión de Acceso al Mercado no podrá ejercer control difuso alguno en sede administrativa sino que deberá interponer la correspondiente demanda de acción popular para obtener la declaratoria judicial de invalidez de las normas reglamentarias cuestionadas.

<sup>60</sup> Ley de Procedimiento Administrativo General aplicable a todas las entidades de la administración pública, cuyo artículo 48 modificado por la Ley núm. 28896 es el que regula la atribución y el procedimiento de impugnación ante la CAM de Indecopi de los reglamentos que constituyan barreras burocráticas.