

Municipalidades y ordenanzas en el Perú

Indagación histórico-jurídica sobre el espíritu de una actuación municipal

Carlos Ramón Noda Yamada

Alumno de séptimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Introducción.

La competencia económica es la lucha de diversos agentes económicos por la consecución de unos mismos bienes en el mercado. En un régimen de competencia económica, los agentes que componen el mercado son tres: los consumidores, los productores y el Estado.

Estas líneas están dedicadas a analizar el papel que desempeña el Estado como actor del mercado y, en especial, a profundizar en la actuación de los gobiernos locales como distorsionadores de la competencia económica. Esta inquietud parte del problema suscitado entre la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI y la Municipalidad Metropolitana de Lima⁽¹⁾ en cuanto al intento de esta última de salir del ámbito de control de la primera.

En el presente ensayo se realizará un análisis en tres niveles. El primero es uno puramente jurídico, en el que se revisará la constitucionalidad de la Ordenanza No.121, estudiando las competencias municipales y las competencias de la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI.

El segundo nivel es histórico, y pasa por descubrir el verdadero origen de la institución municipal en el Perú, así como el papel que ha desempeñado la mencionada institución en la

historia peruana. Estos objetivos se lograrán a partir del análisis de dos momentos históricos significativos: la instalación del cabildo de la ciudad de Trujillo en el siglo XVI y la actuación del cabildo de Lima durante la era de la independencia, a comienzos del siglo XIX. La elección del estudio de los cabildos de aquellas localidades no ha sido casual sino intencional, ya que las municipalidades de ambas localidades son las que muestran en la actualidad un ánimo más beligerante que las demás municipalidades del país.

Finalmente, el tercer nivel, el más importante para nosotros, apunta a descubrir la mentalidad que está detrás de la actuación municipal exteriorizada en la Ordenanza No.121 y las consecuencias que acarrea dicha mentalidad.

2 La Ordenanza No.121 y las competencias municipales.

El 26 de agosto de 1997 la Municipalidad Metropolitana de Lima expidió la Ordenanza No.121, mediante la cual declaró que el artículo 26BIS del Decreto Ley No.25868, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, no tiene aplicación respecto de los actos de la administración pública del ámbito municipal dentro de la provincia

(1) La Municipalidad Provincial de Trujillo también intenta escapar a la aplicación del artículo 26BIS del Decreto Ley No.25868, mediante la Ordenanza No.16-97-MPT, expedida el 28 de agosto de 1997 y publicada el 10 de octubre de 1997.

de Lima⁽²⁾; esta ordenanza se publicó en el diario oficial El Peruano el 28 del mismo mes.

En su parte considerativa, la Municipalidad sustenta la validez de su ordenanza en el principio de separación de poderes, garantizado por el artículo 43 de la Constitución, en la autonomía municipal reconocida en el artículo 191 de la Constitución y en la teoría del bloque de constitucionalidad.

Es importante cuestionar el sustento constitucional de esta actuación municipal, realizando una interpretación sistemática del texto constitucional en lo referente a las competencias municipales, el tipo de Estado y la constitución económica.

2.1 El Perú es un Estado unitario.

La Municipalidad Metropolitana de Lima cita entre los considerandos de la Ordenanza No.121 al artículo 43 de la Constitución peruana, cuyo texto es el siguiente:

“La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes⁽³⁾”.

Ante todo, el artículo 43 de la Constitución establece que el Estado es uno e indivisible, y acto seguido indica que su gobierno es unitario; cabe preguntarse qué es lo que caracteriza a un Estado unitario.

Un Estado unitario se diferencia de otro complejo, según el ordenamiento jurídico estatal se presente simple en su estructura o bien como resultado de la unión de muchos ordenamientos

jurídicos estatales⁽⁴⁾. Un Estado complejo, en cambio, es el federal, debido a que en su conformación coexisten los elementos distintivos de la estructura estatal típica y los denominados Estados miembros. Estos últimos constituyen entidades soberanas, en razón a la naturaleza originaria de su ordenamiento, no derivado y anterior a cualquier otro⁽⁵⁾.

El ejemplo típico del Estado federal lo constituyen los Estados Unidos de América y, según el modelo trazado por la Constitución de 1787, la distribución de competencias asigna al gobierno federal algunas de ellas, reservando las restantes a las demás administraciones⁽⁶⁾, en ese sentido, la Décima Enmienda prescribe:

“*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people*⁽⁷⁾”.

La situación del Perú es distinta a la descrita en el párrafo anterior, pues además del hecho de ser un Estado unitario y no uno federal, la Constitución peruana no dispone una delegación de poderes o facultades al gobierno central, sino que, por el contrario realiza dicha delegación de competencias en favor de los gobiernos locales. Así lo hacen los artículos 191 y 192 de la Carta de 1993:

“Artículo 191.- Las municipalidades provinciales y distritales, y las delegadas conforme a ley, son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia(...).

Artículo 192.- Las municipalidades tienen competencia para:

1) Aprobar su organización interna y su presupuesto.

(2) Ordenanza No.121: Artículo 1.- Declárese que el artículo 26BIS del Decreto Ley No.25868, modificado por el Decreto Legislativo No.807, no tiene aplicación respecto de los actos y disposiciones de la administración pública del ámbito municipal, dentro de la provincia de Lima, sobre la que ejerce jurisdicción exclusiva la Municipalidad Metropolitana de Lima, en los asuntos metropolitanos de competencia municipal.

(3) Artículo 43 de la Constitución Política del Perú de 1993.

(4) FERRANDO BADIA, Juan. *El Estado Unitario, el Federal y el Estado Regional*. Madrid: Tecnos, 1978. p.35.

(5) RUDA SANTOLARIA, Juan José. *Los sujetos de derecho internacional. El caso de la Iglesia Católica y del Estado de la Ciudad del Vaticano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995. p.62.

(6) Loc.cit.

(7) Décima Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América:

“Los poderes que no han sido delegados a los Estados Unidos por la Constitución, y que no han sido restringidos a los Estados por ella, se encuentran reservados a dichos Estados, o al pueblo”.

- 2) Administrar sus bienes y rentas.
- 3) Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales.
- 4) Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.
- 5) Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, y ejecutar los planes y programas correspondientes.
- 6) Participar en la gestión de las actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley; y
- 7) Lo demás que determine la ley”.

Es claro que la Constitución ha delegado ciertas facultades a las municipalidades, pero también es cierto que la misma Constitución ha sometido al imperio de la ley a las municipalidades, hecho que se puede notar al revisar, además del artículo 192 ya citado, el artículo 74 de la Constitución, referente a la potestad tributaria municipal:

“Artículo 74.- (...) Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley(...)”.

La claridad de los artículos constitucionales citados nos exime de mayores comentarios, solamente nos queda agregar como una conclusión parcial que, si bien las municipalidades tienen asignadas ciertas competencias, dichas potestades no son irrestrictas sino que se encuentran limitadas por las leyes sobre la materia, por lo que corresponde determinar, en cada caso, cuáles son los alcances de esas potestades teniendo en cuenta las referidas leyes.

Las disposiciones constitucionales que reconocen la autonomía municipal constituyen una “garantía institucional, que no puede ser vulnerada por las normas de los poderes constituidos. Es decir, que las leyes del Congreso o los decretos legislativos del Poder Ejecutivo serán

inconstitucionales si desconocen o vacían de contenido a la autonomía municipal⁽⁸⁾”.

Del mismo modo, **las competencias del gobierno central no pueden ser vulneradas por las normas municipales**, es decir, por las ordenanzas, las cuales serán inconstitucionales si desconocen las facultades del gobierno nacional⁽⁹⁾. Es preciso resaltar que, “la autonomía no es soberanía -y aún este poder tiene sus límites- y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de ésta donde alcanza su verdadero sentido⁽¹⁰⁾”.

En una situación como la planteada por la colisión normativa entre el Decreto Ley No.25868 y la Ordenanza No.121, debe ponderarse la preeminencia de los intereses generales del Estado por sobre los intereses locales, dentro del marco de competencias y atribuciones establecidas en el bloque de constitucionalidad.

En tal sentido, en el presente caso nos encontramos ante una materia propia del interés general del Estado y no de la Municipalidad Metropolitana de Lima, en tanto se trata de un asunto de interés nacional, como es la defensa de la libre competencia en el Perú.

2.2 La Constitución económica y el libre mercado.

Atendiendo a que se ha determinado que el asunto materia de controversia responde a un interés general propio del Estado, es evidente que debemos explorar las competencias y funciones de la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI, para despejar toda duda sobre la legitimidad constitucional de dichas competencias.

(8) Informe especial del constitucionalista César Landa Arroyo. En: BLUME FORTINI, Ernesto (ed.). *El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993*. Lima: Municipalidad Metropolitana de Lima, 1997. p.79.

(9) “Las municipalidades tienen competencias específicas establecidas en (la Constitución). Dentro de ese marco de competencias, los gobiernos locales son los constitucionalmente encargados de dictar las normas respectivas. Sin embargo, desde luego, si una norma municipal contradice a una del plano nacional o regional, deben ser preferidas las normas de estos dos planos superiores de acuerdo a su respectiva graduación jerárquica” (resaltado nuestro). En: RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. 6a.ed. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993. p.130.

(10) Informe especial del constitucionalista César Landa Arroyo. En: BLUME FORTINI, Ernesto (ed.). Op.cit.; pp.81-82.

Al respecto, el artículo 58 de la Constitución consagra el principio de la libre iniciativa privada⁽¹¹⁾.

Ésta es el derecho que tiene toda persona a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, con el objeto de conseguir una ventaja económica. En ese sentido, la Constitución ha consagrado el modelo de economía descentralizada o economía de mercado, en el que los planes y las acciones de las unidades independientes son coordinadas por mediación del mercado y se encuentran ligadas por relaciones de cambio que ajustan las diferentes fuerzas. En esta misma línea, el artículo 59 de la Constitución define el papel del Estado como promotor de la riqueza en el país⁽¹²⁾.

El Estado peruano es actualmente un árbitro de la actividad económica, que solamente debe participar cuando es indispensable. Un principio bastante aceptado es que le corresponde al sector privado el rol de invertir y producir, y que el Estado debe dar las condiciones para que ello sea factible⁽¹³⁾. En ese orden de ideas, el artículo 61 de la Constitución dispone lo siguiente:

“Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. **Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.** Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios(...)⁽¹⁴⁾”.

El reconocimiento constitucional de la competencia económica como principio rector del sistema económico tiene un significativo carácter instrumental; la función económica del principio

de competencia es también función social, en otras palabras, la competencia económica sirve al interés general. Por virtud de su reconocimiento constitucional, la competencia económica y sus logros estrictamente económicos se ordenan imperativamente a la obtención de los fines propios de la organización socio-política en que se encuadra el particular sistema económico por ella regido.

El cumplimiento de las funciones económicas y sociales de la competencia económica exige de los agentes económicos, dentro de los cuales se encuentra incluido el Estado, la omisión de todo comportamiento que ponga en peligro la operatividad de la competencia económica.

En tal sentido, el artículo 49 del Decreto Legislativo No.807 que modificó el artículo 18 del Decreto Ley No.25868, creó la Comisión de Acceso al Mercado dentro de la organización del INDECOPI. Dicha Comisión tiene como función supervisar que los actos y las disposiciones de la Administración Pública, lo cual incluye a las ordenanzas municipales, no constituyan barreras que obstaculicen o impidan irracionalmente el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado⁽¹⁵⁾.

La mencionada comisión hace posible la existencia de la competencia económica en el Perú, es decir, es la herramienta que utiliza el Estado para dar cumplimiento al mandato expreso de la Constitución, combatiendo las barreras burocráticas ilegales o irracionales,

(11) Artículo 58 de la Constitución: La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

(12) Artículo 59 de la Constitución: El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

(13) *Economía para todos. Texto y guía de consulta.* Lima: Instituto Apoyo, 1997. p.32.

(14) Artículo 61 de la Constitución (el resaltado es nuestro).

(15) Artículo 26BIS del Decreto Ley No.25868 incorporado por el artículo 50 del Decreto Legislativo No.807: La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos No.283, 668, 757, el artículo 61 del Decreto Legislativo No.776 y la Ley No.25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su artículo 2, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo(...).

incluso en el ámbito de los gobiernos regionales y locales. En ese sentido, las competencias y atribuciones de la comisión están orientadas a evitar que la Administración Pública, la cual incluye a las municipalidades, mediante actos o disposiciones de cualquier tipo limiten ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado o que contravengan las disposiciones legales cuya vigilancia se encomienda a la comisión, mientras que las competencias y atribuciones establecidas en favor de la municipalidad, están dadas en virtud al proceso de descentralización de las funciones del Estado, que tiene como objetivo el desarrollo integral del país y mediante el cual se les reconoce autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

Como puede apreciarse, las competencias establecidas para las municipalidades y para la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI no entran en conflicto alguno, pues los valores y bienes jurídicos para los cuales fueron creadas son totalmente distintos y complementarios, toda vez que a una se le encomienda velar por el adecuado funcionamiento del mercado y a las otras se les encomienda vía descentralización de las funciones del Estado, procurar el bienestar de los vecinos y lograr el desarrollo armónico de sus jurisdicciones.

Por lo expuesto, podemos concluir que la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI, se erige en la última línea de defensa entre el particular y la Administración Pública, cuando esta última intenta abusar de sus privilegios desconociendo los derechos del individuo. La actuación de la comisión responde al interés general de la nación, pues las libertades de trabajo, empresa, comercio e industria tienen por objeto la promoción del progreso y desarrollo del país, y por consiguiente el bienestar para todos los peruanos.

3 Proceso histórico a los Municipios del Perú.

Las municipalidades del Perú podrían intentar una estrategia para legitimarse a partir de la historia, presentándose a sí mismas como instituciones con gran tradición democrática, representativa y legitimadora.

Al respecto, en una obra editada por la Municipalidad de Lima, cierto sector de la doctrina jurídica ha sostenido que el siglo XX se caracteriza por un perfil antimunicipalista, a diferencia del siglo XIX y de los siglos coloniales, durante los cuales, el cabildo tuvo un papel digno y protagónico:

“El siglo XX, entonces, acusa un perfil marcadamente antimunicipalista en la medida que el Estado crece y se moderniza en una perspectiva intervencionista y centralizadora. Todo lo contrario a las tradiciones épicas de aquel Municipio que fuera revivido por la Constitución gaditana de 1812, el cual no sólo reactivó la presencia mayoritaria de criollos en el antiguo cabildo colonial, sino que años después deviniera en el baluarte de legitimación del nuevo orden que surge de las guerras de la independencia, como sucedió por cierto en toda la América española. Este Concejo (así se le denominó) Municipal estuvo presente en todos los grandes acontecimientos de nuestra historia durante el siglo XIX, jugando un importante papel ya sea en las sucesivas revueltas que convulsionaban al país, como los aciagos años de la Guerra del Pacífico⁽¹⁶⁾”.

El texto reseñado anteriormente contiene graves inexactitudes históricas que confundirían a un lector desprevenido, planteando una leyenda dorada de las municipalidades que proyecta una imagen de aquellas como entes legitimadores y protagonistas de la historia. Nada más alejado de la realidad, las municipalidades -incluimos dentro de esta denominación al cabildo- cumplieron un oscuro papel en la historia del Perú, desde el mundo de los encomenderos hasta el lamentable papel que cumplieron durante la época de la independencia.

3.1 El cabildo en el mundo de los encomenderos.

La primera sociedad peruana fue aquella sociedad de los encomenderos del siglo XVI, fue en ese mundo que hizo su aparición el cabildo. En este punto es preciso adelantar que el estudio de esta época histórica resultará fundamental para comprender el alcance de nuestra crítica a la actuación municipal materia de discusión, una crítica que va más allá de la pura legalidad, que apela a las mentalidades detrás de las medidas tomadas por los distintos actores de la controversia.

Es muy conocida la expresión “la riqueza de las Indias son sus indios”, frase muy adecuada para resumir la realidad de la sociedad hispanoperuana de la conquista, aquella sociedad de los encomenderos del siglo XVI. En este contexto, es importante tomar en cuenta que una encomienda no era una concesión de tierras⁽¹⁷⁾, sino una concesión de indígenas. La encomienda era una institución medieval preexistente, que llegó a la América hispánica para satisfacer los afanes de preeminencia y reconocimiento de los conquistadores, en otras palabras, fue la institución que sirvió para procurar el cumplimiento del ideal señorial del conquistador.

La supuesta participación del cabildo como institución legitimadora del proceso emancipatorio, no fue digna ni gloriosa, fue oscura y llena de indecisión como el mismo proceso independentista peruano.

Continuando con la exposición de nuestro argumento, es necesario resaltar un aspecto esencial

de la mentalidad del conquistador: el afán de riqueza. Más allá del deseo de servir a su rey y de ganar nuevas almas para Cristo, el conquistador se embarcaba a las Indias con sed de riquezas; sobre este aspecto de la personalidad del conquistador, es interesante tener en cuenta la expresión de Bernal Díaz del Castillo según la cual, los conquistadores emprendían el viaje a las Indias, “por servir a Dios y a su Majestad, y dar luz a los que estaban en tinieblas, y también por haber riquezas⁽¹⁸⁾”.

El tributo fue una de las cuestiones centrales en la encomienda indiana; éste fue una imposición económica que debían pagar los indígenas en su condición de vasallos libres de la Corona de Castilla⁽¹⁹⁾. La Corona hizo cesión de su derecho a percibir este tributo en favor de sus súbditos españoles, los encomenderos, en razón de los servicios realizados en la conquista y colonización de los territorios indios⁽²⁰⁾.

Es en este contexto, en el que aparecen las “encomiendas de depósito”, realizadas por Pizarro, que simplemente entregaban a los indígenas al encomendero “para que de ellos os sirváis en vuestras haciendas y labranzas, y minas y granjerías⁽²¹⁾”. En este sistema el único límite para el tributo era la voluntad de este pequeño señor feudal.

El establecimiento hispánico en el Perú conoció tres etapas fundamentales en cuanto a la regulación del tributo indígena en el seno de las encomiendas:

“La primera de ellas (corresponde) a una fase desordenada y anárquica, caracterizada en general por la extracción por parte de los encomenderos, de los bienes y del trabajo de los indios de acuerdo con la medida de la ambición de cada uno de los españoles(...). Una segunda etapa

(17) RAMIREZ, Susan. *Patriarcas provinciales. La tenencia de la tierra y la economía del poder en el Perú colonial*. Madrid: Alianza América, 1991. p.34.

(18) BERNAL DIAZ DEL CASTILLO. *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España*. En: BRADING, David A. *Orbe Indiano. De la monarquía católica a la República criolla*. 1492-1867. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p.69.

(19) DE LA PUENTE BRUNKE, José. *Encomienda y encomenderos en el Perú. Estudio social y político de una institución colonial*. Sevilla, 1992. p.178.

(20) Loc.cit.

(21) Ibid.; p.179.

(abarca) las primeras tasaciones de los repartimientos de indios, introduciendo consecuentemente cierto orden, o disminuyendo el extremo desorden, en lo relativo a la tributación indígena(...). Finalmente, puede hablarse de una tercera etapa, (la del) tributo en dinero, (y) uniformización de la tributación⁽²²⁾”.

La tasación del tributo no fue un proceso pacífico, graves conflictos se produjeron como consecuencia de las limitaciones a las exacciones de los encomenderos.

Hasta el momento hemos realizado un breve recorrido por la institución de la encomienda y el problema del tributo, elementos importantes en el mundo hispanoperuano del siglo XVI, aquel donde aparecen los cabildos. Ahora, es preciso señalar la relación de aquellos cabildos con los encomenderos, y el papel que desempeñaron en aquella época; para esto, enfocaremos nuestra atención en el cabildo de Trujillo:

“Además de riqueza y estatus social, los encomenderos gozaron de un absoluto monopolio del poder político local. El hecho de ser vecino de Trujillo llevaba inherente el derecho y la obligación de pertenecer al cabildo, y, durante las primeras dos décadas aproximadamente, ellos fueron sus únicos componentes⁽²³⁾”.

El cabildo, en aquellos años, fue verdaderamente un instrumento de los encomenderos de Trujillo, para estructurar la sociedad de la manera que deseaban y les convenía. Ocupar un cargo en él daba voz y voto a los encomenderos en todas las cuestiones que se presentaban ante el único cuerpo legislativo del territorio⁽²⁴⁾. Su puesto en el cabildo también calificaba a los encomenderos para ocupar otras posiciones de poder y responsabilidad en Trujillo. Los alcaldes, que eran elegidos entre los demás miembros del concejo, actuaban como jueces de primera instancia; más aún, en aquellos primeros años, antes

de que se estableciera la burocracia de la Corona, éstos actuaban también como tesoreros y representantes del rey⁽²⁵⁾.

De esta manera, podemos concluir que el cabildo de los primeros años fue un instrumento de poder de los encomenderos que les permitía defender sus intereses y profundizar su influencia y riqueza personal; es claro que el cabildo no fue un ente representativo de los habitantes de la localidad -ni siquiera de todos los españoles de esa localidad, para no hablar de los indígenas- sino una simple herramienta de control a disposición de los encomenderos. El debut de los cabildos en la historia del Perú no es nada auspicioso en cuanto a su supuesta representatividad y buenas intenciones.

3.2 El cabildo y la caída del gobierno real en el Perú.

En cuanto a la supuesta participación del cabildo como institución legitimadora del proceso emancipatorio, cabe señalar que dicha participación no fue digna ni gloriosa, por el contrario, fue oscura y llena de indecisión como el mismo proceso independentista peruano.

Destruir este mito sobre la historia de las municipalidades, requiere hacer un breve estudio de la desestructuración del poder real en el Perú, con especial énfasis en el rol que jugó el cabildo de Lima en aquella época.

El año 1808 es importante pues en esa fecha se produjo el colapso del gobierno en la península, sin embargo, a diferencia del resto de la América hispánica, el Perú optó por mantenerse fiel al régimen virreinal⁽²⁶⁾ a pesar de todas sus aspiraciones y reclamos dirigidos a las Cortes⁽²⁷⁾. El cabildo de Lima fue una de las instituciones del virreinato peruano que realizaron peticiones a las

(22) Ibid.; p.187.

(23) RAMIREZ, Susan. Op.cit.; p.42.

(24) Ibid.; p.43.

(25) Ibid.; p.44.

(26) Una prueba evidente de este sentimiento realista de la población del virreinato peruano, la podemos encontrar revisando la lista de editores y colaboradores del *Verdadero Peruano*, periódico provirreinal patrocinado por el virrey Abascal. Entre 1812 y 1813, colaboraron José Pezet, Félix Devoti e Hipólito Unánue, entre otros, personajes considerados durante mucho tiempo como partidarios de la independencia. Ver: ANNA, Timothy E. *The Fall of the Royal Government in Peru*. Lincoln:University of Nebraska Press, 1990. pp.70-71.

(27) Ibid.; pp.51-52.

Cortes, pero que se mantuvieron leales a la causa real durante todo el proceso emancipatorio⁽²⁸⁾.

“Así, los liberales peruanos no formaron un movimiento de independencia. Prisioneros de su sociedad, no pedían más que reformas políticas e igualdad para los criollos dentro del armazón colonial. Sus portavoces eran los cabildos, que irrumpieron bruscamente a la escena en 1808, al producirse el colapso del gobierno imperial⁽²⁹⁾”.

Las peticiones del cabildo de Lima, que hacia 1808 estaba integrado por regidores perpetuos, no eran precisamente un modelo de patriotismo, según lo que se desprende de las instrucciones del cabildo de Lima al representante del Perú ante la junta central:

“En 1809, respondiendo a la decisión de la junta central de que debían enviar un diputado a España, los cabildos del Perú escogieron a José de Silva y Olave, rector de la Universidad de San Marcos. Sus instrucciones fueron redactadas por el cabildo de Lima y resumían las peticiones de los criollos en ese momento(...). Criticaban a los intendentes por abuso de poder y opresión de los cabildos; y querían la restauración no sólo de los corregidores sino también de los infames repartimientos(...)⁽³⁰⁾”.

La Constitución de la monarquía española fue promulgada y jurada en Lima en la primera semana de octubre de 1812. Una novedad de dicha Constitución fue la aparición de cabildos elegidos; pero estas elecciones eran indirectas y extraordinariamente complejas. La Constitución jamás especificó quiénes poseían el derecho al voto, lo que sucedió en la realidad fue que el derecho a votar fue definido por las tradiciones y costumbres locales⁽³¹⁾.

Durante el período constitucional se realizaron tres elecciones para el cabildo de Lima, la

última elección se realizó el 6 de noviembre de 1814, a pesar de que la Constitución casi había dejado de existir. El 30 de diciembre, día anterior a la asunción de sus cargos por los nuevos miembros del cabildo, arribó a Lima la orden real por la que se abolían los cabildos constitucionales; al día siguiente, el cabildo perpetuo de la ciudad fue restaurado⁽³²⁾.

Los años del gobierno de Abascal y Pezuela transcurrieron sin mayores alteraciones provenientes de los cabildos pues los más serios ataques al régimen provenían no del interior, sino del exterior. En este contexto, el 7 de diciembre de 1820, se eligió un nuevo cabildo limeño que no fue más combativo ni realizó esfuerzo alguno en pro de la independencia⁽³³⁾.

El motín de Aznapuquio significó la caída del virrey Pezuela y su reemplazo por José de La Serna. El nuevo virrey decidió abandonar Lima y dirigirse hacia el interior, el 5 de julio de 1821. De acuerdo al testimonio de Basil Hall, Lima se encontraba en un estado de indecisión e incertidumbre después de la evacuación de los realistas. Dado que no había otra cosa que hacer, excepto invitar a San Martín para que ocupe la ciudad, se decidió hacerlo. San Martín respondió requiriendo saber si el sentir general de la población era que ingresara en la ciudad; al no tener alternativa, los notables respondieron afirmativamente y el 12 de julio ingresó a Lima⁽³⁴⁾.

La guerra se prolongaría hasta fines de 1824. Precisamente un acontecimiento ocurrido en el último año de la guerra vendría a confirmar el verdadero sentir de los peruanos y, en especial, de los miembros del cabildo de Lima; se trata de la reocupación de Lima por los realistas, hecho acontecido el 29 de febrero de 1824. Entre febrero y diciembre de 1824, la vida en Lima regresó a un ritmo que recordaba la normalidad de los mejores

(28) *Ibid.*; pp.47-48

(29) LYNCH, John. *Las Revoluciones Hispanoamericanas 1808-1826*. 5a.ed. Barcelona: Ariel, 1989. p.159.

(30) *Ibid.*; pp.159-160.

(31) ANNA, Timothy E. *Op.cit.*; pp.83-84.

(32) *Ibid.*; p.104.

(33) Algo que puede ayudar a comprender esto es destacar el hecho que uno de los alcaldes elegidos ese día, el Conde de San Isidro, firmó el Acta de Independencia pero murió en el Callao, es decir mientras se encontraba con los realistas de Rodil. Ver ANNA, Timothy E. *Op.cit.*; pp.168 y 188.

(34) *Ibid.*; pp.179-180.

días del virreinato. El Consulado fue reorganizado y juró fidelidad a Rodil y a la “legítima causa”; del mismo modo, el cabildo se reunió -compuesto por los mismos miembros que en 1820- y colaboró con los realistas. El cabildo agradeció públicamente a Rodil por crear una columna móvil para la defensa de la ciudad de las bandas que aterrorizaban la vecindad de la ciudad⁽³⁵⁾.

Los peruanos, incluyendo al cabildo de Lima, no se decidieron jamás por la independencia, por el contrario, hicieron todo lo posible por mantener el régimen real en el Perú.

4 El señorío municipal aparece en el Perú.

La paradoja planteada por la existencia misma del Estado es el tema central que se encuentra detrás de la discusión sobre la Ordenanza de la Municipalidad Metropolitana de Lima, más allá de lo analizado en términos puramente legales, la esencia del asunto está centrada en una discusión sobre el papel que le toca jugar al Estado, incluyendo dentro de éste a la administración municipal. La paradoja que acabamos de mencionar se puede definir en los siguientes términos:

“La existencia misma del Estado es esencial para el crecimiento económico; sin embargo, el Estado es la fuente humana del ocaso económico⁽³⁶⁾”.

En tal sentido, proponemos examinar la actuación municipal a partir de dos conceptos que resultan aptos para definir un tipo de organización social: feudalismo y privilegio. Estos tipos ideales no se dan puramente en nuestra realidad histórica, pero resultan útiles como instrumentos teóricos para acercarnos a ella, tratando de fijarla conceptualmente, a despecho de la inevitable fluidez histórica. Sirven, pues, para ordenar el tratamiento de la materia, y de este modo permiten alcanzar una comprensión de nuestra realidad. La

Historia, como conocimiento científico, “no puede prescindir de conceptos de cierto grado de generalidad, conceptos categoriales que se aplican a un conjunto de hechos o datos y nos hacen entender éstos⁽³⁷⁾”. Es verdad que los hechos y las situaciones son tan numerosos y tan heterogéneos que esos conceptos suelen ser desbordados en todas sus direcciones.

4.1 El ideario de la municipalidad.

En las décadas precedentes al año 1000, se aceleró el paso de los cambios en la mentalidad y en la vida cotidiana de la Europa medieval. La cadena de autoridad se rompió en numerosas partes, dejando bolsas aisladas de poder. En el pasado, los reyes en sus incesantes peregrinaciones habían visitado innumerables palacios, los cuales eran ocupados por los condes en los períodos entre las visitas del rey; hacia el año 1000, estos condes se volvieron autónomos. Por algún tiempo los condes en Francia consideraron el poder público, delegado por el rey a sus ancestros, como una parte de su propio patrimonio. Las raíces de las dinastías estaban plantadas en los cementerios, y las familias de los condes estaban organizadas en linajes, idénticamente como el linaje del rey. Reclamando para sí los emblemas y virtudes de la realeza, los condes dejaron poco a poco de realizar llamamientos regulares hacia el soberano; su escape borró las memorias que existían en la corte real de los días cuando el poder era un bien público. Los poderes de gobierno y justicia eran ejercidos localmente por príncipes independientes, quienes de tiempo en tiempo se reunían donde sus respectivos territorios se topaban, para declarar su amistad. En estas reuniones, cada príncipe se comportaba como un monarca, tratando la porción del reino sujeta a su poder como un anexo de su hogar⁽³⁸⁾.

El párrafo anterior contiene un apretado

(35) Ibid.; pp.225-226.

(36) NORTH, Douglas C. *Estructura y cambio en la historia económica*. Madrid: Alianza Editorial, 1984. p.35.

(37) MARAVALL, José Antonio. *El concepto del Renacimiento como época histórica*. p.38. En: TAU ANZOATEGUI, Víctor. *Casuísmo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992. p.29.

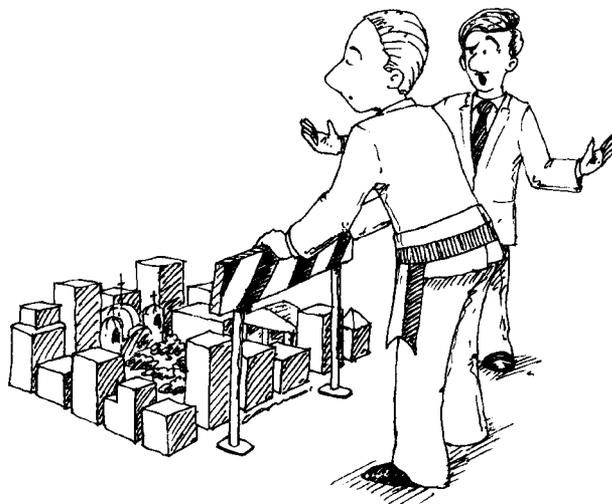
(38) DUBY, Georges. *Private Power, Public Power*. En: ARIES, Philippe y DUBY, Georges. *A History of Private Life. Revelations of the Medieval World*. Vol. II. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1995. p.17.

resumen de lo que significó el feudalismo en Europa. Las autoridades municipales de Lima parecen haber sido infectadas con una rara enfermedad que ha transportado su mentalidad al pasado, a la época del feudalismo europeo, o, para mantenernos en suelo peruano, a la época de los cabildos del siglo XVI, dominados enteramente por los encomenderos portadores de un fuerte ideal señorial⁽³⁹⁾.

La autoridad municipal considera que el poder conferido por la Constitución es parte de su propio patrimonio, es decir, que se trata de un poder originario y sin límites. También argumenta en su favor que goza de legitimidad popular otorgada por el hecho de ser elegidos el alcalde y los regidores por sufragio directo, del mismo modo que las autoridades del gobierno central, ya sean los congresistas o el presidente de la República, olvidando que es la propia Constitución la que le otorga la oportunidad de gozar de dicha legitimidad. Reclamando para sí las facultades del Gobierno Nacional, la Municipalidad Metropolitana de Lima intenta dejar de lado la obediencia a la ley nacional y a la propia Constitución.

La Municipalidad Metropolitana de Lima, al expedir un dispositivo normativo como la Ordenanza No.121, está haciendo gala de una mentalidad puramente medieval⁽⁴⁰⁾ que, de prosperar, sería catastrófica para el progreso económico del país y para su propia estabilidad política, ya que, si fuera cierto que las municipalidades tienen facultad para normar en lo que ellas -exclusivamente ellas, por sí y ante sí- consideran es de su competencia, aún cuando la Constitución y las leyes no les otorguen dicha competencia, entonces, el gobierno nacional no tendría ninguna razón de existir, pues el poder público que detentaba éste, se habría “desintegrado” en múltiples formas de poderes privados -provinciales y distritales-, como en la era feudal⁽⁴¹⁾.

Las luchas suscitadas entre la Municipalidad Metropolitana de Lima y la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI, aparecen ante nuestros ojos como una reedición grotesca de la vieja pugna entre los encomenderos del siglo XVI -con una mentalidad señorial típica del mundo feudal- y la Corona de Castilla -representante de la modernidad-. Detrás de la actuación municipal no encontramos sino una anacrónica mentalidad feudal, que, si tuviera éxito, fragmentaría al Estado peruano, y lo transformaría, no en un Estado federal -como los Estados Unidos de América- donde las competencias entre el gobierno federal y los gobiernos estatales están definidas por la Carta Constitucional; sino en una agrupación de pequeños señoríos -como la Europa del siglo XI- donde existirían diversos dispositivos normativos contradictorios entre sí y, por consiguiente, inestabilidad e inseguridad jurídica.



4.2 El casuismo en la base de la actuación municipal.

La actuación municipal materia de análisis no solamente resulta anacrónica en virtud de la

(39) Sobre los cabildos del mundo hispanoperuano y su significado, hemos expuesto algunas ideas en el apartado anterior.

(40) En el sentido estrictamente histórico del término y sin ninguna connotación peyorativa. El único contenido negativo del término viene dado por la propia actitud de la Municipalidad, ya que el término empleado ayuda a advertir claramente lo anacrónica que es dicha actitud.

(41) La desintegración del poder público en numerosas formas de poderes privados es uno de los puntos fundamentales de la era feudal. Ver DUBY, Georges. Op.cit.; p.19.

mentalidad señorial que se encuentra detrás de ella; adicionalmente a ello, podemos identificar otro tipo de actitud de la municipalidad ligada al pasado: el casuismo.

Los juristas hispanos de los siglos XVI y XVII, como herederos de un legado transmitido dentro de un proceso de continuidad cultural, incorporaban a su propia mentalidad una visión casuista del fenómeno jurídico, sin contradicción alguna, ya que no encontraban otro modo mejor de concebirlo. La ruptura de esa tradición, en el siglo XIX, produjo que los juristas contemporáneos perdieran la conexión directa con aquel legado cultural a través de su transmisión espontánea. Sólo por medio de los modernos estudios histórico-jurídicos ha sido posible la recreación intelectual de aquellos modelos, permitiendo su recuperación fragmentaria⁽⁴²⁾.

Los juristas de la Municipalidad Metropolitana de Lima parecen responder a lo que podríamos llamar un casuismo de fines del siglo XX, dejando de lado la noción de sistema jurídico imperante en la actualidad. En ese sentido, dentro de sus considerandos, la Ordenanza No.121 alega que “la autonomía municipal es un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen”. Un argumento de este tipo se basa en una supuesta peculiaridad de la situación local. Resolver las cuestiones planteadas desde la sede del gobierno nacional, implicaría tardanza en las soluciones, poca certeza en la información indispensable para fundamentar la decisión, y sobre todo falta de experiencia palpable en esa realidad particular. El esquema mental municipal puede resumirse con la frase de Motolinía -elaborada para América hispánica- según la cual, “una tierra tan grande

y remota y apartada, no se puede desde lejos gobernar⁽⁴³⁾”.

La Ordenanza No.121 de la Municipalidad Metropolitana de Lima responde a una visión particularista y localista de la realidad y del Derecho -adaptación de la mentalidad casuista de los siglos XVI y XVII-, que no solamente es anacrónica sino peligrosa, pues se presta a la arbitrariedad y al abuso, como se llegó a reconocer en la propia época de auge del casuismo; así, en aquellos días, se comenzó a preferir la regla fija establecida por la razón a la decisión particular dada por el “albedrío de buen varón”, ya que se había introducido la malicia y mal uso de ese poder arbitrario⁽⁴⁴⁾. Aunque la ordenanza, en principio, es una norma de carácter general⁽⁴⁵⁾, el espíritu de una disposición normativa como la que propicia este ensayo, no responde a una mentalidad moderna y sistemática, basada en el respeto de las competencias atribuidas por la Constitución, sino a una mentalidad anticuada, casuista y señorial, decidida a obtener mayor poder a cualquier costo y sin importar si se tiene la competencia para regular dicha materia; en ese sentido, la posibilidad del abuso -en nombre de la autonomía de la comunidad local- es actual y evidente.

5 Palabras finales.

La Municipalidad Metropolitana de Lima no tenía competencia para expedir una ordenanza que inaplique el artículo 26BIS del Decreto Ley No.25868, norma que establece las facultades de la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI y la erige en garante de la existencia del mercado. La existencia de dicha comisión es indispensable para el cumplimiento de la libre iniciativa privada y la competencia económica,

(42) TAU ANZOATEGUI, Víctor. Op.cit.; pp.40-41.

(43) Ibid.; p.112.

(44) Ibid.; p.147.

(45) Artículo 110 de la Ley Orgánica de Municipalidades: Las ordenanzas son normas generales que regulan la organización, administración o prestación de los servicios públicos locales, el cumplimiento de las funciones generales o específicas de las municipalidades o establecen las limitaciones y modalidades impuestas a la propiedad privada(...).

principios consagrados por la Constitución económica.

En tal sentido, es evidente que la existencia de la Comisión de Acceso al Mercado es un asunto de interés nacional y no uno de interés meramente local, pues como se ha mencionado, ella garantiza el sistema de mercado recogido en el texto constitucional. Al ser un asunto de interés nacional, no cae dentro de las competencias municipales, por lo que resulta un exceso la expedición de la mencionada Ordenanza No.121.

Más allá de la pura legalidad se encuentra el análisis de racionalidad de la disposición cuestionada; en otras palabras, el análisis de los argumentos que podría alegar en su favor la municipalidad para justificar la dación de semejante medida. En este orden de ideas, hemos llevado a cabo una investigación histórica del rol que han jugado las municipalidades en momentos clave de la historia del Perú, investigación que ha echado por tierra una supuesta justificación de la actuación municipal y de la propia institución municipal basada en la tradición histórica peruana.

Luego, en una comparación histórica, se determinó que la mentalidad de las autoridades de la Municipalidad Metropolitana de Lima responde a instituciones de otras épocas, ya sea el siglo XI en el caso del feudalismo -entendido como desintegración y privatización del poder público- o los siglos XVI y XVII en el caso del casuismo -entendido como justificación de la inaplicación de una norma nacional motivada por las particulares características de la localidad-.

En conclusión, la Municipalidad Metropolitana de Lima, intenta dominar la provincia de Lima única y exclusivamente según su buen entendimiento, empleando para ello las ordenanzas, que según ella tienen el poder de dejar de lado la aplicación de las leyes nacionales, al más puro estilo señorial; y para cubrir las apariencias, intenta justificarse en las características particulares de la localidad y en una supuesta defensa de sus fueros; defensa que no realiza por los canales establecidos por la Constitución sino ejerciendo, por sí y ante sí, su propio poder, tal vez - como en la Francia del siglo XI- el poder privado del Conde de Lima. ¹²