

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Resolución N° 0199-2013/SDC-INDECOPI

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título profesional de

ABOGADA

Autor

ANA GRACE RODRIGUEZ NUÑEZ

Revisor

LAURA ISABEL FRANCIA ACUÑA

Lima, 2021

RESUMEN

El presente informe jurídico tiene como finalidad analizar cómo es que los gobiernos locales buscan emitir Ordenanzas con el objetivo de beneficiar a la sociedad; sin embargo, ello no necesariamente es correcto, ya que en muchas oportunidades estas entidades van más allá de las competencias que la Constitución y las leyes le han permitido, porque consideran que tienen autonomía para ejercer dicha potestad. Incluso, no solo los gobiernos locales cometen ciertos errores, sino también los Reglamentos que son emitidos por la administración pública, quien a través de las facultades normativas que la Ley les ha encomendado para complementar lo regulado; trae como consecuencia que se desnaturalice y transgreda la Ley; en ese sentido, veremos los límites de esta facultad con la finalidad de hacer de conocimiento hasta dónde debe actuar la administración pública al ejercer esta facultad.

Para ello, hacemos un análisis crítico a través de la Resolución N° 0199-2013/SDC-INDECOPI, en donde observaremos los temas mencionados en el párrafo anterior a la luz de las diversas leyes, como la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización y Ley N° 26842, Ley General de Salud; así también, usaremos doctrina, jurisprudencia y comparación con otros casos parecidos para ver cómo es que estas entidades no cumplen con lo establecido en las normas jurídicas.

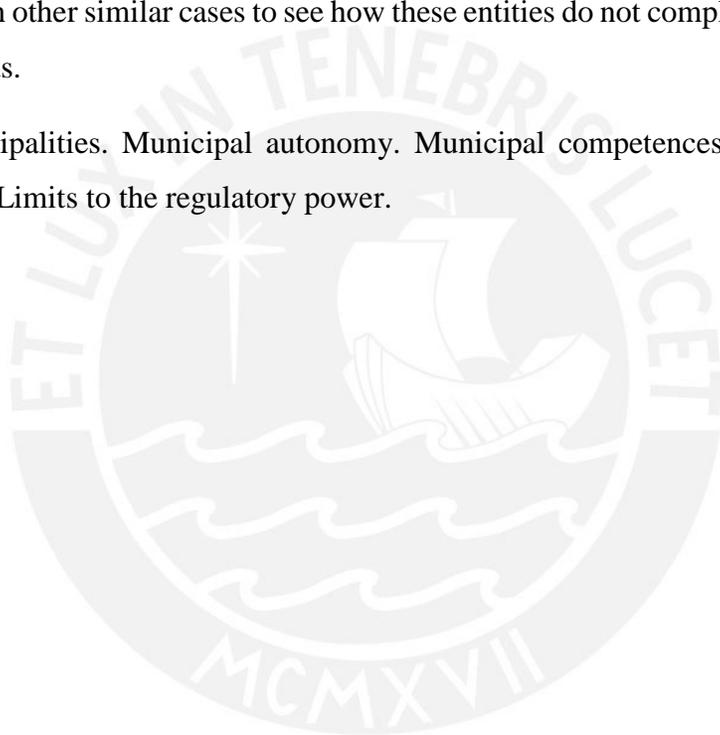
PALABRAS CLAVE: Municipalidades. Autonomía municipal. Competencias municipales en materia sanitaria. Ministerio de Salud. Límites a la potestad reglamentaria.

ABSTRACT: The purpose of this legal report is to analyze how local governments seek to issue Ordinances with the objective of benefiting society; however, this is not necessarily correct, since in many opportunities these entities go beyond the competences that the Constitution and the laws have allowed them, because they consider that they have autonomy to exercise such power. Even, not only the local governments make certain mistakes, but also the Regulations that are issued by

the public administration, who through the normative faculties that the Law has entrusted to them to complement the regulated; it brings as a consequence that the Law is denaturalized and transgressed; in this sense, we will see the limits of this faculty with the purpose of making of knowledge up to where the public administration must act when exercising this faculty.

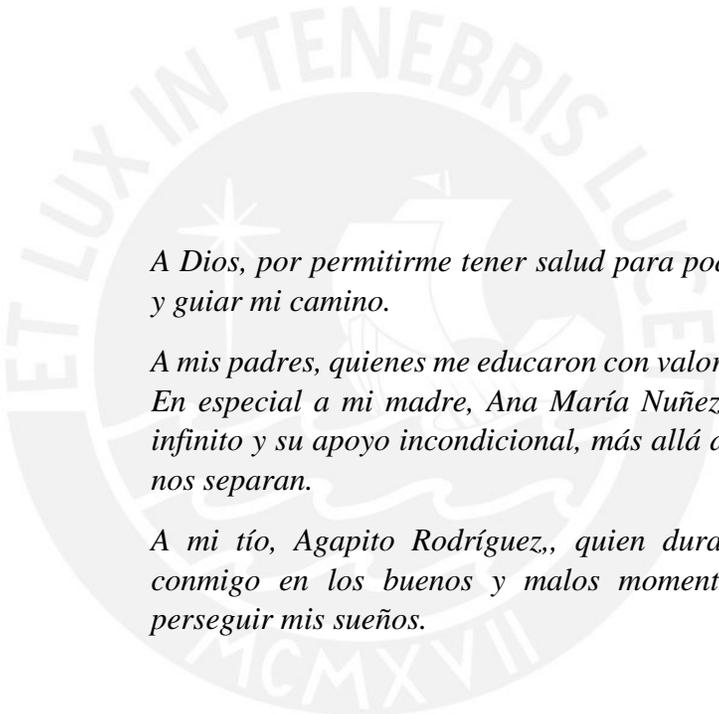
For this, we make a critical analysis through Resolución No. 0199-2013/SDC-INDECOPI, where we will observe the issues mentioned in the previous paragraph in the light of the various laws, such as Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización y Ley N° 26842, Ley General de Salud; also, we will use doctrine, jurisprudence and comparison with other similar cases to see how these entities do not comply with the provisions of the legal standards.

Key words: Municipalities. Municipal autonomy. Municipal competences in sanitary matters. Ministry of Health. Limits to the regulatory power.



ÍNDICE DE CONTENIDO

I. Introducción.....	6
II. Justificación.....	8
III. Hechos Relevantes.....	9
IV. Problemas Jurídicos.....	14
V. Capítulo I: Determinar las competencias específicas de los municipios distritales respecto a los temas de salud.	
5.1 Barreras Burocráticas y su Aplicación en el ámbito Municipal.....	15
5.2 Competencias en materia de salud de los Gobiernos Locales.....	20
5.2.1 Niveles de Gobierno.....	20
5.2.2 Competencias de los gobiernos locales.....	21
5.2.2.1 Competencias en materia de salud de gobiernos locales	24
5.3 Análisis del caso en concreto.....	27
VI. Capítulo II: Determinar la finalidad y límites del ejercicio de la potestad reglamentaria del Ministerio de Salud respecto al concepto de espacio público cerrado, recogido en la Ley N° 28705.	
6.1 Potestad Reglamentaria de la Administración Pública.....	31
6.1.1 El Reglamento.....	33
6.2 Límites de la Potestad Reglamentaria de la Administración Pública..	35
6.3 Análisis del caso en concreto.....	40
VII. Conclusiones.....	42
VIII. Recomendaciones.....	43
IX. Bibliografía.....	44



A Dios, por permitirme tener salud para poder lograr mis metas y guiar mi camino.

A mis padres, quienes me educaron con valores y confiaron en mí. En especial a mi madre, Ana María Nuñez Meza, por su amor infinito y su apoyo incondicional, más allá de los kilómetros que nos separan.

A mi tío, Agapito Rodríguez,, quien durante 21 años estuvo conmigo en los buenos y malos momentos, y me enseñó a perseguir mis sueños.

I. INTRODUCCIÓN

Como bien sabemos, el tabaco es una de las drogas que más se consume no solo en nuestro país, sino también en el mundo. A partir de ello, el Perú es uno de los Estados parte del Convenio Marco para el Control del Tabaco; por lo que, nuestro país ha optado por diversas formas para disminuir el consumo del tabaco. Una de las medidas fue la promulgación de la Ley 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, el cual tiene su respectivo Reglamento que ha de ser cumplido por toda la sociedad.

Por otro lado, al ser el Perú un país descentralizado, con niveles de gobierno, permite que las Municipalidades, ya sean provinciales o distritales, puedan tener diversas competencias, como las normativas; sin embargo, estas no pueden ir en contra de lo establecido en las Leyes.

Ahora bien, el Perú es un estado social de mercado, en donde se protege la libertad de empresa, pero también el bienestar social. Sin embargo, en el presente caso se aprecia que estos dos principios colisionan entre sí, puesto que, a través del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-SA, emitido por el Ministerio de Salud y la Ordenanza 349-MM, promulgada por la Municipalidad de Miraflores, se busca prohibir el consumo de tabaco en los espacios públicos cerrados.

Frente a ello, las empresas United Disco S.A. y Gothic Entertainment S.A. realizaron una denuncia ante la Comisión de Eliminación de Barreras del INDECOPI, pues consideraban que la Ordenanza carecía de legalidad, porque iban en contra de lo establecido en la Ley precitada.

En atención a lo expuesto y luego de haber analizado la Resolución 0199-2013/SDC-INDECOPI, de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, la cual revoca la Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI, porque estima que el tercer párrafo del artículo 2 y en el literal b) del artículo 3 de la Ordenanza 349-MM, no debe ser considerado como barrera burocrática ilegal, opino que existen diversos problemas jurídicos. Uno de ellos es saber cuál es el límite que tiene el Ministerio para poder reglamentar una Ley, ya que, en el presente caso, el legislador solicita que el reglamento tenga las especificaciones de los espacios públicos cerrados.

El segundo problema jurídico encontrado es saber cuál es la competencia que tiene la Municipalidad en el control del consumo de tabaco, ello se debe a que la Ley N° 27972, Ley

Orgánica de Municipalidades faculta a estas poder regular los temas de higiene y salubridad; por lo que, la Municipalidad de Miraflores considera que promulgar la Ordenanza 349-MM no incurre en ilegalidad. Sin embargo, la Ley antes descrita sólo les faculta a fiscalizar y hacer cumplir dicha Ley.

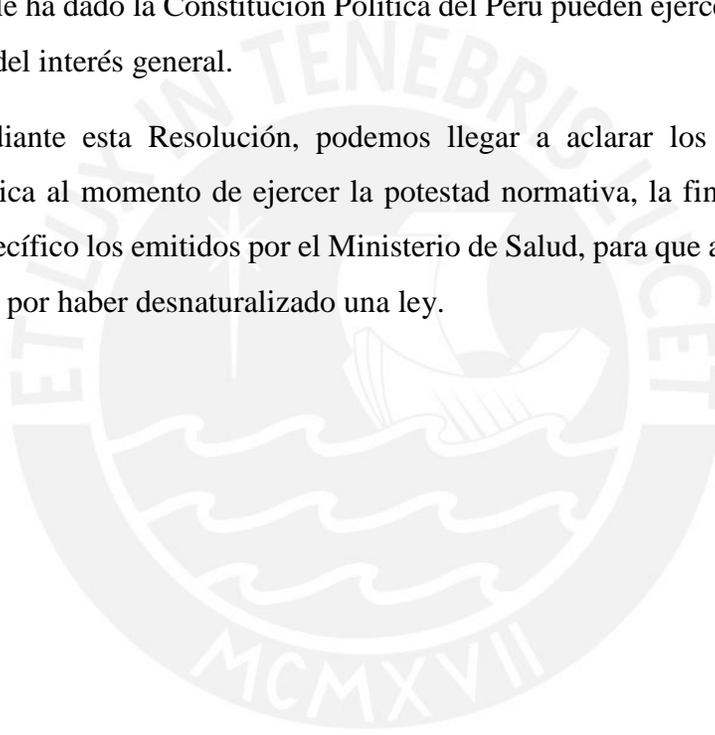
En conclusión, considero que las absoluciones de los problemas jurídicos encontrados en el presente caso son de vital importancia, porque nos permite tener una seguridad jurídica a nivel nacional, lo que conlleva a que la libertad de empresa, la inversión privada no se vea afectada; ya que en nuestra sociedad es importante para la creación de empleo y permite que el Estado pueda cumplir con las obligaciones; por ejemplo, prestar servicios públicos. A continuación, se expondrán los dos problemas jurídicos mencionados en los párrafos anteriores para así poder saber si en efecto, el Reglamento y la Ordenanza son barreras burocráticas ilegales.



II. JUSTIFICACIÓN

La Resolución N° 0199-2013/SDC-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de INDECOPI, es de suma importancia, porque nos permite delimitar las competencias que tienen los gobiernos locales, específicamente, las municipalidades distritales, en los temas de emisión de humos derivado de tabaco. Asimismo, nos permite saber los límites que tienen esta clase de gobiernos, ya que en varias oportunidades han argumentado que a través de esta autonomía que le ha dado la Constitución Política del Perú pueden ejercer diversas potestades con la justificación del interés general.

Por otro lado, mediante esta Resolución, podemos llegar a aclarar los límites que tiene la administración pública al momento de ejercer la potestad normativa, la finalidad que tienen los reglamentos, en específico los emitidos por el Ministerio de Salud, para que a futuro no perjudique a la misma sociedad por haber desnaturalizado una ley.



III. HECHOS RELEVANTES

1. El 25 de noviembre del 2011, United Disco S.A. y Gothic Entertainment S.A. (en adelante, los denunciantes) denunciaron a la Municipalidad Distrital de Miraflores (en adelante, la Municipalidad) ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Comisión) por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal consistente en la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados, definidos por la Municipalidad en el artículo 2 de la Ordenanza 349-MM. Toda vez que, el 14 octubre del mismo año, la Municipalidad realizó una inspección a uno de los establecimientos de los denunciantes denominado “Gótica”. En dicha diligencia, la Municipalidad señaló que se habría habilitado un área para fumadores dentro de un espacio público cerrado, en contravención a lo dispuesto en la Ordenanza 349-MM (en adelante la Ordenanza).

Ahora bien, dentro de los argumentos en la denuncia, se tiene que la Municipalidad ha extendido la prohibición de fumar dispuesta en la Ley 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco (en adelante Ley antitabaco), a través de la Ordenanza. Ello, pues establece la prohibición de fumar en todos los espacios públicos cerrados, entendiéndose a éstos como cualquier lugar de acceso público, cubierto por un techo y que tenga más de una pared, lo que incluye dentro de la misma a los balcones, terrazas y otros lugares no cerrados ni techados de los restaurantes, bares, discotecas y demás centros de esparcimiento. Otro argumento mencionado es que la restricción cuestionada ha sido emitida fuera del ámbito de las competencias conferidas a las municipalidades en la Ley antitabaco y en la Ley 26842-Ley General de Salud. Ello, debido a que dichas normas no señalan que las Municipalidades cuenten con facultades normativas, sino únicamente fiscalizadoras.

2. Con Carta 0442-2011/INDECOPI-CEB, de fecha 22 de diciembre del 2011, la Secretaría Técnica de la Comisión requirió a los denunciantes que identifiquen: la barrera burocrática denunciada, la entidad de la administración pública que impone la barrera burocrática materia de denuncia, el acto o disposición que contiene la barrera burocrática y los argumentos jurídicos que sustentan que la barrera burocrática denunciada es ilegal o carente de razonabilidad.

3. En ese sentido, el 27 de diciembre de 2011, los denunciantes precisaron que la barrera burocrática cuestionada se encuentra contemplada en el tercer párrafo del artículo 2 y en el literal c) del artículo 3 de la Ordenanza.
4. Por ello, mediante Resolución 0009-2011/STCEB-INDECOPI, del 3 de enero de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal consistente en la prohibición de fumar en los espacios públicos cerrados, el cual está establecido en el tercer párrafo del artículo 2 y en el literal c) del artículo 3, contenidos en el Capítulo I y Capítulo II de la Ordenanza.
5. El 11 de enero de 2012, la Municipalidad presentó sus descargos señalando que la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, establece que las municipalidades distritales tienen la función de regular y controlar el aseo, la higiene y salubridad en los establecimientos comerciales; entonces, la prevención y control de consumo de tabaco al encontrarse dentro de las medidas de salubridad que establece el artículo 80 de dicha Ley, faculta a la municipalidad normar y/o regular dicha materia.
Otro argumento es que la restricción de fumar en espacios públicos cerrados, contenida en la Ordenanza, ha sido establecida en concordancia con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley antitabaco, aprobado por Decreto Supremo 015-2008-SA (en adelante reglamento de la Ley antitabaco) el cual dispone que un lugar público cerrado es todo aquel que sea de acceso público, se encuentre cubierto por un techo y tenga más de una pared; por lo que, la exigencia establecida en la Ordenanza no es ilegal.
6. Es así que, el 08 de febrero del mismo año, los denunciantes señalaron que la Ley antitabaco es una norma especial, donde se regula que las Municipalidades solo pueden fiscalizar y que la facultad reguladora en salubridad, la cual rige en la Ley Orgánica de Municipalidades, no es aplicable para el caso. Asimismo, mencionaron que la única forma en la que los municipios tienen facultades normativas en esta materia es cuando la misma norma los faculta. Así también, otro argumento es que el hecho de que la Ordenanza plasme lo que dice el Reglamento de la Ley antitabaco, no significa que dicho Reglamento no vaya en contra de lo que dice la Ley.

7. Mediante Resolución 0057-2012/CEB-INDECOPI, del 1 de marzo de 2012, la Comisión incorporó al Ministerio de Salud (en adelante el Ministerio) al procedimiento, en calidad de tercero administrado, ello debido a los argumentos vertidos por la Municipalidad.
8. El 13 de marzo de 2012, complementado con el escrito del 26 de marzo de 2012, el Ministerio señaló que la prohibición de fumar en lugares públicos o zonas 100% libres de humo de tabaco está siendo considerada de forma absoluta por los Estados miembros del referido Convenio Marco para el Control del Tabaco. Asimismo, indica que a través del Reglamento de la Ley antitabaco, señalando que un lugar público cerrado es aquel que tenga acceso al público, esté cubierto por un techo y tenga más de una pared, lo cual no restringe el libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, alcanzando un nivel satisfactorio de protección a la salud.
9. En atención a los descargos realizado por las partes, el 17 de mayo de 2012, con la Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI, la Comisión declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar en los espacios públicos cerrados, dispuesta por la Municipalidad en el literal c) del artículo 3 de la Ordenanza, bajo la definición de espacio público cerrado contenida en el artículo 2 de la norma referida. Los argumentos que conllevaron a esta decisión es que el tema de la salubridad con aquellos aspectos higiénicos-sanitarios de los establecimientos públicos no se encuentra relacionado con el consumo de tabaco; por lo que, la norma no le ha dado a la municipalidad competencias para regular el consumo de tabaco, solo le otorga facultades fiscalizadoras. Otro argumento es que la definición que indica la Ley sobre espacio público cerrado será aquel que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes; por lo que, no se encontrarían dentro de estos supuestos los balcones y las terrazas. Sin embargo, bajo la definición de espacio público cerrado contenida en el reglamento de la Ley antitabaco y en la Ordenanza sí se encontrarían comprendidos dichos espacios; en ese sentido, señala que los reglamentos no deben ir más allá de los principios de complementariedad, transparencia y jerarquía; es decir, el Reglamento no puede establecer prohibiciones más restrictivas que la misma Ley.

10. Al darse a conocer dicha decisión, el 25 de mayo de 2012, el Ministerio interpuso recurso de apelación contra la Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI, argumentando que la interpretación dada en dicha Resolución desconoce la fuerza normativa de los reglamentos, los cuales pueden desarrollar una ley sin transgredirla o desnaturalizarla; en consecuencia, considera que la definición dada en el Reglamento es complementaria a lo establecido en la Ley antitabaco. También, añade que la decisión de la Comisión se contrapone al Convenio Marco para el Control del Tabaco.
11. Por su parte, el 28 de mayo de 2012, la Municipalidad interpuso recurso de apelación contra la Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI, señalando que según la Real Academia Española, el término salubridad es definido como “bueno para la salud”; ergo, la competencia otorgada a la Municipalidad en el artículo 80 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades no se restringe a regular sobre la higiene de los establecimientos comerciales, sino también respecto a otros elementos que puedan afectar la salud del público que asiste a dichos locales, como el consumo de tabaco, lo que conlleva a que la municipalidad pueda tener competencias para normar en dichos temas. Otro argumento mencionado es que el artículo 48 del Reglamento de la Ley antitabaco, dispone que las municipalidades distritales tienen potestad sancionadora en materia de prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, teniendo competencia para establecer una norma de carácter general que tipifique y sancione como infracción administrativa el incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en la Ley antitabaco y/o en su reglamento.
12. Finalmente, el 31 de enero del 2013, con la Resolución 0199-2013/SDC-INDECOPI, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, por mayoría, revoca la Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI, pues considera que lo establecido en la Ordenanza y el Reglamento de la Ley antitabaco, no es una barrera burocrática ilegal, pues entiende que la facultad de reglamentar que tiene el ministerio sobre “espacios públicos cerrados” no restringe más de lo que le permite la Ley antitabaco. Por otra parte, sostiene que la definición de “espacio público cerrado” que reconoce la Ley no indica que “cerrado entre paredes” implique necesariamente un ambiente cerrado entre cuatro paredes; en consecuencia, el Reglamento

de la Ley antitabaco lo único que hace es dar contenido a una característica imprecisa y sujeta a múltiples interpretaciones.

13. Cabe precisar que, la vocal Silvia Lorena Hooker Ortega tiene un voto dirimente al de la sala, ya que el propio Ministerio reconoció que la Ley antitabaco no contempló la prohibición de fumar en espacios de acceso al público que cuenten con un techo y tengan más de una pared. Sin embargo, consideró que era necesario llenar dicho vacío a través del reglamento; por lo que, considera que la facultad de reglamentar que tiene el ministerio debe ser leída únicamente como una potestad de complementar dicho concepto con otras especificaciones, siempre y cuando, no cambien el sentido de lo establecido por ley, cosa que el ministerio no cumple. Respecto al Convenio Marco y la directriz sobre la protección contra la exposición al humo del tabaco, en desarrollo del artículo 8 del Convenio Marco para el Control del Tabaco, indica que el concepto de lugar público cerrado contenido en dicho dispositivo es únicamente una recomendación, lo que conlleva a que no tiene carácter vinculante en el ordenamiento jurídico internacional. Por lo expuesto, su voto es que se confirme la Resolución 0121- 2012/CEB-INDECOPI del 17 de mayo de 2012 que declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar en todos los interiores de los espacios públicos cerrados, entendidos como cualquier lugar cubierto por un techo y que tenga más de una pared, contenida en el Reglamento de la Ley antitabaco y recogida por la Municipalidad en la Ordenanza.

IV. PROBLEMAS JURÍDICOS

A la luz de los hechos suscitados en el presente caso y a los argumentos dados, podemos mencionar dos problemas relevantes:

1. ¿La Municipalidad de Miraflores tiene competencias normativas para regular la definición de lo que constituye “espacios públicos cerrados”? En ese sentido, vamos a determinar las competencias específicas de los municipios distritales respecto a los temas de salud.
2. Este problema jurídico no se encuentra dentro del análisis echo por la Comisión y la Sala, quienes han preferido evadir la responsabilidad. Por ello, buscamos determinar los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria que la Ley antitabaco le ha dado a la administración pública; es decir, al Ministerio de Salud.



V. **Capítulo I: Determinar las competencias específicas de los municipios distritales respecto a los temas de salud.**

5.1 Barreras Burocráticas y su Aplicación en el ámbito Municipal

El presente caso versa sobre la denuncia realizada por United Disco S.A. y Gothic Entertainment S.A. contra la Municipalidad, ante la Comisión por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal consistente en la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados, definidos en el tercer párrafo del artículo 2 y en el literal c) del artículo 3 de la Ordenanza¹.

Para iniciar este capítulo, debemos tener en claro qué significa barreras burocráticas, qué es la Comisión y cuál es la finalidad de esta. Es así que, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas², una barrera burocrática es toda aquella exigencia, requisito, limitación, prohibición o cobro que impone una entidad de la administración pública a través de (i) actos, (ii) disposiciones administrativas o (iii) de su actuación material, con la finalidad de condicionar o restringir el accesos o permanencia al mercado.

Ahora bien, según señala Guimaray y Romero:

La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas es un órgano que se encuentra dentro de Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), que está encargado de aplicar las leyes que regulan el control posterior y la eliminación de las barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que condicionen, restrinjan u obstaculicen el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o puedan afectar

¹ ORDENANZA 349-MM- RÉGIMEN DE PREVENCIÓN Y CONTROL DEL CONSUMO DE TABACO Y LA EXPOSICIÓN AL HUMO DE TABACO EN EL DISTRITO DE MIRAFLORES (publicada en el diario oficial "El Peruano" el 20 de mayo de 2011)

Artículo segundo. - De las definiciones (...) - Espacios públicos cerrados: Todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente. (...)

Artículo tercero. - De las prohibiciones destinadas a la protección contra la exposición al humo de tabaco. Se encuentra prohibido fumar y mantener encendidos productos de tabaco: (...)

c) En todos los interiores de los espacios públicos cerrados, entendidos como cualquier lugar cubierto por un techo y que tenga más de una pared, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente, según definición.

²**Artículo 3**

3. Barrera burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa.

a los administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa (2017. p.7).

Del párrafo anterior se puede inferir que la Comisión tiene la facultad de poder realizar un control de legalidad, por mandato directo de la Ley a los actos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales que pueda realizar las entidades de la administración pública, con la finalidad de eliminar las barreras burocráticas que sean ilegales o carezcan de razonabilidad, para que las restricciones a las libertades económicas que imponen las entidades de las administración no vulneren el derecho a la libre iniciativa privada y libertad de empresa, las cuales están consagradas en el artículo 59 de la Constitución.³ Como se observa la Comisión cumple un importante rol como entidad que controla de manera posterior a las disposiciones que emiten las entidades públicas.

En ese mismo contexto, diversas municipalidades han emitido normas que regulan distintos aspectos y que muchas veces han ido en contra de lo establecido en una Ley, porque alegan que, en atención a la autonomía municipal, que la Constitución les ha encomendado, pueden normar todo aquello que esté relacionado al interés general. Por eso, estas entidades han considerado que la Comisión no es el órgano indicado para realizar un control a las disposiciones que estas emiten, ya que sus normas al ser consideradas como rango de ley solo puede ser cuestionadas por el Poder Judicial. Incluso, indican que el control que ejerce la Comisión no es de legalidad, sino un control de constitucionalidad, lo cual es incorrecto, conforme detallaremos más adelante.

Antes de abarcar la legalidad del accionar de la Comisión, primero debemos desarrollar qué significa autonomía municipal, ya que en el artículo 194 de la propia Constitución, nos señala que los gobiernos locales tienen autonomía política, administrativa y económica⁴.

Así mismo, el artículo 8 de la Ley N° 27783, Ley de Bases de Descentralización (en adelante LBD)⁵, se ha definido a la autonomía municipal como la capacidad que tienen los tres niveles de gobierno de normar, regular y administrar los asuntos de su competencia.

³ **Artículo 59°.** - 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.

⁴ **Artículo 194°.** - Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. (...)

⁵ **Artículo 8.- Las autonomías de gobierno**

Como bien señala Santi Romano, (como se citó en Carro,1998), “(...) con la palabra autonomía estamos aludiendo a la potestad del ente de darse un ordenamiento jurídico, entero y propio, que se inserta en el Ordenamiento Jurídico originario o estatal” (p. 62)

Además, en esa misma línea, la Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial N° 113, señala lo siguiente:

... la autonomía es la capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad en los ámbitos políticos (normativos), administrativos y económicos. Sin embargo, en el marco de un Estado constitucional y democrático, cuyo Gobierno es unitario y descentralizado, dicha capacidad debe ser ejercida a partir del diseño previsto por la Constitución y las normas generales (2008, p. 32).

A nivel jurisprudencial, nuestro Tribunal Constitucional, con la Sentencia recaída en el Expediente N° 0027-2007-AI/TC (fundamento 6 y 8), confirma que la autonomía municipal tiene la capacidad de auto-desarrollo en lo administrativo, político y económico de las municipalidades, sean estas provinciales o distritales, pues permite a los gobiernos locales desenvolverse con libertad en dichos ámbitos; sin embargo, esta debe desarrollarse de conformidad con la estructura general de la que se forma parte, y que está representada no sólo por el Estado, sino por el ordenamiento jurídico que rige a éste.

En consecuencia, las leyes, la doctrina y la jurisprudencia reconocen la garantía constitucional de la autonomía de los distintos niveles de gobierno, en específico de los gobiernos locales; siempre y cuando, se ejerza dentro de sus competencias; por ello, no debería considerarse a la autonomía como ilimitada, pues debe respetar la normativa nacional y los planes nacionales que se tiene como Estado; puesto que iría en contra del principio unitario y descentralizado del Estado y sería una autarquía.

A partir de esa premisa, debemos analizar si la Comisión realiza un control de legalidad o un control de constitucional a las disposiciones emitidas por las municipalidades, tal y como señalan estas últimas. Al respecto, el numeral 1 del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1256⁶, dispone que

“La autonomía es el derecho y la capacidad efectiva del gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. Se sustenta en afianzar en las poblaciones e instituciones la responsabilidad y el derecho de promover y gestionar el desarrollo de sus circunscripciones, en el marco de la unidad de la nación. La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas.”

⁶ Artículo 8.- De la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas.

cuando la Comisión o la Sala, en segunda instancia, declara la ilegalidad de una barrera burocrática ilegal que está dentro de una disposición, tienen la facultad de inaplicarla con efectos generales; ya que beneficia a todos los administrados que se encuentren en la misma situación.

Ahora bien, la Exposición de motivos del proyecto del Decreto Legislativo, realizado por el Congreso de la República, mencionado en el párrafo anterior señala lo siguiente:

La Comisión (...) no tiene la facultad de disponer la derogación, o exclusión de dicha disposición del sistema jurídico. La potestad de derogar normas jurídicas (control concentrado) se encuentra reservada al Tribunal Constitucional que es competente, conforme al numeral 4 del artículo 200 de la Constitución Política, respecto de la acción de inconstitucionalidad la cual procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. (...) Por su parte, tampoco se puede afirmar que se trate de un control difuso de constitucionalidad, en la medida que este se encuentra reservado al Poder Judicial (2016, p. 12).

En esa línea de ideas, es importante conocer qué tipo de control ejerce la Comisión; por ello, el numeral 1 del artículo 1 del Título Preliminar del Texto Único la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General⁷ (en adelante TUO de la LPAG), dispone que la administración pública debe preferir la norma superior respecto de la norma de menor jerarquía; en este caso, la actuación de la Comisión se encuentra sustentada por el principio de legalidad, puesto que se le ha dado la potestad de verificar, ex - post, si una disposición administrativa emitida por una entidad de la administración pública, en un caso concreto, se ha alejado de lo planteado por una Ley.

8.1 Cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte o de oficio, la Comisión o la Sala, declare la ilegalidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas, dispone su inaplicación con efectos generales.

⁷ **Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. **Principio de legalidad.** - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Así también, la validez del poder que la Comisión tiene para ejercer control a las Municipalidades, ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2009-AI/TC55 (fundamento 10, 28). En esta sentencia, el Tribunal desestimó la demanda de inconstitucionalidad realizada por la Municipalidad Metropolitana de Lima, en la que se alegó una presunta vulneración a la autonomía municipal reconocida en la Constitución; sin embargo, el Tribunal mencionado la declaró infundada.

El Tribunal Constitucional argumentó su posición, aduciendo que la autonomía municipal no puede afectar la unidad de mercado, pues afectaría a nuestro sistema; en otras palabras, a la economía social de mercado. Asimismo, señaló que el concepto de la autonomía municipal plasmado en la Constitución, el cual ha sido interpretado erróneamente por algunas municipalidades, no puede ser confundido con autarquía, pues al ser interpretado de esa manera, se estaría desvinculando de las políticas nacionales y leyes promulgadas; por lo que, no se cumpliría con el principio unitario que está establecido en nuestra Constitución. Otro argumento dado por el Tribunal versa sobre las ordenanzas municipales, precisando que por más que tenga rango de ley, no tiene la misma fuerza de Ley que las leyes promulgadas por el poder legislativo; en consecuencia, estas no pueden desconocer o modificar las leyes que regulan las materias sobre las cuales el gobierno central posee competencias. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional concluyó que la competencia de la Comisión se encuentra plenamente facultada para resolver antinomias generadas por el exceso de normas municipales o regionales de carácter general, pudiéndose declarar su ilegalidad en preferencia de las normas de alcance nacional.

Por lo expuesto, consideramos que el INDECOPI, específicamente la Comisión, al ser una entidad de la administración pública, tiene la potestad de realizar un control de legalidad ex – post a todas las disposiciones administrativas que las demás entidades de la administración pueden emitir, esto incluye a todos los gobiernos regionales y locales, quienes emiten sus respectivas disposiciones a través de Ordenanzas, lo cual no contraviene con la autonomía municipal ejercida por estas entidades administrativas, ello conforme lo establecido por el Tribunal Constitucional. En ese sentido, en el presente caso, al ser la Municipalidad un gobierno local que ha emitido la Ordenanza, se encuentra dentro de las entidades que deben pasar por un control de legalidad y la Comisión debe corroborar si esta Ordenanza cumple con lo establecido en las leyes superiores; es decir, si cumple con el principio de legalidad y/o razonabilidad.

V.2 Competencias en materia de salud de los Gobiernos Locales

Luego de haber analizado el por qué la Comisión tiene la potestad de realizar un control de legalidad ex – post a las disposiciones administrativas emitidas por los gobiernos regionales y locales, ahora nos toca desarrollar las competencias que tienen estos últimos, específicamente las municipalidades distritales, respecto a la materia de salud. Pero antes de ello, debemos desarrollar los niveles de gobierno que existen en nuestro país, con la finalidad de establecer qué competencia tiene cada uno de ellos, lo cual nos llevaría a concluir cuáles son las competencias en materia de salud que tienen las municipalidades distritales.

5.2.1 Niveles de Gobierno

Es así que, el artículo 189 de la Constitución Política del Perú⁸, establece que el territorio peruano está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, los cuales se organizan en gobierno nacional, regional (regiones y departamentos) y local (provincias, distritos y centros poblados).

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este tema en la sentencia recaída en el Expediente N° 00034-2009- PI/TC (fundamento 10), en donde el Ministerio de Justicia solicita se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N.º 029-GPH, del 28 de octubre de 2003, donde se dispone el cambio de denominación de Municipalidad Provincial de Huaraz a la de Gobierno Provincial de Huaraz. Por lo que, el Tribunal Constitucional se pronunció aclarando que existen tres niveles de gobierno en el Estado unitario y descentralizando, indicando que no acepta por ningún motivo crear otro tipo de nivel de gobierno.

Dicho esto, debemos centrarnos en los gobiernos locales, quienes se encuentran dentro del tercer nivel de gobierno, los cuales están comprendidos por los municipios provinciales, distritales y cuentan con autonomía política, económica y administrativa, según lo establecido en el artículo

⁸ Art. 189.-

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

134 de la Constitución.⁹ Pero, ¿qué son las municipalidades?, pues conforme el Artículo I del Título Preliminar de la Ley N°27972, Ley Orgánica de Municipalidades¹⁰, estas son entidades con personería jurídica de derecho público que tienen autonomía, con la que institucionalizan y gestionan sus recursos en favor de sus intereses; además, tienen tres elementos como el territorio, población y organización.

A nivel doctrinario, Mállap (2013, p.40), considera que los municipios son entes que sirven de base a la organización territorial del Estado; asimismo, son canales inmediatos de participación vecinal, siempre cercanas a su población y sus problemas; por ello, son entidades de encuentro entre la sociedad civil y la sociedad política. Así también, van a ser las entidades que institucionalizan y gestionan de manera autónoma. Finalmente, menciona que fueron creadas con la finalidad de promover el desarrollo local.

En conclusión, podemos decir que el Estado peruano se divide en tres niveles de gobierno, uno superior al otro, donde los gobiernos locales se encuentran en el tercer nivel, los cuales deben respetar lo establecido por la Constitución Política, el Tribunal Constitucional y las leyes. Asimismo, las municipalidades son entidades con personería jurídica de derecho público que tiene como elementos al territorio, población y organización, con la finalidad de beneficiar a la sociedad o a la localidad a través de la autonomía que le ha brindado la descentralización, pero sin perder la visión de un Estado unitario y descentralizado.

5. 2.2 Competencias de los Gobiernos Locales

Luego de haber realizado esta reflexión, debemos centrarnos en las competencias que tienen las municipalidades. Para esto debemos primero partir por el concepto de qué es una competencia en el ámbito jurídico.

Para ello, debemos mencionar que el numeral 1 del artículo 70 del TUO de la LPAG¹¹, nos indica que la competencia tiene su fuente en la Constitución y en la ley. En relación a la ello, según Zas

⁹ **Artículo 194°.** - Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. (...)

¹⁰ **Título Preliminar**

“Artículo I.- Gobiernos locales:

Los gobiernos locales son entidades, básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades; siendo elementos esenciales del gobierno local, el territorio, la población y la organización (...)”

¹¹ **Artículo 70.- Fuente de competencia administrativa**

Friz (1999), la competencia es “...un título jurídico habilitante formado por funciones y poderes jurídicos que permiten el ejercicio, en determinadas materias, de las potestades normativas o ejecutivas reconocidas a las entidades territoriales” (p. 483).

Asimismo, Salazar (2007) sostiene que la competencia administrativa es la cuota de función administrativa asignada a un organismo, órgano o persona-órgano de la Administración Pública (p. 203).

Por eso, en el artículo 13 de la LBD¹² se establece las distintas competencias que existen y que serán ejercidas por los distintos niveles de gobierno. Una de ellas es la exclusiva, donde el ejercicio de las actividades lo realiza exclusivamente un nivel de gobierno; es decir, tiene todas las potestades sobre una determinada materia y será el único que podrá ejercerla; por su parte, las competencias compartidas son aquellas en donde intervienen dos o más niveles de gobierno, donde la ley indicará la función específica que corresponde a cada nivel; por ejemplo, uno tendrá que dar las normas básicas y la otra entidad ejecutarla. Finalmente, las competencias delegables son aquellas en donde un nivel de gobierno delega a otro, de distinto nivel, de conformidad con lo establecido en las normas vigentes. Cabe resaltar que, en este tipo de competencia, el que delega debe abstenerse de tomar decisiones sobre las funciones delegadas.

Referente a las competencias que existe en nuestra legislación, Jiménez (2014, p. 203 y 204) da como ejemplo de las exclusivas lo regulado en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, donde este tiene la potestad exclusiva de la aprobación diseño y supervisión de las políticas nacionales y sectoriales; mientras que, de las competencias delegadas debe ser acompañada de recursos financieros, técnicos, entre otros. En relación de las competencias compartidas, señala lo siguiente:

... son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. En este tipo de competencias se debe respetar el criterio de concurrencia, el cual establece que el ejercicio de las

70.1. La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.

¹² **Artículo 13.- Tipos de competencias**

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

13.2. **Competencias compartidas:** Son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. (...)

13.3. **Competencias delegables:** Son aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada. (...)

competencias compartidas a cada nivel de gobierno debe actuar de manera oportuna y eficiente, **cumpliendo a cabalidad las acciones que le corresponden y respetando el campo de atribuciones propio de los demás.** También aplicarán como criterios las externalidades, nacional, regional y local, que trascienden el ámbito específico donde se ubica el ejercicio de determinada competencia o función, y la necesidad de propiciar y aprovechar economía de escala (2014, p. 203). (el subrayado es nuestro)

Incluso, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0020-2005-PI/TC (fundamento 111, 128 y 133)., en donde el demandante es el Presidente de la República, quien solicita se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N° 031-2005-GRC/CRC, promulgada por el Presidente del Gobierno Regional de Cusco y las Ordenanzas Regionales N° 015-2004-CR-GRH y 027-2005-ECR-GRH, emitidas por la Presidenta del Gobierno Regional de Huánuco, en donde se reconoce a la hoja de coca como Patrimonio Cultural y, en base a ello, autorizan una serie de actividades, como la lucha contra el tráfico ilícito de drogas. En ese sentido, el Tribunal Constitucional señaló que la entidad encargada de reconocer cualquier bien como Patrimonio de la Nación es el Congreso; por ello, lo regulado en las Ordenanzas Regionales citadas son inconstitucionales y le solicita se incluya a la hoja de coca dentro de la Ley N° 28477, Ley que declara a los cultivos, crianzas nativas y especies silvestres usufructuadas Patrimonio Natural de la Nación. Asimismo, este Tribunal menciona que el diseño de las políticas nacionales y sectoriales del Gobierno Nacional han sido una competencia del gobierno nacional y no de los gobiernos regionales, de modo que estos últimos no tienen competencia para reconocer "zonas legales" de cultivo para enfrentar la lucha contra el tráfico ilícito de drogas.

En consecuencia, de lo regulado en la ley, la doctrina y la jurisprudencia, la competencia es la distribución de funciones entre los tres niveles de gobierno, los cuales deben ser cumplidas en atención al régimen unitario y a la descentralización del Estado. Lo que quiere decir, es que las Ordenanzas, ya sean regionales o municipales, deben de ser emitidas de conformidad con las competencias que se le haya delegado la Constitución o la Ley; en otras palabras, tienen autonomía dentro de su jurisdicción, pero siempre yendo acorde al plan nacional que tiene el Estado y sin ir más allá de lo que se le permite realizar.

5.2.2.1 Competencias en materia de salud de gobiernos locales

Dicho esto, podemos ya centrarnos en las competencias que tienen los gobiernos locales en materia de salud. Pero antes de empezar este análisis, debemos saber qué es derecho a la salud para así determinar qué competencia tiene este nivel de gobierno.

En primer lugar, el derecho a la salud se encuentra estipulado en el artículo 7 de la Constitución Política¹³, donde se señala que toda persona tiene derecho a la salud, sino también el acceso a condiciones mínimas de salubridad a fin de vivir una vida digna.

En ese sentido, León (2014) sostiene que “el derecho a la salud no es solo un derecho a un mínimo que permita evadir situaciones de inhumanidad, sino un derecho a las mejores condiciones posibles que permitan a las personas ejercer su autonomía de modo pleno” (p. 397).

De lo mencionado, podemos sostener que el derecho a la salud es un derecho fundamental que no solo es preservar la propia vida, sino maximizar su protección para que la persona pueda vivir de manera plena.

Por ello, el artículo 43 de la LBD¹⁴, establece que la salud pública es una materia que es compartida entre los tres niveles de gobierno; asimismo, el numeral 1 del artículo 44¹⁵, del mismo marco normativo, se señala que la distribución de las competencias compartidas entre las municipalidades está regulado en la LOM.

Pero, ¿qué significa salud pública?, según Rodríguez (2018, p. 27), es la acción colectiva que realiza Estado y la sociedad, donde se encaminan estrategias o políticas para proteger y mejorar la salud de las personas de manera sostenida e integrada.

¹³ **Artículo 7.- Derecho a la salud. Protección al discapacitado.**

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

¹⁴ **Artículo 43.- Competencias compartidas**

a) Educación. Participación en la gestión educativa conforme lo determine la ley de la materia.

b) **Salud pública.**

c) Cultura, turismo, recreación y deportes.

d) Preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas locales, la defensa y protección del ambiente. (...)

¹⁵ **Artículo 44.- Distribución de competencias municipales**

44.1. Las competencias municipales señaladas en los artículos precedentes, se distribuyen en la Ley Orgánica de Municipalidades, según la jurisdicción provincial o distrital, precisando los niveles y funciones en cuanto a normatividad, regulación, administración, ejecución, promoción, supervisión y control.

En consecuencia, podemos advertir que la salud pública es un conjunto de políticas públicas que realiza el Estado en sus diferentes niveles de gobierno, con la finalidad de garantizar la promoción y desarrollo sostenible del derecho a la salud de las personas en sus distintas formas.

Ahora bien, antes de señalar qué nos norma la LOM, consideramos necesario saber qué nos menciona la Ley General de Salud, ya que en atención al artículo 122¹⁶, la Autoridad de Salud se organiza y se ejerce a nivel central, desconcentrado y descentralizado, en atención a lo establecido en las leyes orgánicas y especiales en sector salud.

Es así que, los artículos 125 y 126¹⁷ de la Ley General de Salud advierten que, si bien hay una organización y distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno, esto no significa que puedan tener facultades normativas; incluso, señala que no podrán dictar normas que sean leyes o que tengan un rango equivalente, con la excepción de que una ley especial así lo considere.

A partir de ello, el artículo 80¹⁸ de la LOM establece competencias de las municipalidades respecto a la materia saneamiento, salubridad y salud, las cuales están divididas en competencias exclusivas y compartidas de las municipalidades provinciales. Referente al primer numeral, donde se ve la exclusividad de las provinciales, se subdivide en dos numerales, en donde nos señalan que las

¹⁶ **Artículo 122.-** La Autoridad de Salud se organiza y se ejerce a nivel central, desconcentrado y descentralizado. La Autoridad de Salud la ejercen los órganos del Poder Ejecutivo y los órganos descentralizados de gobierno, de conformidad con las atribuciones que les confieren sus respectivas leyes de organización y funciones, leyes orgánicas o leyes especiales en el campo de la salud.

¹⁷ **Artículo 125.-** El ejercicio descentralizado de competencias de control en materias de salud, no supone, en ningún caso, el ejercicio de competencia normativa, salvo estipulación en contrario de la propia ley. La delegación de competencias de control en materia de salud, no supone, en ningún caso, la delegación de facultades normativas.

Artículo 126.- No se podrá dictar normas que reglamentan leyes o que tengan jerarquía equivalente, que incidan en materia de salud, sin el refrendo de la Autoridad de Salud de nivel nacional.

¹⁸ **Artículo 80.- Saneamiento, Salubridad y Salud**

Las municipalidades, en materia de saneamiento, salubridad y salud, ejercen las siguientes funciones:

(...)

2. Funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales:

(...)

2.5. Gestionar la atención primaria de la salud, así como construir y equipar postas médicas, botiquines y puestos de salud en los centros poblados que los necesiten, en coordinación con las municipalidades distritales, centros poblados y los organismos regionales y nacionales pertinentes.

2.6. Realizar campañas de medicina preventiva, primeros auxilios, educación sanitaria y profilaxis local.

3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:

3.1. Proveer del servicio de limpieza pública determinando las áreas de acumulación de desechos, rellenos sanitarios y el aprovechamiento industrial de desperdicios.

3.2. Regular y controlar el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, piscinas, playas y otros lugares públicos locales. Instalar y mantener servicios higiénicos y baños de uso público.

3.4. Fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.

3.5. Expedir carnés de sanidad.

4. Funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales:

(...)

4.4. Gestionar la atención primaria de salud, así como construir y equipar postas médicas, botiquines y puestos de salud en los centros poblados que los necesiten, en coordinación con las municipalidades provinciales, los centros poblados y los organismos regionales y nacionales pertinentes.

4.5. Realizar campañas locales sobre medicina preventiva, primeros auxilios, educación sanitaria y profilaxis.”

provinciales tienen la potestad de regular y controlar el proceso de disposición final de desechos sólidos y la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente. Como se observa, en ninguno de estos numerales, las municipalidades provinciales tienen competencia respecto a la materia de salud, sino ambientales, propiamente dichos.

Por su parte, el segundo numeral, donde se regula las competencias compartidas, el inciso 5 nos menciona que las provinciales tienen la competencia de gestionar la atención primaria de la salud, así como construir y equipar postas médicas, botiquines y puestos de salud; precisando que tendrá que coordinar con las municipalidades distritales, centros poblados y organismos nacionales. Por lo que, aquí también se observa que no existe una potestad normativa respecto a estas materias, solo tiene la potestad de gestionar.

Ahora bien, las competencias exclusivas y compartidas de las municipalidades distritales se encuentran en los numerales 3) y 4) del artículo precitado. De acuerdo al inciso 2 del numeral 3), podemos decir que es competencia exclusiva de las municipalidades proveer el servicio de limpieza pública, regular, controlar el aseo, higiene y salubridad en los lugares con acceso al público, como también instalar y mantener servicios higiénicos de uso público; mientras que, el inciso 4 del mismo numeral, permite fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente, y entregar carnés de sanidad. Por otro lado, el numeral 4), indica que las funciones compartidas de las municipalidades distritales son: Administrar y reglamentar el servicio de agua potable, proveer los servicios de saneamiento rural, difundir programas de saneamiento ambiental, gestionar la atención primaria de salud; así como, construir y equipar postas médicas, entre otros. Todo lo ya mencionado, deberá ser coordinado con los centros poblados, municipalidades regionales y acorde a los planes de las entidades nacionales. Como se colige, en se observa que los municipios distritales tengan la potestad para poder normar en temas relacionados a salud, mucho menos al control de humo derivado del tabaco.

De lo ya mencionado, podemos concluir que el Ministerio de Salud es la entidad administrativa que vela por las políticas públicas nacionales en materia de salud; por lo que, los gobiernos locales no tienen competencia para emitir Ordenanzas que regulen materia de salud, con la excepción de que una norma especial lo señale. Asimismo, el artículo 80 de la LOM no otorga competencia exclusiva a las municipalidades distritales en materia de salud; por lo que, solo podrá realizar

acciones que el Ministerio de Salud considere necesario, pues ello se ve reflejado en los incisos 2 y 4 del numeral 3) del precitado artículo, ya que en el primero se regula temas de salubridad y en el segundo se fiscaliza temas relacionados a emisiones de humos derivado de industrias. Por lo expuesto, no cabe la posibilidad de que los gobiernos locales pueden tener potestad normativa en temas relacionados a salud.

5.3 Análisis el Caso Concreto

Ahora, en la presentación del presente informe jurídico, se planteó que las medidas impuestas por la Municipalidad, podrían ser cuestionadas por constituir barreras burocráticas ilegales; por lo tanto, analizaremos los motivos por los que esta Municipalidad, a través del tercer párrafo del artículo segundo y en el literal c) del artículo 3, contenidos en el Capítulo I y Capítulo II de la Ordenanza, sí habrían emitido una barrera burocrática ilegal.

En primer lugar, a través del numeral 1 del artículo 3¹⁹ de la Ley antitabaco, modificado por el artículo segundo de la Ley N° 29517, se establece que se prohíbe fumar en los espacios públicos cerrados, entre otros lugares públicos; por ello, el numeral 2²⁰ del mismo artículo conceptualiza el significado de los espacios públicos cerrados como todo lugar de trabajo o de acceso al público que **se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes.**

Asimismo, el artículo 18²¹ de la Ley antitabaco, indica que las Municipalidades **solo tienen competencias en temas de inspección**; es decir, no puede ejercer competencias normativas.

¹⁹ **Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco**

3.1 Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco.

²⁰ 3.2 Se entiende por interiores o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.

²¹ **Artículo 18.- De la vigilancia y cumplimiento de la Ley**

Las municipalidades, el Ministerio de Salud, el INDECOPI y la Comisión Nacional Permanente de Lucha Anti tabáquica, **en el ámbito de sus competencias realizarán las inspecciones necesarias** que aseguren el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley.

En atención a lo mencionado por la Ley antitabaco, la Municipalidad, en el artículo segundo²² de la Ordenanza, publicada el 16 de mayo del 2011, dispone que se establezcan ciertas definiciones, una de ellas es la de espacios públicos cerrados que lo entiende como **todo aquel lugar público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared.** Así también, en el literal c) del artículo 3 de las misma Ordenanza, se prohíbe fumar y mantener encendido productos de tabaco en espacios públicos cerrados, entendidos como cualquier lugar cubierto por un techo y que tenga más de una pared.

Como se puede observar, mientras que en la Ley antitabaco se define al espacio público cerrado como todo aquel lugar con techo y **cerrado** entre paredes, la Ordenanza establece que se entiende como un lugar que se encuentre cubierto por un techo y tenga más de una pared. Esto quiere decir que, para la municipalidad, los bares y terrazas serían un lugar público cerrado; porque cuentan con un techo y más de una pared. Entonces, al ser ello así, esta Ordenanza estaría siendo más restrictiva que la propia Ley antitabaco, permitiendo que ejerza una competencia normativa.

Como bien se ha dicho, según la Ley General de Salud, los gobiernos locales no pueden ejercer competencias normativas, pues esas facultades solo las tiene el gobierno central, con la excepción de que una ley especial le otorgue. Sin embargo, la Ley antitabaco, al ser una ley especial, no otorga competencias normativas a los gobiernos locales, sino solo fiscalizadoras. Por otro lado, en atención a la LOM, las municipalidades distritales no tienen competencia exclusiva en materia de salud; mientras que, si hablamos de competencias compartidas en materia de salud, estas deben estar establecidas en una ley para saber la responsabilidad y función específica de cada gobierno local. Sin embargo, ello no se visualiza dentro del caso en concreto.

Un caso parecido es la Resolución N° 0155-2013/SDC-INDECOPI, donde se CONFIRMA la Resolución 122-2012/CEB-INDECOPI, del 17 de mayo de 2012, que declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar en edificaciones donde se presten servicios de atención al público

²² Ordenanza 349-MM

Artículo segundo. - De las definiciones

(...)

- Espacios públicos cerrados: **Todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared.** independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente.

(...)

establecida en el artículo 2 literal c) de la Ordenanza 286-MSI y en los códigos de infracción 4.01 y 4.02 de la Ordenanza 310-MSI. Esta Ordenanza fue emitida por la Municipalidad de San Isidro, donde se establecía que estaba prohibido fumar en todas las edificaciones donde se presten servicios de atención al público, sean de propiedad pública o privada. Sin embargo, tal y como señaló la Sala, según dicha norma, estaría prohibido fumar en la azotea o en el balcón de un local por el solo hecho de encontrarse ubicada en una edificación de atención al público. Entonces, también nos encontramos en un caso donde la municipalidad toma atribuciones que no le han sido conferida por la Ley.

En ese sentido, como ya se ha expuesto, la autonomía que tienen las municipalidades no es ilimitada, sino que su accionar siempre debe ir acorde a los planes nacionales del Estado y respetando el principio unitario; por ello, sus normas no pueden ir más allá de lo que la Constitución o las Leyes nacionales le permiten realizar. En consecuencia, en nuestro caso, la Comisión, a través de la Resolución N° 121-2012/CEB-INDECOPI, declaró como barrera burocrática ilegal en los artículos ya mencionados, pues las municipalidades no tienen competencia para normar temas relacionados en salud, como es el caso de lo tratado en la Ley antitabaco.

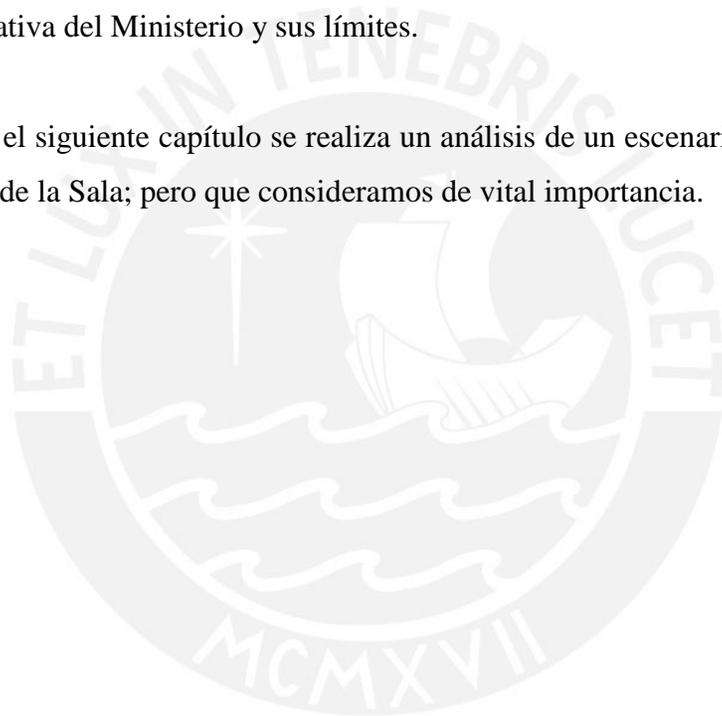
Pese a ello, la Sala, a través de la Resolución N° 019-2013/SDC-INDECOPI, consideró que lo emitido por la Municipalidad no es una barrera burocrática ilegal, pues no estaría emitiendo una nueva norma, sino solo plasmando lo señalado en el reglamento de la Ley antitabaco; por ello, no se pronuncia respecto al tema de la competencia. Al respecto, opino que si bien, la Municipalidad ha podido ejercer competencias que no le han otorgado, en efecto, esta plasmó de manera idéntica lo que señala el Reglamento. Sin embargo, sostengo que más allá de si plasmó o no lo mencionado por el Ministerio, debió haber hecho un análisis y no solo dar un argumento en donde se evade el estudio de este tema.

Por otro lado, la Sala también señala que la facultad de reglamentar que tiene el Ministerio sobre “espacios públicos cerrados” no restringe más de lo que le permite la Ley antitabaco; ya que considera que el Estado debe cumplir con el Convenio Marco para el Control del Tabaco y sus directrices. Sin embargo, considero que la Sala deja un vacío dentro de su análisis, porque no se enfoca en la potestad normativa del Ministerio ni los límites de esta, lo cual sí debió haber

observado. Esto último es relevante ya que, el Ministerio es declarado tercero administrado dentro del proceso; y, según, Morón (2019, p. 522), el tercero administrado es aquel accionante distinto del accionante que durante todo el proceso se presenta en la calidad de titular de un interés jurídico respecto del acto que será emitido, pese a que ese acto no esté dirigido a él. Sin embargo, también considera que esta calidad finaliza cuando este no intervenga dentro del proceso.

En atención a lo mencionado, vemos que el Ministerio fue incorporado como tercero administrado, pero esta calidad termina cuando la entidad interpone recurso de apelación en contra de la Resolución emitida por la Comisión; por lo tanto, la Sala debió pronunciarse respecto a la finalidad de la potestad normativa del Ministerio y sus límites.

En ese contexto, en el siguiente capítulo se realiza un análisis de un escenario distinto, el cual no fue debatido dentro de la Sala; pero que consideramos de vital importancia.



6. Capítulo II: Determinar la finalidad y límites del ejercicio de la potestad reglamentaria del Ministerio de Salud respecto al concepto de espacio público cerrado, recogido en la Ley N° 28705

6.1 Potestad Reglamentaria de la Administración Pública

Luego de haber reconocido las competencias que tienen los gobiernos locales, debemos abarcar el tema de la potestad reglamentaria que tiene la administración pública y la finalidad de los reglamentos, con el objetivo de analizar el concepto de “espacio público cerrado”, establecido en el artículo 3 de la Ley antitabaco, el cual consideramos es desnaturalizado por el Reglamento de la Ley antitabaco.

Respecto a la potestad reglamentaria, Morón (2003, p. 86) señala que es la atribución que tiene la Administración para emitir declaraciones unilaterales con efectos normativos generales, directos e impersonales. Mientras que Danós (2009, p. 175) nos indica que esta potestad solo la pueden ejercer aquellas autoridades u organismos a quienes el ordenamiento jurídico les haya dado dicha atribución.

Mientras que, a nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Acumulado N° 0001/0003-2003-AI/TC (Fundamento 15), señala que:

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.(el subrayado es nuestro)

De lo ya mencionado, podemos advertir que la potestad reglamentaria es una atribución que se le da a la Administración, quien, a través de los reglamentos, tiene la capacidad de desarrollar la Ley, sin ir en contra de las leyes y la Constitución Política; porque, de ser el caso, se estaría desnaturalizando la finalidad de la Ley. Asimismo, como ya se mencionó, no todas las autoridades u organismos de la Administración tienen dicha potestad, solo la tendrán aquellas que el ordenamiento jurídico lo reconozca de forma expresa.

Esto último se ve reflejado en la Constitución Política, ya que el numeral 8 del artículo 118²³ de la Constitución Política solo reconoce de marea expresa esta potestad al Presidente de la República; por lo que, para que la Administración pueda tener esta potestad, debe estar expresamente otorgada por alguna ley o dispositivos con el mismo rango.

Entonces, de lo observado, en el presente caso, al ser el Ministerio una entidad del Poder Ejecutivo, la potestad normativa que pueda tener, debe estar expresada en una ley y no debe desnaturalizar esta. Ello se ve reflejado en el artículo 13²⁴ de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (en adelante “LOPE”), donde se dispone que los reglamentos deben sujetarse a principios de competencia, transparencia y jerarquía; es decir, no pueden transgredir ni desnaturalizar las leyes.

Además, es importante precisar que, para el ejercicio de la potestad reglamentaria, el Tribunal Constitucional (2003, fundamento 15), en la sentencia recaída en el Expediente ya mencionado líneas arriba, establece los siguientes criterios:

Criterios para el ejercicio de la potestad reglamentaria:

- El proyecto de reglamento debe ser elaborado por la entidad competente.
- Debe ir acompañado de una exposición de motivos, así como los informes, estudios y consultas realizados.
- Debe ajustarse a los principios de competencia, transparencia y jerarquía.
- **No puede transgredir ni desnaturalizar la ley** (2003, fundamento 15). (el subrayado es nuestro)

²³ **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.

(...)”

²⁴ **Artículo 13.- Potestad reglamentaria**

La potestad reglamentaria del Presidente de la República se sujeta a las siguientes normas:

1. El proyecto de norma reglamentaria es elaborado por la entidad competente. Se tramita acompañado de la exposición de motivos, los informes, estudios y consultas realizados.

2. Los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía. No pueden transgredir ni desnaturalizar la ley. Se aprueban, dentro del plazo establecido, mediante decreto supremo, salvo disposición expresa con rango de ley.

3. Los proyectos de reglamento se publican en el portal electrónico respectivo y por no menos de cinco (5) días calendario, para recibir aportes de la ciudadanía, cuando así lo requiera la Ley.”

Por lo ya expuesto, podemos concluir que la potestad reglamentaria para que pueda cumplir con la finalidad, la cual fue establecida por Ley, debe cumplir con los criterios mencionados, debe regirse bajo los principios de competencia, transparencia y jerarquía; ergo, no debe desnaturalizar ni transgredir la Ley.

6. 1.1 El Reglamento

Ahora bien, luego de haber aterrizado el significado de la potestad reglamentaria, veamos cómo es que a través del Reglamento se materializa esta atribución y su finalidad. Para ello, debemos iniciar mencionando que estos son normas jurídicas que se encuentran subordinados a la ley, considerados también como fuente del procedimiento administrativo, según el numeral 2.5²⁵ del artículo V del TUO de la LPAG.

Del mismo modo, Morón (2014, p. 82) sostiene que los reglamentos son normas jurídicas que emanan de los organismos que forman parte de la Administración Pública, la cual actúa en ejercicio de la función normativa que las leyes le encomendaron. Por eso, el profesor Danós (2009, p. 170-171) considera que los reglamentos constituyen fuentes de derecho de jerarquía subordinada a las leyes o normas del mismo rango. Asimismo, considera que, para ejercer esta potestad, debe estar señalado de manera expresa, ya sea por la Constitución o las leyes especiales.

Agregando a este concepto dado, Morón nos precisa que:

Hay **dos valores importantes** para apreciar la corrección constitucional de un reglamento: **su valor subordinado a la ley y que debe ser ejercido sobre materias no reservadas a ley**, esto es “reglamentables” ...

... Por la primera característica, las normas reglamentarias están sujetas a la primacía de la ley por la supra ordenación o superioridad jerárquica de esta última, **en cuya virtud el reglamento está subordinado formalmente (por la forma) y materialmente (por los temas)**; así como subordinado a los dictados de la ley (por ejemplo, si la ley remite alguna materia a la regulación por vía reglamentaria). Por

²⁵ **Artículo V. Fuentes del procedimiento administrativo**

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:

2.5. Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.”

la segunda característica, significa **que el Poder Ejecutivo no puede desplegar su competencia reglamentaria inicial sobre aquellos aspectos que el sistema jurídico los reserva para el legislador ordinario**, de modo, que se veda la existencia de normas reglamentarias originarias (no así complementarias) sobre aspectos que el ordenamiento atribuye su desarrollo a la ley formal... (2019, p. 157). (el subrayado es nuestro)

A partir de lo expuesto en estos párrafos, podemos colegir que el reglamento es la norma con la que la Administración Pública manifiesta la potestad reglamentaria que se le fue atribuida a través de la Constitución o por las leyes; así también, son fuente de derecho que se encuentran subordinados a la ley. Además, las competencias que se les asignó, no pueden ir más allá de aquellas que están designadas para las leyes ordinarias, las cuales son emitidas por el Congreso.

Ya habiendo conceptualizado qué es un reglamento, debemos mencionar las clases de reglamentos que tenemos en el ordenamiento jurídico. Para ello, el profesor Morón nos manifiesta lo siguiente:

Según la materia que le es confiada al organismo que lo apruebe; así tenemos:

- **Reglamentos nacionales aprobados por el Poder Ejecutivo: los ministerios**, los órganos desconcentrados (direcciones nacionales o generales) y los organismos públicos descentralizados (como, por ejemplo, los organismos reguladores).
- Reglamentos provenientes de organismos autónomos, como pueden ser los emitidos por la Superintendencia de Banca y Seguros, Banco Central de Reserva y Contraloría General de la República.
- Reglamentos emitidos por los gobiernos municipales (decreto de alcaldía) y por gobiernos regionales (2019, p. 158). (el subrayado es nuestro)

Como observamos, aquí las clases de reglamentos se diferencian por quienes emiten dicha norma; es decir, por cada nivel de gobierno existe un tipo de reglamento, como los nacionales, regionales y locales y agregando a estos los que derivan de los organismos autónomos; por lo que, en nuestro caso, al ser un reglamento del Ministerio, vendría a ser un reglamento nacional aprobado por el Poder Ejecutivo.

Respecto de estos tipos de reglamentos, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2006, p. 227) sostienen que la ley regula principios básicos para que, a través de los reglamentos, se precise el casuismo que puede exigir la situación.

Incluso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el Expediente Acumulado N° 001/003-2003-AI/TC (fundamento 15), ha señalado de los reglamentos ejecutivos, lo siguiente:

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... (el subrayado es nuestro)

Finalmente, respecto a la relación que existe entre la ley y el reglamento, Muñoz (2015, p. 107) considera que el reglamento es aquella norma que va a complementar o detallar las disposiciones que establece la ley, sin que desnaturalice o transgreda la ley.

De lo expuesto, llegamos a la conclusión que los reglamentos, específicamente los ejecutivos, son aquellos que van a complementar o delimitar lo que una ley establece; siempre y cuando, no la desnaturalice. Asimismo, en el presente caso, al ser el reglamento de la realizado por el Ministerio, no puede ir más allá de lo establecido en la ley.

6.2 Límites de la Potestad Reglamentaria de la Administración Pública

Luego de haber hecho un análisis de la potestad reglamentaria y el reglamento, es necesario analizar los límites de esta, las cuales son: límites formales, sustantivos o materiales y temporales. Dentro de los límites formales encontramos la jerarquía, competencia, procedimiento de elaboración de los reglamentos y la publicidad de estos.

Respecto a los límites formales, en específico de la jerarquía, el artículo 51²⁶ de la Constitución Política establece que existe una jerarquía en el ordenamiento jurídico. Asimismo, Danós (2009, p. 200) sostiene que los reglamentos constituyen fuentes normativas de carácter subordinado a las leyes; es decir, son inferiores a la norma con rango de ley.

Respecto de la competencia, que ya hemos señalado anteriormente, una entidad puede ejercer esta potestad solo si reciben habilitación de la Constitución Política o de las leyes. Como ya se mencionó, la única autoridad de la administración autorizada expresamente en la Constitución Política es el Presidente de la República.

Como ejemplo de lo mencionado líneas arriba, podemos señalar nuestro caso, en donde el Ministerio solo podrá emitir el reglamento en atención a las competencias que quedaron establecidas en la Ley antitabaco; es decir, en temas relacionados al consumo de tabaco. Así también, debe quedar en claro que, dentro del límite formal, la jerarquía nos señala que este reglamento está subordinado a la ley.

Incluso, no solo la doctrina considera estos límites como relevantes, sino también los Textos Constitucionales establece los casos en donde la reserva de ley no permite que los reglamentos puedan recoger diversas materias ni que se amplíen de tal manera que desnaturalice la ley. Como bien señala Rebollo (1991, p. 112), la Constitución Española impide ejercer la potestad de dictar reglamentos sobre aquellos temas o materias donde la Administración no tiene ninguna función, pues estas fueron atribuidas a otros organismos.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional Europeo – TCE, en la Sentencia N° 99/1987 (FJ3. a)), establece que los límites a la potestad estudiada es la siguiente:

... La potestad **reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa**, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional. (el subrayado es nuestro)

²⁶ **Artículo 51.- Supremacía de la Constitución**

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

De todo el análisis realizado, podemos advertir que el reglamento tiene como propósito desarrollar la materia establecida en una ley, lo cual no quiere decir que pueda desarrollar cualquier tema que considere necesario o beneficioso para el interés general; por lo que, las autoridades u organismos que estén facultados a hacer ejercicio de la potestad normativa deben cumplir con la finalidad que tiene la ley, pero a la vez, deben respetar lo que esta señala. Entonces, los reglamentos no pueden muchos más restrictivos que la propia ley, pues podría perjudicar a la misma sociedad

A modo de evidenciar el análisis de los límites de la potestad reglamentaria en la administración pública, podemos ver en los siguientes casos que existe aún un debate jurídico por determinar los límites, incluso dentro del mismo INDECOPI.

El primer caso emblemático es el de “harinas fortificadas”. La ley N° 28314, Ley que dispone la fortificación de harinas con micronutrientes, exigía la fortificación con diversos micronutrientes, a la harina de trigo como tal para el producto primario y no a los productos derivados importados que usen harina de trigo como insumo para su elaboración, básicamente al producto final. Sin embargo, con los Reglamentos aprobados mediante Decretos Supremos N° 008-2005-SA y N° 012-2006-SA, se había normado no solo la exigencia de fortificar con nutrientes la harina de trigo usado como producto primario, sino también a aquellos productos importados derivados de harina de trigo. En ese sentido, Supermercados Peruanos S.A. realiza una denuncia contra el Ministerio de Salud ante el INDECOPI por haber emitido una barrera comercial no arancelaria por contravenir una disposición expresa del ordenamiento jurídico; es decir la Ley de fortificación. En dicho proceso, a través de la Resolución N° 191-2016/CDB-INDECOPI, se declara improcedente la denuncia interpuesta contra la exigencia de fortificar con micronutrientes los productos importados derivados de harina de trigo (2016, p. 28).

En esa misma línea, la Sala Especializada confirmó la Resolución mencionada, ya que al igual que la Comisión, considera que, pese a los argumentos de la denunciante, a través del reglamento se podía complementar aquello que la Ley de fortificación debió decir, en otras palabras, los reglamentos tienen la potestad de normar aquello que la ley quiso decir o debió señalar.

A diferencia de este caso, tenemos el de la Ley N° 30021, Ley de promoción de la Alimentación Saludable para niños, niñas y adolescentes (en adelante, Ley de Alimentación Saludable) y el Manual de Advertencias Publicitarias, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2018-SA.

En este caso, en el artículo 10° de la Ley de Alimentación Saludable, se impone a los fabricantes, importadores, proveedores y anunciantes de alimentos y/o bebidas no alcohólicas procesados, con contenido de grasas trans y que superen determinados parámetros técnicos a los nutrientes críticos regulados (azúcar, sodio, grasas saturadas), la obligación de colocar en la publicidad determinadas frases de advertencia; por ejemplo, "Alto en", "Evitar su consumo excesivo", y que estas tenían que ser claras, legibles, destacadas y comprensibles para los consumidores. Pese a que la ley estaba ya definida, e incluso establecía claramente lo que el Ministerio de Salud debía de normar con el reglamento, en los numerales a), b), c) y d) del artículo 15° del Reglamento de la Ley de Alimentación Saludable, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2017-SA, se señala restricciones adicionales a las previstas en la Ley de Alimentación Saludable, incluso pretende regular temas de publicidad; por ejemplo, dónde debía estar ubicada las frases de advertencia, la medida de estas frases, entre otros.

Para el análisis de este caso, se tuvo en cuenta que mediante el Oficio N° 007-2016-PCM/GA, de fecha 8 de febrero de 2016, el Presidente de la Comisión Multisectorial creada para la elaboración del proyecto de Reglamento de la Ley de Alimentación Saludable, solicitó la opinión jurídica de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante MINJUS) para que esta emita su opinión respecto a si la Ley de Alimentación Saludable permite que la administración pública pueda regular temas más relacionados a publicidad de los que señala la Ley de Alimentación Saludable; por ejemplo, tamaño, iconografía, color, entre otros. Por eso, a través del Informe Legal N° 030-2016-JUS/DGDOJ, de fecha 25 de febrero de 2016, el MINJUS llegó a la conclusión que lo consultado no era posible; puesto que, al realizar dicha acción, a través del reglamento, el Ministerio de Salud se estaría excediendo en sus facultades. Por ello, el MINJUS sostuvo que las empresas podían tomar las medidas necesarias que creían convenientes para poder cumplir con lo señalado en la ley.

En ese sentido, a través de la Resolución N°072-2020/CEB-INDECOPI (fundamento 85), se declara barrera burocrática ilegal los puntos mencionados anteriormente, pues la Comisión advierte lo siguiente:

...se advierte que no regulan algún aspecto relacionado con el rotulado de las advertencias publicitarias, sino que están dirigidas a establecer exigencias para la publicidad que contiene advertencias publicitarias, lo cual, como ha sido señalado, no se encuentra dentro del marco de las competencias del Ministerio.

Como se observa, en el precitado caso, se considera que el límite que tiene el Ministerio son las exigencias en temas publicitarios; en otras palabras, el Ministerio no debió normar temas de esta materia, ya que no se le fue atribuido en la Ley de Alimentación Saludable; por lo que, estaría yendo más allá de lo previsto en la misma norma y transgrediendo a esta, lo cual no vendría a ser legal.

Por otro lado, a nivel latinoamericano, tenemos como referencia la legislación chilena, donde sí se le habilita a la Administración Pública a determinar las especificaciones de la publicidad de esos alimentos. Por ejemplo, con la Ley N° 20606, Ley sobre Composición Nutricional de alimentos y su publicidad, se dispuso lo siguiente:

Artículo 5°. - El Ministerio de Salud determinará los alimentos que, por unidad de peso o volumen, o por porción de consumo, presenten en su composición nutricional elevados contenidos de calorías, grasas, azúcares, **sal u otros ingredientes que el reglamento determine**. Este tipo de alimentos se deberá rotular como "alto en calorías", "alto en sal" o con otra denominación equivalente, según sea el caso.

La información indicada precedentemente, **incluyendo sus contenidos, forma, tamaño, mensajes, señalética o dibujos, proporciones y demás características, se determinará por el Ministerio de Salud en el Reglamento Sanitario de Alimentos.** (el subrayado es nuestro)

Como se advierte, en la legislación chilena sí existe una voluntad del legislador que el reglamento sea la norma jurídica en la que se establezcan las restricciones y las exigencias concretas.

En atención a los citados ejemplos, en el Perú no hay un consenso respecto de los límites que tiene la administración pública referente a lo que la ley le permite normar a esta; por lo tanto, se advierte que va a depender de cada caso en concreto si se desnaturaliza lo normado por la Ley.

6.3 Análisis del caso concreto

Habiendo ya profundizado en los aspectos más relevantes de la potestad reglamentaria, nos toca abordar el caso en concreto.

Como bien se ha dicho a nivel doctrinario y jurisprudencial, el Poder Ejecutivo, del cual es parte el Ministerio, se le reconoce potestades reglamentarias solo de manera expresa; es decir, a través de la Constitución Política o una ley. En atención a ello, en el art la potestad que se le otorgó al Ministerio para poder emitir el reglamento de la Ley antitabaco, a través del Decreto Supremo 015-2008-SA, se encuentra amparado por la misma Constitución y la Ley antitabaco. Pese a ello, consideramos que este reglamento ha transgredido y desnaturalizado lo establecido en la Ley antitabaco.

Lo dicho, se ve reflejado en la definición dada por el reglamento de la Ley antitabaco, pues es más restrictiva que la propia ley, de la siguiente manera:

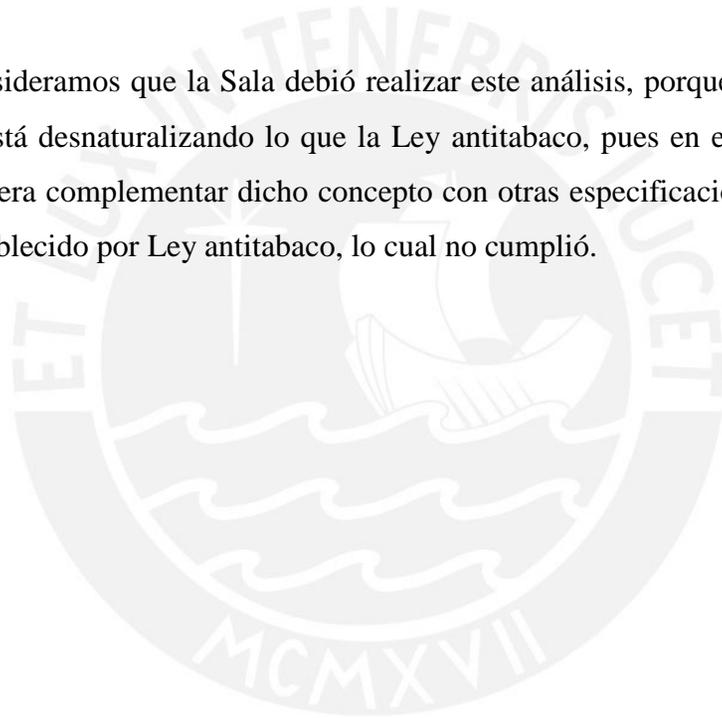
LEY ANTITABACO	REGLAMENTO DE LEY ANTITABACO
Espacio Público Cerrado: Todo lugar de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes.	Espacio Público Cerrado: Todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared.

A simple vista, se puede advertir que el Reglamento de la Ley antitabaco contraviene lo previsto en la propia Ley antitabaco; ya que, mientras que el primero considera que un espacio público cerrado es aquel que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared, para la Ley

antitabaco, un espacio público cerrado está constituido por un techo y que se encuentre cerrado entre paredes.

Ello, nos conlleva a reconocer que el reglamento de la Ley antitabaco es mucho más restrictivo que la propia Ley; es decir, esta incluiría dentro de la restricción a aquellos espacios como las terrazas, balcones, entre otros como espacios públicos cerrados. Así también, es importante recalcar que la definición que brinda la Ley antitabaco no es imprecisa, ya que menciona claramente las características de un espacio cerrado; por lo que, consideramos que el reglamento de la Ley antitabaco estaría desnaturalizando la definición de la norma.

En conclusión, consideramos que la Sala debió realizar este análisis, porque el reglamento de la Ley antitabaco sí está desnaturalizando lo que la Ley antitabaco, pues en este caso lo que se le pedía al Ministerio era complementar dicho concepto con otras especificaciones, mas no cambiar el sentido de lo establecido por Ley antitabaco, lo cual no cumplió.



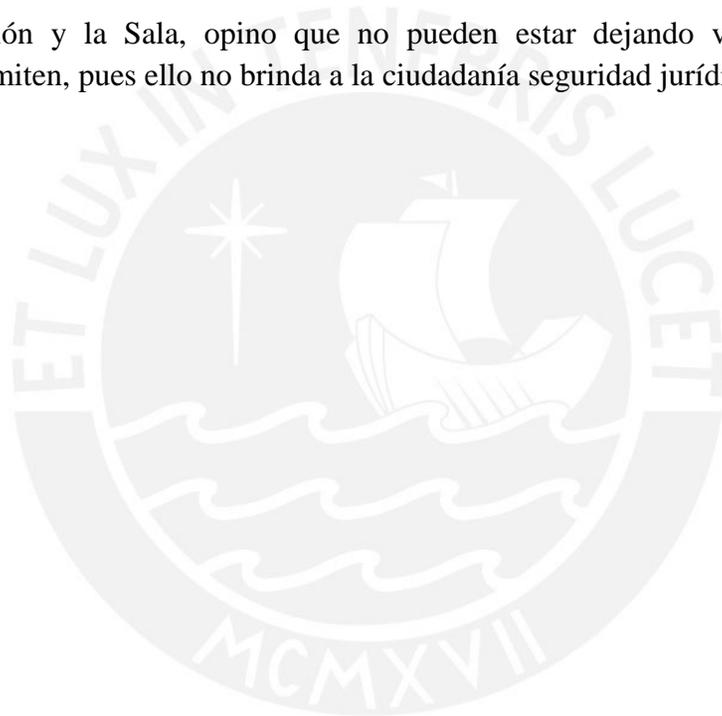
7. Conclusiones

En atención a lo expuesto en los capítulos anteriores, podemos colegir lo siguiente:

1. Las municipalidades, pese a tener autonomía política, económica y administrativa, respecto a las Ordenanzas que emiten, pueden tener un control de legalidad por parte de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, porque su autonomía no implica que puedan emitir normas que no vayan acorde al plan nacional, solo por considerar que es en beneficio del interés general.
2. De acuerdo a la Ley Base de Descentralización, la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley antitabaco, la cual es una ley especial, los gobiernos locales, en específico las municipalidades distritales, no tienen competencias para normar en temas relacionados al humo derivado del tabaco. Esto se debe a que las leyes mencionadas no les da dicha facultad y también, porque la Ley General de Salud señala que la única entidad administrativa que puede normar sobre todos los temas de salud es el Ministerio de Salud.
3. Los reglamentos ejecutivos tienen como propósito complementar lo establecido en la Ley especial, siempre y cuando esta última le dé dichas potestades a la Administración Pública. Asimismo, éstas al cumplir la función encomendada, no pueden ir más allá de lo establecido en la norma, ya que ello generaría la trasgresión y desnaturalización de la propia Ley.
4. Referente al concepto de “espacio público cerrado” que se encuentra dentro del Reglamento de la Ley antitabaco, podemos señalar que es mucho más restrictivo que la propia Ley, ya que considera suficiente con que tenga un techo y cuente con más de una pared. Lo cual conlleva a señalar que una terraza es un espacio público cerrado, lo cual no es correcto.
5. Finalmente, como se analizó en el capítulo segundo, los límites de la potestad reglamentaria se tendrán que estudiar caso por caso, ya que no existe un consenso para señalar cuándo la Administración pública está sobrepasando sus facultades. Ello lo hemos visto en el caso de la Ley de harina fortificada y en el caso de la Ley de alimentación saludable.

8. Recomendaciones

1. Luego del desarrollo y análisis realizado, considero que las Municipalidades deberían de tener mayor capacitación en diversos temas jurídicos, como el aspecto de la autonomía, las competencias que se les otorga y los límites que estas tienen; puesto, que en la mayoría de oportunidades son las entidades que más denuncias ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas tiene.
2. Respecto a la potestad reglamentaria de la Administración Pública, considero que no se puede estar haciendo un análisis caso por caso; por ello, se debe buscar una uniformidad para que así se evite este tipo de casos y se permita que el ciudadano pueda ejercer sus derechos.
3. Respecto a Comisión y la Sala, opino que no pueden estar dejando vacíos dentro de las Resoluciones que emiten, pues ello no brinda a la ciudadanía seguridad jurídica.



BIBLIOGRAFÍA

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. (1998) El Debate sobre la Autonomía Municipal.

Revista de Administración Pública, N° 147, pp. 59-95.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2016). Exposición de motivos del proyecto del Decreto Legislativo N° 1256.

<http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2016/Diciembre/08/EXP-DL-1256.pdf>

DANÓS ORDOÑEZ, J. (2009). El Régimen de los Reglamentos en el Ordenamiento Jurídico Peruano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 169-230.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2564/15.pdf>

DEFENSORIA DEL PUEBLO (2008) ¿Uso o abuso de la autonomía municipal? El desafío del desarrollo local.

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4A8106894089547505257DD3005FA5D3/\\$FILE/1_pdfsam_informe_133.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4A8106894089547505257DD3005FA5D3/$FILE/1_pdfsam_informe_133.pdf)

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo*, Temis, Palestra, Lima.

GUIMARAY MORALES, A., ROMERO SERRANO, Y (2017). Manual sobre Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas Vol. 1

JIMÉNEZ ALEMÁN, J (2014) Análisis de la distribución de competencias en materia de jerarquización y gestión de infraestructura vial: caso de Lima Metropolitana. *Círculo de Derecho Administrativo*, 14, pp. 199-237.

LEÓN FLORIÁN, F. (2014) Derecho a la Salud en la Jurisprudencia del Tribunal Peruano. *Pensamiento Constitucional*; Vol. 19 Núm. 19 (2014); 389-420

MÁLLAP, J. (2013). Comentarios al Régimen Normativo Municipal. Comentarios, artículo por artículo, a la Ley Orgánica de Municipalidades y a la Ley de Bases de Descentralización. Edit. Gaceta Jurídica, Lima.

MORÓN URBINA, J. C. (2003). El vicio de la derogación singular de las normas reglamentarias. *IUS ET VERITAS*, 13(26), 86-98.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16237/16653>

MORON URBINA, J. (2014). Control Jurídico de los Reglamentos de la Administración Pública. *Gaceta Jurídica*, pp.79-137.

MORÓN, Juan Carlos. “Comentarios a la ley del Procedimiento Administrativo General”, tomo I, Edit. Gaceta Jurídica, Lima 2019.

MUÑOZ, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, tomo VII, El Reglamento” *Boletín Oficial del Estado- BOE*, Madrid, 2015, pág. 107

REBOLLO, Manuel “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 125, España, 1991, p. 112

RODRÍGUEZ, María (2018) Tesis titulada “Funciones en el campo de la salud pública de la Municipalidad Provincial de Arequipa, 2016” Arequipa, pág. 27.

SALAZAR, R. (2007) “Proyecciones para la Función Administrativa y la Función Pública”, *Círculo de Derecho Administrativo*, Núm. 03 (2007), p. 203

ZAS FRIZ BURGA, J. (1999). La autonomía política y sus elementos. Una introducción conceptual para el estudio de los gobiernos subnacionales. *Derecho PUCP*, (52), 467-495.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6412/6468>

Legislación

- Legislación - Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco.
- Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades
- Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización
- Ley N° 26842, Ley General de Salud
- Ley N° 30021, Ley de promoción de la Alimentación Saludable para niños, niñas y adolescentes
- Ley N° 28314, Ley que dispone la fortificación de harinas con micronutrientes 43
- Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo
- Ordenanza N° 349-MM, que aprueba el Régimen de prevención y control del consumo de tabaco y exposición al humo de tabaco en el distrito de Miraflores.
- Decreto Supremo N° 012-2006-SA, que aprueba el Reglamento de la Ley de Fortificación
- Decreto Supremo N° 017-2017-SA, que aprueba el Reglamento de la Ley de Alimentación Saludable.
- Ley N° 20606, Ley sobre Composición Nutricional de alimentos y su publicidad- Chile

Sentencias y Resoluciones

- Sentencia recaída en el Expediente N° 0027-2007-AI/TC
- Sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2009-AI/TC55
- Sentencia recaída en el Expediente N° 00034-2009- PI/TC
- Sentencia recaída en el Expediente N° 0020-2005-PI/TC
- Sentencia recaída en el Expediente Acumulado N° 0001/0003-2003-AI/TC
- Resolución N° 0155-2013/SDC-INDECOPI, emitido por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia

- Resolución N°072-2020/CEB-INDECOPI, emitido por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.



PROCEDENCIA : COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS
BUROCRÁTICAS

DENUNCIANTES : UNITED DISCO S.A
GOTHIC ENTERTAINMENT S.A

DENUNCIADOS : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES
MINISTERIO DE SALUD

MATERIA : BARRERAS BUROCRÁTICAS
REVOCAR
INFUNDADA

ACTIVIDAD : ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN
GENERAL

SUMILLA: se **REVOCA** la Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI del 17 de mayo de 2012 que declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar en los “espacios públicos cerrados” definidos en el artículo 4 del Decreto Supremo 015-2008-SA y en el artículo 2 de la Ordenanza 349-MM y reformándola se declara **INFUNDADA**.

La razón es que la definición de “espacio público cerrado” contenida en el Decreto Supremo 015-2008-SA y en la Ordenanza 349-MM ha sido emitida en función a la delegación expresa establecida en el artículo 3.3 de la Ley 28705-Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco. Dicha definición no contraviene ni desnaturaliza la ley. Por el contrario, le otorga contenido de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio Marco para el Control del Tabaco, del cual el Perú es signatario, por lo que forma parte del ordenamiento legal peruano.

Teniendo en cuenta que la Organización Mundial de la Salud-OMS ha señalado que el tabaquismo es una epidemia mundial causante de la muerte de un número considerable de personas a nivel mundial, la Sala en mayoría, considera que la prohibición de fumar en los “espacios públicos cerrados” definidos en el artículo 4 del Decreto Supremo 015-2008-SA y en el artículo 2 de la Ordenanza 349-MM se alinea con la obligación constitucional de proteger la salud de todas las personas (fumadoras y no fumadoras), la cual se ejecuta en el marco de los límites a la libertad de empresa, reconocidos por la Constitución, las leyes e incluso por el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Expediente 3330-2004-AA/TC.

Dado que la Ordenanza 349-MM de la Municipalidad Distrital Miraflores únicamente reproduce las prohibiciones contenidas en el Reglamento de la Ley 28705-Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco, al incluir la prohibición de fumar en aquellos espacios que sean de acceso al público, tengan un techo y cuenten con más de una pared, dicha entidad no ha excedido sus facultades y en consecuencia no ha impuesto una barrera burocrática ilegal.

Lima, 31 de enero de 2013

I. ANTECEDENTES

1. El 25 de noviembre del 2011¹, United Disco S.A. y Gothic Entertainment S.A. (en adelante, los denunciantes) denunciaron a la Municipalidad Distrital de Miraflores (en adelante, la Municipalidad) ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Comisión) por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados, definidos por la Municipalidad en el artículo 2 de la Ordenanza 349-MM².
2. Los denunciantes señalaron lo siguiente:
 - (i) El artículo 3 de la Ley 28705-Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco³ establece que se encuentra prohibido fumar en espacios públicos cerrados, entendiéndose a éstos como todo lugar de trabajo o de acceso al público cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado por el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.

¹ Complementado con el escrito del 27 de diciembre de 2011.

² **ORDENANZA 349-MM- RÉGIMEN DE PREVENCIÓN Y CONTROL DEL CONSUMO DE TABACO Y LA EXPOSICIÓN AL HUMO DE TABACO EN EL DISTRITO DE MIRAFLORES** (publicada en el diario oficial "El Peruano" el 20 de mayo de 2011)

Artículo segundo.- De las definiciones

(...)

- Espacios públicos cerrados: Todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente.

(...)

Artículo tercero.- De las prohibiciones destinadas a la protección contra la exposición al humo de tabaco. Se encuentra prohibido fumar y mantener encendidos productos de tabaco:

(...)

c) En todos los interiores de los espacios públicos cerrados, entendidos como cualquier lugar cubierto por un techo y que tenga más de una pared, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente, según definición.

(Subrayado nuestro)

³ **LEY 28705-LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO** (publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de abril de 2006)

Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco

3.1 Prohibase fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco.

3.2 Se entiende por interiores o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.

3.3 El reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados.

- (ii) Según lo señalado en dicha norma, la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados no alcanza a lugares o áreas descubiertas (no techados) o que no se encuentren cerradas entre paredes.
- (iii) No obstante, a través de la Ordenanza 349-MM, la Municipalidad estableció que en su distrito se encuentra prohibido fumar en todos los espacios públicos cerrados, entendiéndose a éstos como cualquier lugar de acceso público, cubierto por un techo y que tenga más de una pared⁴.
- (iv) La Municipalidad ha extendido la prohibición de fumar dispuesta en la Ley 28705, para todos los espacios se traten o no de ambientes cerrados entre paredes, lo que incluye dentro de la misma a los balcones, terrazas y otros lugares no cerrados ni techados de los restaurantes, bares, discotecas y demás centros de esparcimiento, en la medida que cuenten con más de una pared, contraviniendo el principio de legalidad⁵.
- (v) El término “cerrado” debe entenderse como la imposibilidad o dificultad para la circulación de aire suficiente que ventile un espacio determinado. En tal sentido, si el espacio en el que se fuma permite escapar el humo de manera efectiva, no puede considerarse como cerrado.
- (vi) La imposibilidad de fumar en los espacios públicos abiertos de los restaurantes, discotecas y bares, impacta en la preferencia de sus consumidores, puesto que ellos acuden a dichos locales no sólo atraídos por la comida y bebidas que ofrecen, sino también por la posibilidad de consumir cigarrillos dentro del establecimiento.
- (vii) Según lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 27972-Ley Orgánica de Municipalidades⁶, las municipalidades distritales tienen competencia

⁴ Ver pie de página 2.

⁵ **LEY 27444-LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

⁶ **LEY 27972-LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**

Artículo 80.-

Las municipalidades, en materia de saneamiento, salubridad y salud, ejercen las siguientes funciones:

3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:

3.1. Proveer del servicio de limpieza pública determinando las áreas de acumulación de desechos, rellenos sanitarios y el aprovechamiento industrial de desperdicios.

3.2. Regular y controlar el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, piscinas, playas y otros lugares públicos locales.

para fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera.

- (viii) De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley 28705⁷, la competencia de las municipalidades, en materia de prevención y control de riesgos de tabaco no es el establecimiento de restricciones, sino la fiscalización de los agentes económicos que intervienen en la comercialización de dichos productos. Así, mientras que el Congreso de la República es el encargado de tipificar las conductas, el Poder Ejecutivo es el encargado de establecer las sanciones correspondientes a las conductas tipificadas por la ley y las municipalidades son las encargadas de verificar la comisión de tales infracciones.
- (ix) La restricción cuestionada ha sido emitida fuera del ámbito de las competencias conferidas a las municipalidades en la Ley 28705- Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco y en la Ley 26842-Ley General de Salud⁸. Ello, debido a que dichas normas no señalan que las municipalidades cuenten con facultades normativas sino únicamente fiscalizadoras.
- (x) Si bien el artículo 3 de la Ley 28705 considera la posibilidad de que a través de un reglamento se establezcan las demás especificaciones de los espacios públicos cerrados, se debe notar que dicha norma utilizó el

3.3. Instalar y mantener servicios higiénicos y baños de uso público.

3.4. Fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.

3.5. Expedir carnés de sanidad.

(Subrayado nuestro)

7

LEY 28705- LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO

Artículo 18.- De la vigilancia y cumplimiento de la Ley

Las municipalidades, el Ministerio de Salud, el INDECOPI y la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica, en el ámbito de sus competencias realizarán las inspecciones necesarias que aseguren el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley.

(...)

Artículo 19.-

Facultase al Poder Ejecutivo para que en el plazo de noventa (90) días naturales, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, dicte las normas reglamentarias que regulen además las sanciones administrativas a imponerse, por inobservancia y/o incumplimiento de la presente Ley en lo que corresponda.

8

LEY 26842-LEY GENERAL DE SALUD (publicada en el diario oficial "El Peruano" el 20 de julio de 1997)

Artículo 124.- En aplicación y cumplimiento de las normas de salud que dicta la Autoridad de Salud de nivel nacional, los órganos desconcentrados o descentralizados quedan facultados para disponer, dentro de su ámbito, medidas de prevención y control de carácter general o particular en las materias de su competencia.

Artículo 125.- El ejercicio descentralizado de competencias de control en materias de salud, no supone, en ningún caso, el ejercicio de competencia normativa, salvo estipulación en contrario de la propia ley.

La delegación de competencias de control en materia de salud, no supone, en ningún caso, la delegación de facultades normativas.

(Subrayado nuestro)

término “especificación” y no “definición”, por lo que ninguna norma reglamentaria puede contravenir lo dispuesto en una ley.

- (xi) A través del presente procedimiento no se busca cuestionar la legitimidad del Estado para establecer restricciones a la distribución, venta y consumo de tabaco por razones de interés público, la cual ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 0032-2010-PI/TC del 19 de julio de 2011⁹. Por el contrario, lo que se cuestiona son las contradicciones existentes entre la restricción al consumo de tabaco impuesta por la Municipalidad en la Ordenanza 349-MM y la prohibición dispuesta en la Ley 28705.
 - (xii) El 14 de octubre de 2011, la Municipalidad realizó una inspección a uno de los establecimientos de los denunciantes denominado “Gótica”. En dicha diligencia, la Municipalidad señaló que Gothic Entertainment S.A. habría habilitado un área para fumadores dentro de un espacio público cerrado, en contravención a lo dispuesto en la Ordenanza 349-MM.
3. Por Carta 0442-2011/INDECOPI-CEB del 22 de diciembre 2011, la Secretaría Técnica de la Comisión requirió a los denunciantes realicen lo siguiente: (i) identificar la barrera burocrática denunciada; (ii) identificar la entidad de la administración pública que impone la barrera burocrática materia de denuncia; (iii) indicar el acto o disposición que contiene la barrera burocrática; y, (iv) señalar los argumentos jurídicos que sustentan que la barrera burocrática denunciada es ilegal o carente de razonabilidad.
 4. El 27 de diciembre de 2011, los denunciantes precisaron que la barrera burocrática cuestionada se encuentra contemplada en el tercer párrafo del artículo 2 y en el literal b) del artículo 3 del cuerpo del “Régimen de Prevención y Control del Consumo de Tabaco y la Exposición al Humo de Tabaco en el distrito de Miraflores” aprobado por la Ordenanza 349-MM.
 5. Mediante Resolución 0009-2011/STCEB-INDECOPI del 3 de enero de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de fumar en los espacios públicos cerrados, establecida en el tercer párrafo del artículo 2 y en el literal c) del artículo 3, contenidos en el Capítulo I y Capítulo II de la Ordenanza 349-MM respectivamente.

⁹ Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 28 de julio de 2011, la cual versa sobre una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra el artículo 3 de la Ley 28705-Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco.

6. El 11 de enero de 2012, la Municipalidad presentó sus descargos señalando lo siguiente:
- (i) La Ordenanza 349-MM fue expedida al amparo de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 27972-Ley Orgánica de Municipalidades, el cual establece que las municipalidades distritales tienen la función de regular y controlar el aseo, la higiene y salubridad en los establecimientos comerciales¹⁰.
 - (ii) Dado que la prevención y control de consumo de tabaco, así como la exposición al humo del mismo, se encuentran contenidos dentro de las medidas de salubridad referidas en el artículo 80 de la Ley 27972-Ley Orgánica de Municipalidades, la Municipalidad cuenta con facultades para normar y/o regular sobre dicha materia.
 - (iii) La restricción al consumo de tabaco en lugares públicos cerrados contenida en la Ordenanza 349-MM ha sido establecida en concordancia con lo dispuesto en el Decreto Supremo 015-2008-SA, Reglamento de la Ley 28705¹¹, el cual dispone que lugar público cerrado es todo aquel que sea de acceso público, se encuentre cubierto por un techo y tenga más de una pared. Por tanto, su exigencia no puede constituir la imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad.
 - (iv) Según la Sentencia emitida en el Expediente 0047-2004-AI, cuando existan aparentes normas contradictorias, se debe aplicar el principio de complementariedad. De esta manera, la definición de espacio público cerrado contenida en el Decreto Supremo 015-2008-SA complementa la definición de la Ley 28705.
 - (v) De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42 y 48 del Decreto Supremo 015-2008-SA, Reglamento de la Ley 28705¹², la Municipalidad

¹⁰ Ver el pie de página 6 de la presente resolución.

¹¹ **DECRETO SUPREMO 015-2008-SA- REGLAMENTO DE LA LEY 28705** (publicado en el diario oficial "El Peruano" el 5 de julio de 2008)
Artículo 4.- Definiciones
(...)
1. Espacios públicos cerrados: Todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente.

¹² **DECRETO SUPREMO 015-2008-SA- REGLAMENTO DE LA LEY 28705**
Artículo 42.- Sistemas complementarios de vigilancia municipal
La autoridad municipal podrá implementar otros sistemas complementarios de vigilancia para fiscalizar el cumplimiento de la Ley y del Reglamento, en el ámbito de su competencia.

Artículo 48.- Potestad sancionadora de las Municipalidades, de las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales y del Ministerio de Salud

tiene facultades para implementar otros sistemas complementarios de vigilancia con el propósito de fiscalizar el cumplimiento de la Ley 28705 y su reglamento, así como para imponer sanciones en caso se detecte una infracción a dichas normas.

- (vi) La limitación al consumo de tabaco en lugares públicos cerrados establecida en la Ordenanza 349-MM tiene como propósito salvaguardar la salud pública en el distrito de Miraflores.
- (vii) Los denunciantes no han presentado indicios que hagan presumir que lo previsto en el artículo 2 y en el literal c) del artículo 3 de la Ordenanza 349-MM sea carente de razonabilidad.

7. El 8 de febrero de 2012, los denunciantes señalaron lo siguiente:

- (i) Teniendo en cuenta que en materia de control del consumo del tabaco la Ley 28705 es la norma especial y que ésta ha establecido que las municipalidades tienen únicamente competencias fiscalizadoras, las facultades reguladoras en materia de salubridad dispuestas en la Ley 27972-Ley Orgánica de Municipalidades no resultan aplicables.
- (ii) La división de competencias establecida en la Ley 28705 guarda coherencia con lo establecido en la Ley 26842-Ley General de Salud, la cual establece que la delegación de competencias en materia de salud no incluye a facultades normativas. El único supuesto en el que se podría admitir que las municipalidades tengan facultades normativas en materia de control de tabaco es cuando la ley de la materia lo establece expresamente, lo cual no ocurre en el presente caso.
- (iii) El Decreto Supremo 015-2008-SA ha ratificado que la labor de las municipalidades consiste únicamente en la supervisión del cumplimiento de la Ley 28705 y no en el establecimiento de restricciones adicionales a las establecidas en la normativa nacional.

48.1 Corresponde a las Municipalidades Provinciales y Distritales, a través de sus áreas de fiscalización, imponer las sanciones derivadas del incumplimiento de la señalización en los lugares referidos en los artículos 5, 8 y 10 del Reglamento, para cual emitirán las Ordenanzas Municipales correspondientes.

48.2 Corresponde al Ministerio de Salud, a través de la Dirección General de Salud Ambiental - DIGESA, a las Direcciones Regionales de Salud de los Gobiernos Regionales o las que hagan sus veces, así como a las Municipalidades Provinciales y Distritales a través de sus áreas de fiscalización, en el ámbito de sus competencias, imponer las sanciones derivadas de las actividades señaladas en los literales b), c) y d) del numeral 12.1 del Reglamento. El Ministerio de Salud aprobará mediante Resolución Ministerial los Lineamientos para la aplicación de sanciones conforme a la Ley y el Reglamento. En el caso de los Gobiernos Regionales y Municipalidades, deberán emitir las Ordenanzas Regionales o Municipales respectivas.

48.3 Las organizaciones de la sociedad civil con facultades asignadas de acuerdo a Ley a que se refiere el artículo 41 del Reglamento podrán efectuar las denuncias ante las entidades que ejercen potestad sancionadora sobre la materia así como fomentar actividades de educación ciudadana en la materia.

(Subrayado nuestro)

- (iv) El hecho que la Ordenanza 349-MM recoja el concepto de espacio público cerrado establecido en el Decreto Supremo 015-2008-SA no convierte a la misma en legal, puesto que el reglamento también podría estar contraviniendo la Ley 28705.
 - (v) Si bien la Ley 28705 delegó a la vía reglamentaria la especificación de los espacios públicos cerrados, ello no significa que su reglamento pueda modificar la definición prevista por ley.
8. Mediante Resolución 0057-2012/CEB-INDECOPI del 1 de marzo de 2012, la Comisión incorporó al Ministerio de Salud (en adelante el Ministerio) al procedimiento, en calidad de tercero administrado, toda vez que, de acuerdo a la Municipalidad, la presunta barrera burocrática cuestionada se sustenta en lo dispuesto en el Decreto Supremo 015-2008-SA- Reglamento de la Ley 28705 emitido por dicha entidad¹³.
9. El 13 de marzo de 2012, complementado con escrito del 26 de marzo de 2012, el Ministerio señaló lo siguiente:
- (i) Es ampliamente conocido que el consumo de tabaco es un problema a nivel mundial que afecta la salud de millones de personas, el cual incluso, ha sido calificado por la Organización Mundial de la Salud-OMS en el Convenio Marco para el Control del Tabaco como una epidemia mundial.
 - (ii) La prohibición de fumar en lugares públicos o zonas 100% libres de humo de tabaco está siendo considerada de forma absoluta por los estados miembros del referido Convenio Marco para el Control del Tabaco, como una medida efectiva que reduce el consumo de dicho producto, protegiendo la salud y la vida de las personas fumadoras y no fumadoras.
 - (iii) A través del Decreto Supremo 001-2011-SA se modificó el Decreto Supremo 015-2008-SA, Reglamento de la Ley 28705¹⁴, señalando que

¹³ **LEY 27444-LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 60.-

60.1 Si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento.

60.2 Respecto de terceros administrados no determinados, la citación es realizada mediante publicación o, cuando corresponda, mediante la realización del trámite de información pública o audiencia pública, conforme a esta Ley.

60.3 Los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él.

¹⁴ **DECRETO SUPREMO 0001-2011-SA** (publicado en el diario oficial "El Peruano" el 15 de enero de 2011)

Artículo 1.- Modificación

Modifíquense los artículos 5, 8, 10, 12, 18, 32, 41 y 48, así como los numerales 1, 5 y 11 del artículo 4, y el numeral 22.2 del artículo 22 del Reglamento de la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del

un lugar público cerrado es aquel que tenga acceso al público, esté cubierto por un techo y tenga más de una pared.

- (iv) La prohibición de crear espacios públicos cerrados sólo para fumadores y de fumar en áreas abiertas de los establecimientos sólo para adultos, restringen en menor grado los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, alcanzando un nivel satisfactorio de protección a la salud.
 - (v) Los ambientes para fumadores habilitados en los establecimientos de los denunciantes no cumplen con las exigencias previstas en la Ley 28705. Ello, debido a que en dichos locales las puertas de separación de ambientes se mantienen abiertas, permitiendo el paso del humo de cigarro en todo el establecimiento y eliminando la posibilidad de contar con ambientes totalmente libres de tabaco.
10. Mediante Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI del 17 de mayo de 2012, la Comisión declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar en los espacios públicos cerrados, dispuesta por la Municipalidad en el literal c) del artículo 3 de la Ordenanza 349-MM, bajo la definición de espacio público cerrado contenida en el artículo 2 de la norma referida.
11. De acuerdo a la primera instancia, la prohibición denunciada constituye una barrera burocrática ilegal por los siguientes motivos:
- (i) Teniendo en cuenta que la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, ha vinculado a la salubridad con aquellos aspectos higiénicos-sanitarios a observarse dentro de los establecimientos públicos, se advierte que el consumo de tabaco no se encuentra relacionado con el control de la salubridad de un local. Por tanto, dicha norma no otorga competencia a la Municipalidad para regular el consumo de productos derivados del tabaco en su distrito.
 - (ii) De la revisión de la Ley 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, no se desprende disposición alguna que faculte a las municipalidades a establecer normas que restrinjan el consumo de productos derivados del tabaco en su distrito. Por el contrario, dicha norma se limita a otorgarles facultades fiscalizadoras en cumplimiento de la ley.

Tabaco, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-SA y modificado por Decreto Supremo N° 001-2010-SA; los mismos que quedarán redactados de la siguiente manera:

Artículo 4.- Definiciones

Para efectos de la mejor aplicación del Reglamento, se establecen los siguientes términos y sus definiciones:

1. Espacios públicos cerrados: Todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente.

(...)

- (iii) Dicha delegación de competencia es concordante con lo dispuesto en la Ley General de Salud, la cual indica que el ejercicio descentralizado de competencia de control en materia de salud, no supone en ningún caso, el ejercicio de competencia normativa, salvo estipulación en contrario de la propia ley.
- (iv) Si bien la Municipalidad ha señalado que la finalidad de establecer la prohibición cuestionada es salvaguardar la salud de las personas y la conservación de un ambiente sano, no ha acreditado contar con una ley que la faculte a emitir este tipo de regulaciones. Por tanto, a pesar de que la finalidad de la prohibición sea válida, dicha entidad debe salvaguardar este tipo de intereses a través de los mecanismos legales que están dentro de su ámbito de competencia.
- (v) Dado que la Municipalidad no tiene facultades para emitir regulaciones sobre la prevención y control de los riesgos del tabaco, la prohibición de fumar en lugares públicos cerrados establecida en el artículo 3 literal c) de la Ordenanza 349-MM, ha sido emitida fuera del ámbito de competencias otorgadas a dicha entidad.
- (vi) La definición de la Ley 28705 establece que un espacio público cerrado será aquel que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, por lo que no se encontrarían dentro de estos supuestos los balcones y las terrazas. Sin embargo, bajo la definición de espacio público cerrado contenida en el Decreto Supremo 015-2008-SA y en la Ordenanza 349-MM sí se encontrarían comprendidos dichos espacios, puesto que estas normas prohíben fumar en aquellas áreas de acceso público, que se encuentren techadas y tengan más de una pared.
- (vii) El artículo 13 de la Ley 29158- Ley Orgánica del Poder Ejecutivo establece que los reglamentos deben ajustarse a los principios de competencia, transparencia y jerarquía¹⁵. Por tanto, a través del Decreto Supremo 015-2008 no se pueden establecer prohibiciones más restrictivas que las contenidas en la Ley 28705.

¹⁵ **LEY 29158- LEY ORGÁNICA DEL PODER EJECUTIVO**

Artículo 13.-

La potestad reglamentaria del Presidente de la República se sujeta a las siguientes normas:

1. El proyecto de norma reglamentaria es elaborado por la entidad competente. Se tramita acompañado de la exposición de motivos, los informes, estudios y consultas realizados.
2. Los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía. No pueden transgredir ni desnaturalizar la ley. Se aprueban, dentro del plazo establecido, mediante decreto supremo, salvo disposición expresa con rango de ley.
3. Los proyectos de reglamento se publican en el portal electrónico respectivo y por no menos de cinco (5) días calendario, para recibir aportes de la ciudadanía, cuando así lo requiera la Ley.

- (viii) Según lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, el principio de complementariedad es aplicable únicamente cuando un hecho se encuentra regulado parcialmente por una norma que requiere complementarse con otra. Sin embargo, la Ley 28705 ha definido de manera completa las restricciones aplicables para el consumo y venta de cigarrillos en el país, por lo que dicho principio no sería aplicable.
- (ix) Por tanto, teniendo en cuenta todo lo indicado y al verificar que la Ordenanza 349-MM establece un supuesto de prohibición más restrictivo que el señalado en la Ley 28705- Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, la Municipalidad contraviene el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley 27972-Ley Orgánica de Municipalidades, el cual establece que los gobiernos locales se encuentran sujetos a las leyes, así como el principio de reserva de ley desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 0017-2006-PI/TC¹⁶.
12. El 25 de mayo de 2012, el Ministerio interpuso recurso de apelación contra la Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI, reiterando los argumentos presentados en su escrito de descargos. Adicionalmente señaló lo siguiente:
- (i) Considerar que la única definición válida de espacio público cerrado es la contenida en la Ley 28705 y no la que se encuentra en el Decreto Supremo 015-2008-SA o en la Ordenanza 349-MM emitida por la Municipalidad es un error. Dicha interpretación desconoce la fuerza normativa de los reglamentos, los cuales pueden desarrollar una ley sin trasgredirla o desnaturalizarla.

¹⁶

LEY 27972-LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES

Artículo VIII.- Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio.

Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo.

SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 0017-2006-PI/TC

"(...) Así, del artículo 2.2.4.a de la Constitución, que expresamente establece que "toda persona tiene derecho (...) a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia (...) nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe", este colegido observa que se ha establecido una reserva de ley ordinaria- que se caracteriza por ser general y abstracta- y que por sus propias características vincula tanto a los poderes públicos como a los órganos constitucionales autónomos y a todos los ciudadanos del Estado peruano (...). Esta reserva de ley impone la obligación de que cualquier regulación que pueda afectar o incidir en los derechos fundamentales, incluso de manera directa, debe ser objeto exclusivo y excluyente de ley general y no de fuentes normativas de igual o inferior jerarquía. En ese sentido, cumple además una función de garantía individual al fijar límites a las posibles intromisiones arbitrarias del Estado, en los espacios de libertad de los ciudadanos.

A todo ello, cabe agregar que el principio de reserva de ley también ha sido recogido en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando establece 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."

- (ii) La definición de “espacio público cerrado” contenida en el Decreto Supremo 015-2008-SA, que ha sido recogida por la Municipalidad en la Ordenanza 349-MM es complementaria a la establecida en la Ley 28705- Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco debido a que delimita sus alcances, conforme a la potestad reglamentaria conferida a la Administración Pública, por la propia Ley.
 - (iii) La decisión de la Comisión se contrapone a la tarea encomendada al Perú como estado parte del Convenio Marco para el Control del Tabaco, el cual busca reducir el consumo de dicho producto, en concordancia con la protección del derecho a la vida y a la salud.
13. El 28 de mayo de 2012, la Municipalidad interpuso recurso de apelación contra la Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI, señalando lo siguiente:
- (i) Según lo señalado por la Real Academia de la Lengua Española, el término salubridad es definido como “bueno para la salud”. En tal sentido, la competencia otorgada a la Municipalidad en el artículo 80 de la Ley 27972-Ley Orgánica de Municipalidades no se restringe a regular sobre la higiene de los establecimientos comerciales, sino también respecto a otros elementos que puedan afectar la salud del público que asiste a dichos locales, tales como el consumo de tabaco.
 - (ii) En tal sentido, dado que la Municipalidad tiene competencia para normar en temas de salubridad y que la prohibición al consumo de tabaco en los locales comerciales se encuentra relacionada con medidas de salubridad, al establecer la prohibición de consumo de tabaco en lugares públicos cerrados, la Municipalidad se ha limitado a ejercer las facultades conferidas por la ley.
 - (iii) Teniendo en cuenta que el artículo 48 del Decreto Supremo 015-2008-SA dispone que las municipalidades distritales tienen potestad sancionadora en materia de prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, la Municipalidad tiene competencia para establecer una norma de carácter general que tipifique y sancione como infracción administrativa el incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en la Ley 28705 y/o en su reglamento.
 - (iv) Los denunciantes no han acreditado que su permanencia en el mercado se vea afectada como consecuencia de la prohibición al consumo de tabaco contenida en la Ordenanza 349-MM.
14. El 10 de diciembre de 2012, los denunciantes solicitaron a la Sala se les conceda el uso de la palabra.

15. El 28 de diciembre de 2012 se llevó a cabo la audiencia de informe oral solicitada por los denunciantes con su asistencia y la de los representantes del Ministerio y la Municipalidad.

II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- (i) Precisar la barrera burocrática denunciada.
- (ii) Determinar si la prohibición de fumar en los espacios de acceso al público que se encuentren cubiertos por un techo y que tenga más de una pared, contenida en el artículo 3 literal c) de la Ordenanza 349-MM, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Supremo 015-2008-SA, constituye la imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Precisión de la barrera burocrática denunciada

16. De acuerdo con lo señalado en anteriores pronunciamientos¹⁷, las denuncias por imposición de barreras burocráticas pueden ser realizadas en dos escenarios distintos: en concreto o en abstracto, dependiendo de dónde se encuentra materializada la medida cuestionada.
17. En un cuestionamiento en concreto, la barrera burocrática se encuentra contenida en un acto emitido por una entidad de la Administración Pública que tiene efectos jurídicos individuales o individualizables en los administrados. Por ende, el análisis de la Comisión y de la Sala consiste en realizar una evaluación en concreto de la legalidad y razonabilidad de la barrera burocrática impuesta en dicho procedimiento.
18. Por otro lado, en un cuestionamiento en abstracto, la barrera burocrática analizada se encuentra en una disposición emitida por una entidad de la Administración Pública, la cual ha sido impuesta de manera generalizada, por lo que el análisis de la Comisión y de la Sala consiste en evaluar en abstracto la legalidad y razonabilidad de la disposición denunciada.
19. En el presente caso, los denunciantes cuestionaron la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de fumar en todos los “espacios públicos cerrados”, entendidos

¹⁷ Resolución N° 1286-2008/TDC-INDECOPI del 27 de junio de 2008, Resolución N° 1456-2008/TDC-INDECOPI del 25 de julio de 2008, Resolución N° 1799-2008/TDC-INDECOPI del 4 de setiembre de 2008, Resolución N° 0021-2008/SC1-INDECOPI del 6 de octubre de 2008 y Resolución N° 0066-2008/SC1-INDECOPI del 31 de octubre de 2008.

como cualquier lugar con acceso público, cubierto por un techo y que tenga más de una pared, contenida en el literal c) del artículo 3 de la Ordenanza 349-MM; puesto que, a su consideración, dicha definición sería contraria a lo dispuesto en la Ley 28705- Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, la cual define a “espacio público cerrado como un lugar de acceso al público, cubierto por un techo y cerrado entre paredes”.

20. Por Carta 0442-2011/INDECOPI-CEB del 22 de diciembre de 2011, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a los denunciantes: (i) identificar la barrera burocrática denunciada; (ii) identificar la entidad de la administración pública que impone dicha barrera; (iii) indicar el acto o la disposición que contiene la barrera burocrática materia de denuncia y (iv) señalar los argumentos jurídicos que sustenta su denuncia.
21. El 27 de diciembre de 2011, los denunciantes precisaron que la barrera burocrática denunciada se encontraría contemplada en el tercer párrafo del artículo 2 y en el literal c) del artículo 3 del cuerpo del “Régimen de Prevención y Control del Consumo de Tabaco y la Exposición al humo de Tabaco en el distrito de Miraflores” aprobado por la Ordenanza 349-MM.
22. En atención a la precisión realizada por los denunciantes, mediante Resolución 0009-2011/STCEB-INDECOPI del 3 de enero de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia en los siguientes términos:

“admitir a trámite la denuncia presentada por las empresas United Disco S.A.C y Gothic Entertainment S.A contra la Municipalidad Distrital de Miraflores por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad que tiene origen en la prohibición general de fumar en los “espacios públicos cerrados” establecida en el tercer párrafo del artículo 2 y en el literal c) del artículo 3, contenidos en el Capítulo I y Capítulo II de la Ordenanza 349-MM, respectivamente.”
23. Dado que la barrera burocrática fue denunciada y admitida a trámite como un cuestionamiento en abstracto (la prohibición cuestionada se encuentra establecida en una disposición administrativa), el análisis de la Comisión y la Sala se restringe a evaluar si la prohibición de fumar en los “espacios públicos cerrados” definidos en el artículo 2 de la Ordenanza 349-MM es ilegal y/o carente de razonabilidad.
24. Cabe indicar que si bien los denunciantes adjuntaron al expediente fotografías de sus establecimientos, dichos documentos solo pueden ser tomados como ejemplos de espacios en los que, a criterio de los denunciantes, debería estar permitido fumar por ser lugares “abiertos”, al amparo de lo dispuesto en la Ley 28705- Ley General para la Prevención y

Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco. Sin embargo, no pueden ser tomadas como pruebas, al no ser esta una denuncia en concreto.

25. De otro lado, con relación a las normas donde se encontraría contenida la restricción denunciada, la Municipalidad señaló que la prohibición de fumar en “espacios públicos cerrados” definidos en el artículo 2 de la Ordenanza 349-MM no es una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad debido a que se basa en la definición establecida en el artículo 4 del Decreto Supremo 015-2008-SA-Reglamento de la Ley 28705.
26. De la revisión del artículo 4 del Decreto Supremo 015-2008-SA-Reglamento de la Ley 28705 se aprecia que los espacios públicos cerrados son definidos como todos aquellos que sean de acceso al público, se encuentren cubiertos por un techo y tengan más de una pared, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente.
27. Por tanto, dado que la prohibición cuestionada no se encuentra contenida únicamente en la Ordenanza 349-MM sino también en el Decreto Supremo 015-2008-SA-Reglamento de la Ley 28705 emitido por el Ministerio, corresponde precisar que la barrera burocrática denunciada se encuentra contenida en ambas normas.
28. Como consecuencia de esta precisión, el Ministerio ha sido incorporado al procedimiento como tercero administrado mediante Resolución 0057-2012/CEB-INDECOPI del 1 de marzo de 2012, habiendo presentado argumentos en la etapa de descargos y apelación, así como asistido a la audiencia de informe oral llevada a cabo ante esta Sala el 28 de diciembre de 2012. Por tanto, el Ministerio ha ejercido plenamente su derecho de defensa.
29. Finalmente, corresponde precisar que a través de la presente resolución la Sala se limitará a evaluar la legalidad y/o carencia de razonabilidad de la definición de “espacio público cerrado” contenida en la Ordenanza 349-MM y en el Decreto Supremo 015-2008-SA únicamente en el extremo que los denunciantes señalan que difiere de la Ley 28705, es decir, respecto al número de paredes necesario para que un local sea considerado como “cerrado”. Este colegiado no emitirá pronunciamiento respecto al concepto “techo” establecido en la ley y el reglamento, así como tampoco determinará si los establecimientos de los denunciantes (caso en concreto) cuentan o no con espacios “cerrados”, dado que ello no ha sido materia de denuncia en el presente caso.

III.2 La prohibición de fumar en lugares públicos cerrados dispuesta en el Decreto Supremo 015-2008-SA y en la Ordenanza 349-MM

Sobre la libertad de empresa y el derecho a la salud

30. De acuerdo con el artículo 59 de la Constitución, el Estado garantiza la libertad de empresa¹⁸, comercio e industria, señalado que el ejercicio de las mismas no debe ser lesivo a la moral, la salud y a la seguridad pública¹⁹.
31. Asimismo, el artículo 3 del Decreto Legislativo 757-Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada establece que toda persona natural o jurídica tiene derecho a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción, comercialización o prestación de servicios en concordancia con lo establecido por la Constitución y los tratados internacionales suscritos por el Perú²⁰.
32. En la Sentencia emitida en el Expediente 3330-2004-AA/TC del 11 de julio de 2005, el Tribunal Constitucional señaló que la libertad de empresa, así como todas las libertades económicas, no es una garantía irrestricta sino que puede ser limitada o restringida cuando su ejercicio atente contra la moral, la salud y las necesidades de seguridad pública, conforme se aprecia a continuación:

“Cuando el artículo 59 de la Constitución señala que el ejercicio de la libertad de empresa “no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”, no está haciendo otra cosa que precisar los límites dentro de los cuales este derecho es ejercido de acuerdo a ley. Claro está que estos límites son enunciativos y no taxativos, pues la protección correcta debe surgir de un principio constitucional como es la dignidad de la persona humana, el mismo que se encuentra recogido en los artículos 1 y 3 de la Constitución, y que se convierte en “un principio constitucional portador de valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres”.

(...)

Así, el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres, o pone en riesgo la salud y la seguridad

¹⁸ “La libertad de empresa es la expresión moderna de la libertad económica en sentido amplio, que engloba la libertad de contratos, la libertad de transacciones económicas, la libertad de acceso a una actividad y la libertad de ejercicio de ésta.” ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada, España, Editorial Comares S.L, 2004. p254

¹⁹ **CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ DE 1993**
Artículo 59.-
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 pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

²⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 757- LEY MARCO PARA EL CRECIMIENTO DE LA INVERSIÓN PRIVADA**
Artículo 3.- Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes.

de las personas. Consecuentemente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente.”

(Subrayado nuestro)

33. Si bien en la Constitución se reconoce la importancia de la libertad de empresa en nuestro país, esta no debe ser entendida como una libertad irrestricta o absoluta, sino como una garantía a la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta opere sin ningún tipo de obstáculos, siempre que ello no implique una lesión a la moral, la salud o a la seguridad ciudadana²¹.
34. Con relación a la salud, el artículo 7 de la Constitución establece que todas las personas tienen derecho a la protección de su salud, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa²².
35. En esa línea, la Ley 26842-Ley General de Salud señala que la protección de la salud es de interés público, por lo que es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla. Asimismo, establece que el ejercicio de la libertad de empresa, comercio e industria están sujetos a las limitaciones que establece dicha norma en resguardo de la salud pública²³.
36. Incluso el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia referida a la limitación de la libertad de empresa por el derecho a la salud pública, que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder deviene en inútil

²¹ “(...) en el Perú se ha malinterpretado este principio, creyéndose que por ser una “libertad” carece de límites y, por ende, es irrestricta, de manera tal que en aras de aquella libertad, el empresario podría hacer con su empresa lo que quisiera, hasta de que si una autoridad intentase limitarla, se le consideraría como un atentado a su derecho constitucional, que merecería cautelarse vía una acción de amparo. Nada más alejado de la realidad, puesto que la mencionada libertad de empresa al ser precisamente una “libertad” presenta límites, ya que solo así se asegura la libertad de todos (los derechos de uno acaban donde comienza los derechos de los demás). Lo contrario no califica como libertad, sino como libertinaje, pero el derecho ampara lo primero y no lo segundo.” ECHAIZ MORENO, Daniel. “La libertad de empresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: “Constitución, Economía y Empresa en el Perú, Lima. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2010. p 84.

²² **CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ DE 1993**
Artículo 7.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

²³ **LEY 26842-LEY GENERAL DE SALUD**
Título Preliminar.-
I. La salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.
II. La protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.
(...)
XII. El ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria así como el ejercicio del derecho de reunión están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública.

ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos²⁴.

37. En tal sentido, dado que la Constitución, la Ley 26842-Ley General de Salud y el Tribunal Constitucional han señalado que la protección de la salud es un límite legítimo al ejercicio de la libertad de empresa, cuya protección tiene tal relevancia que sin ella cualquier derecho o garantía pierde sentido, la Sala considera que entre ambas no podría configurarse un supuesto de oposición o colisión de derechos.

Convenio Marco para el Control del Tabaco

38. El artículo 55 y el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución establecen que los tratados tienen rango de ley y forman parte del derecho nacional²⁵.
39. En la sentencia emitida en el Expediente 047-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional precisó que los tratados son expresiones de voluntad que adopta el Estado con sus homólogos o con organismos extranacionales, que incluso podrían constituir un parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades, conforme se aprecia a continuación:

24

SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EXPEDIENTE 3330-2004-AA

"La persona, pues, está consagrada como un fin en sí misma y, por ende, el Estado tiene la obligación de protegerla. Su protección supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos.

En efecto, el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene en inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos (...)

En tal sentido, con respecto a la salud, en tanto derecho social, se ha señalado que

"la obligación del Estado no siempre está vinculada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación, sino más bien con el establecimiento de normas que concedan relevancia a una situación determinada, o bien con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada"

El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental.

En este marco, este Colegiado ha venido a señalar, como parte del fundamento 6 de la Sentencia del Expediente 2071-2002-AA/TC, Caso Servicios y Productos Industriales Kernel Universal S.A., que "si bien en el ordenamiento constitucional coexisten diversos derechos constitucionales, hay circunstancias que legitiman la restricción de unos derechos en salvaguarda de otros, atendiendo a finalidades superiores del mismo ordenamiento constitucional. Bajo esta perspectiva, si el respeto a los derechos invocados en la demanda supone menoscabar los derechos a la salud y a un medio ambiente sano de los vecinos, convirtiéndolos en irreparables, es evidente que deben prevalecer estos últimos, por estar vinculados al principio de protección al ser humano, contenido en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, en virtud del cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y sin cuya vigencia carecerían de sentido todos los demás derechos constitucionales. Es evidente, también, que el interés individual no puede primar sobre el interés colectivo". (Subrayado y énfasis nuestro)

25

CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ DE 1993

Artículo 55.-

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Artículo 200.-

(...)

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 o en el fondo.

“Los tratados son expresiones de voluntad que adopta el Estado con sus homólogos o con organismos extranacionales, y que se rigen por las normas, costumbres y fundamentos doctrinarios del derecho internacional. En puridad, expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, es decir, entre Estados, organizaciones internacionales, o entre estos y aquellos. (...)”

Adicionalmente cabe señalar que, si bien el artículo 55 de la Constitución es una regla general para todos los tratados, ella misma establece una regla especial para los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes. En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece:

“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

Como puede apreciarse, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades.”

(Subrayado nuestro)

40. El 21 de abril de 2004, el Estado peruano decidió formar parte del Convenio Marco para el Control del Tabaco²⁶ el cual se elaboró bajo el auspicio de la Organización Mundial de la Salud-OMS como una respuesta ante la globalización de la epidemia del tabaquismo.
41. Los artículos 1 y 3 del Convenio Marco para el Control del Tabaco establecen que el “control del tabaco” comprende diversas estrategias para la reducción de la oferta, la demanda y los daños que dicho producto genera, con la finalidad de proteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas producidas por el consumo y exposición al humo del tabaco²⁷.
42. Al respecto, en la Sentencia emitida en el Expediente 00032-2010-PI/TC, el Tribunal Constitucional señaló que el Convenio Marco para el Control del

²⁶ Ver el siguiente link: http://www.who.int/fctc/signatories_parties/es/index.html
De acuerdo con la Resolución Legislativa 28280, dicho convenio está vigente en el Perú a partir del 2 de febrero de 2004 y fue ratificado por el Decreto Supremo 054-2004-RE.

²⁷ **CONVENIO MARCO PARA EL CONTROL DEL TABACO**
Artículo 1.- Lista de expresiones utilizadas
Para los efectos del presente convenio:
(...)
d) el “control del tabaco” comprende de diversas estrategias de reducción de la oferta, la demanda y los daños con objeto de mejorar la salud de la población eliminando o reduciendo su consumo de productos de tabaco y su exposición al humo de tabaco.

Artículo 3.- Objetivo
El objetivo de este Convenio y de sus protocolos es proteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco proporcionando un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco.

Tabaco es un tratado de derechos humanos que tiene por finalidad proteger la salud de todas las personas, incluyendo la salud de los propios fumadores. Asimismo, estableció que la finalidad de reducir el consumo de tabaco es constitucionalmente válida y de obligatorio cumplimiento, conforme se aprecia a continuación:

“En consecuencia queda a buen recaudo la convicción de este Tribunal de que el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la OMS es un tratado sobre derechos humanos (...)

(...) Es decir, el Convenio Marco para el Control del Tabaco exige la consecución de dos finalidades, a saber, a) reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco, y b) reducir de manera continua y sustancial la exposición al humo de tabaco. Obviamente, la primera finalidad tiene, a su vez, el objetivo de proteger la salud de los propios fumadores, pues si el Convenio Marco para el Control del Tabaco solo estuviere orientado a la protección de la salud de los no fumadores, hubiese bastado la mención de la segunda finalidad(...) Ya ha quedado establecido en el acápite anterior que, a pesar de lo sostenido por los demandantes, la procura de reducir el consumo de tabaco con el objetivo último de proteger la salud de los propios fumadores, es una finalidad constitucionalmente válida. En consecuencia, si siendo una finalidad constitucionalmente válida, el Estado peruano se ha comprometido a alcanzarla tras suscribir el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la OMS, ello quiere decir que a la fecha no se trata ya solo de una finalidad constitucionalmente válida, sino además constitucionalmente obligatoria.” (Subrayado nuestro)

43. De otro lado, el artículo 8 del Convenio Marco para el Control del Tabaco señala que cada parte adoptará y aplicará, en áreas de la jurisdicción nacional existente y conforme determine la legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/o otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, otros lugares público. Asimismo, promoverá activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales²⁸.
44. El Convenio Marco para el Control del Tabaco no contiene una definición de espacio público cerrado. Sin embargo, el artículo 8 de dicho dispositivo fue interpretado en las Directrices sobre la protección contra la exposición al humo de tabaco en el año 2007 (en adelante, la directriz), la cual recomienda a los estados parte del Convenio Marco para el Control del Tabaco definir la zona “interior” o “cerrada” de manera que incluya todo espacio cubierto por

²⁸

CONVENIO MARCO PARA EL CONTROL DEL TABACO

Artículo 8.- Protección contra la exposición al humo de tabaco

1. Las partes reconocen que la ciencia ha demostrado de manera inequívoca que la exposición al humo de tabaco es causa de mortalidad, morbilidad y discapacidad.
2. Cada parte adoptará y aplicará, en áreas de la jurisdicción nacional existente y conforme determine la legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y según proceda, otros lugares públicos, y promoverá activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales.

un techo o cerrado entre una o más paredes o muros, independientemente del material utilizado para el techo, las paredes o los muros y que la estructura sea permanente o temporal²⁹.

45. Esta Sala es conciente que la directriz es una recomendación y no tiene efecto vinculante, sin embargo sirve para interpretar el origen, fundamento y modo de ejecutar el Convenio Marco para el Control del Tabaco, debido a que su importancia es equivalente a la relevancia que le atribuyen los denunciantes a los debates congresales³⁰, los cuales tampoco son vinculantes pero son de utilidad para realizar una interpretación histórica de la Ley 28705-Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco.

Definición de espacio público cerrado en el Perú

46. El artículo 1 de la Ley 28705-Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco señala que dicha norma tiene como propósito proteger a la persona, la familia y la comunidad contra las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo que este causa³¹.

²⁹ **DIRECTRICES SOBRE LA PROTECCIÓN CONTRA LA EXPOSICIÓN AL HUMO DE TABACO**

Interior o cerrado

19. El artículo 8 requiere la protección contra el humo de tabaco en lugares de trabajo interiores y espacios públicos cerrados. Teniendo en cuenta las dificultades que puede plantear una definición de zona interior, a la hora de definir esta expresión deben contemplarse específicamente las experiencias de diversos países. La definición debe ser tan inclusiva y clara como sea posible y al formularla se procurará evitar la incorporación de listas que se puedan interpretar como si excluyeran alguna zona interior que pueda ser pertinente. Se recomienda definir la zona interior (o cerrada) de manera que incluya todo espacio cubierto por un techo o cerrado entre una o más paredes o muros, independientemente del material utilizado para el techo, las paredes o los muros y de que la estructura sea permanente o temporal.

Cabe precisar que el numeral 27 de la Directriz establece que el texto del tratado requiere la aplicación de medidas de protección no solamente en todos los lugares públicos «interiores», sino también en esos «otros» lugares públicos (es decir, exteriores o cuasi exteriores), según «proceda». Al identificar esos lugares públicos exteriores y cuasi exteriores, según proceda con arreglo a la legislación, las Partes deberán tener en cuenta las pruebas científicas con respecto a los posibles peligros para la salud en diversos entornos, y deberán actuar con el fin de adoptar las medidas de protección más eficaces contra la exposición, en caso de que dichas pruebas demuestren que existe un peligro.

³⁰ Dicha afirmación fue señalada por los denunciantes en el informe oral.

³¹ **LEY 28705- LEY GENERAL PARA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO**

Artículo 1.-

La presente Ley tiene por objeto establecer un marco normativo sobre las medidas que permitan:

1. Proteger a la persona, la familia y la comunidad contra las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco, a fin de reducir dicho consumo y exposición de manera continua y sustancial.

2. Que los productos del tabaco sean comercializados de manera responsable, asegurando que su publicidad, promoción y comercialización esté dirigida solamente a mayores de edad, y que éstas sean coherentes con el principio de que el consumo de tabaco debe ser una opción sólo para adultos informados de los riesgos de su consumo.

3. Medidas para la reducción de la oferta ilegal de productos de tabaco en todo el territorio nacional.

47. Al amparo de la primera versión de la Ley 28705-Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco³², vigente desde el 6 de abril de 2006 hasta el 2 de abril de 2010, en el Perú se encontraba prohibido fumar: (i) en cualquier establecimiento dedicado a la salud o a la educación sean públicos o privados, (ii) en las dependencias públicas y (iii) en cualquier medio de transporte público. Una redacción similar fue considerada en el reglamento de dicha norma que se encontraba vigente en ese momento.
48. Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 29517, el 2 de abril de 2010, se modificó la Ley 28705-Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo, con la finalidad de adecuar dicha norma a las disposiciones contenidas en el Convenio Marco para el Control del Tabaco³³.
49. Dentro de las modificatorias efectuadas a la Ley 28705-Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo se incluyó una nueva prohibición al consumo de tabaco. A partir de ese momento, se encuentra prohibido fumar en los siguientes lugares: i) establecimientos dedicados a la salud o a la educación, ii) en las dependencias públicas, iii) en los interiores de los lugares de trabajo, iv) en los espacios públicos cerrados y v) en cualquier medio de transporte público³⁴.
50. Si bien a partir de la modificación realizada a la Ley 28705 se encuentra prohibido fumar en los espacios públicos cerrados, dicha norma no precisa cuántas paredes o muros debe tener un lugar para encontrarse “cerrado”,

³² **LEY 28705-LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO** (versión anterior a la modificatoria realizada por la Ley 29157)
Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco
Prohíbese fumar en cualquier establecimiento dedicado a la salud o a la educación sean públicos o privados, en las dependencias públicas y en cualquier medio de transporte público.
En centros laborales, hoteles, restaurantes, cafés, bares y otros centros de entretenimiento, los propietarios y/o empleadores tendrán la opción de permitir el consumo de tabaco, en áreas designadas para fumadores que en todos los casos deben estar separadas físicamente de las áreas donde se prohíbe fumar y deben contar con mecanismos que impidan el paso del humo hacia el resto del local y ventilación hacia el aire libre o extracción del aire hacia el exterior.
La autoridad municipal será la encargada de hacer cumplir esta norma.

³³ **LEY 29517- LEY QUE MODIFICA LA LEY Nº 28705, LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO, PARA ADECUARSE AL CONVENIO MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) PARA EL CONTROL DEL TABACO** (publicada en el diario oficial “El Peruano” el 2 de abril de 2010)
Artículo 1.- Objeto de la Ley
La presente Ley tiene por objeto modificar la Ley Nº 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, con la finalidad de proteger de la exposición al humo de tabaco y mejorar las advertencias sobre el daño a la salud que produce el fumar, en cumplimiento del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el Control del Tabaco.

³⁴ **LEY 28705-LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO**
Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco
Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco.

limitándose únicamente a señalar que “espacio público cerrado” es todo lugar de acceso al público, que se encuentre cubierto por un techo y “cerrado entre paredes”.

51. Como la ley incluyó una definición de “espacio público cerrado” amplia e imprecisa, al extremo de incluir como parte del concepto cerrado la palabra cerrado, dicha norma habilitó al Poder Ejecutivo para que a través de un reglamento, establezca las demás especificaciones del referido concepto, conforme se aprecia a continuación:

*“Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco
(...)*

3.2 Se entiende por interiores o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.

3.3 El reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados.

(...)

Artículo 19.- De la regulación de sanciones por el Poder Ejecutivo

Facúltase al Poder Ejecutivo para que en el plazo de noventa (90) días naturales, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, dicte las normas reglamentarias que regulen además las sanciones administrativas a imponerse, por inobservancia y/o incumplimiento de la presente Ley en lo que corresponda. ”

(Subrayado nuestro)

52. Nótese que la facultad de reglamentar las especificaciones de los “espacios públicos cerrados” ha sido incluida en la Ley 28705 inmediatamente después de la definición de dicho concepto (artículo 3.3), lo cual demuestra que para el legislador la definición era insuficiente, requiriendo “especificaciones” a cargo del Poder Ejecutivo, para completar y precisar con mayor exactitud el concepto de espacio público cerrado.
53. Consecuentemente por el Decreto Supremo 015-2008-SA, el Ministerio aprobó el reglamento de la Ley 28705, el cual fue modificado por el Decreto Supremo 001-2011-SA³⁵, con el propósito de adecuar, delimitar y mejorar algunos conceptos que resultaban poco precisos³⁶. De esta manera, se consideró que “espacio público cerrado” es todo aquel que cumpla con las

³⁵ Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 15 de enero de 2011.

³⁶ Cabe precisar que según la exposición de motivos del Decreto Supremo 001-2011-SA, si bien el artículo 3.2 de la Ley 28705 incluye una definición determinada de “espacio público cerrado”, dicho concepto no cumple por sí solo con los estándares internacionales ni con los compromisos adquiridos mediante el Convenio, en la medida que no sea reglamentado adecuadamente. Así la definición contemplada en el reglamento recoge el espíritu de lo establecido en el Convenio y protege el derecho de los ciudadanos de disfrutar de ambientes no contaminados por el humo del cigarro.

siguientes características: (i) ser de acceso al público; (ii) estar cubierto por un techo; y (iii) tener más de una pared.

54. Como se puede apreciar, a través de la definición de “espacio público cerrado” contenida en el reglamento, el Ministerio estableció aquellas “especificaciones” a las que hacía referencia el artículo 3.3 de la Ley 28705, en cumplimiento de dicha norma y en concordancia con lo dispuesto en el Convenio Marco para el Control del Tabaco y en la Directriz.
55. Por su parte, el artículo 2 de la Ordenanza 349-MM emitida por la Municipalidad incorporó el concepto de “espacio público cerrado” establecido en el Decreto Supremo 001-2011-SA.
56. Cabe indicar que a lo largo del procedimiento, los denunciantes señalaron que la prohibición de fumar en “espacios públicos cerrados” definido en el artículo 2 de la Ordenanza 349-MM es una barrera burocrática ilegal debido a que la Municipalidad no contaría con competencia normativa para establecer dicha restricción en su distrito.
57. Sobre el particular, teniendo en cuenta que la prohibición de fumar en “espacios públicos cerrados” entendidos estos como todo espacio con acceso al público, cubierto por un techo y que tenga más de una pared es una definición establecida por el Ministerio en el Decreto Supremo 015-2008-SA, modificado por Decreto Supremo 001-2011-SA, que fue recogida de manera textual por la Municipalidad, o sea literalmente copiada, la Sala considera que su incorporación en el artículo 2 de la Ordenanza 349-MM no implica el ejercicio de competencia normativa de dicha entidad. En consecuencia, carece de objeto pronunciarse sobre dicho argumento.

Aplicación al presente caso

58. En el presente caso, los denunciantes señalaron que la prohibición de fumar en los “espacios públicos cerrados” definidos en el artículo 2 de la Ordenanza 349-MM es contraria a la definición de espacio público cerrado contenida en la Ley 28705- Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco, debido a que la primera es más restrictiva que la segunda, pues la ley refiere que está prohibido fumar en espacios de acceso público, cubiertos por un techo y cerrado entre paredes, mientras que de acuerdo con el reglamento basta que dichos lugares sean de acceso público, estén cubiertos por un techo y tengan más de una pared.
59. Por su parte, el Ministerio indicó que la definición de espacio público cerrado contenida en el Decreto Supremo 015-2008 y que ha sido recogida por la Municipalidad en la Ordenanza 349-MM es complementaria a la establecida en la Ley 28705- Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos

del Consumo del Tabaco debido a que delimita sus alcances, conforme a la potestad reglamentaria conferida a la Administración Pública.

60. Al respecto, la Sala en mayoría, considera que si bien el artículo 3 de la Ley 28705- Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, define a espacio público cerrado como todo aquel que tenga acceso al público, se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, el Congreso de la República habilitó al Poder Ejecutivo de manera expresa para que, a través de un reglamento, pueda establecer las demás especificaciones del referido concepto.
61. En atención a ello, en el artículo 4 del Decreto Supremo 015-2008-SA, el Ministerio señaló que “espacio público cerrado” es todo aquel con acceso al público, que se encuentre cubierto por un techo y tenga más de una pared.
62. A diferencia de lo alegado por los denunciantes, la definición de “espacio público cerrado” contenida en la Ley 28705 no indica que el concepto “cerrado entre paredes” implique necesariamente un ambiente cerrado entre cuatro (4) paredes.
63. A criterio de esta Sala en mayoría, la definición realizada por el Ministerio en el Decreto Supremo 015-2008-SA no contradice a la ley, sino que le otorga contenido a una característica imprecisa y sujeta a múltiples interpretaciones, alineándola con lo dispuesto en el Convenio Marco para el Control del Tabaco y la directriz que interpretó el artículo 8 del Convenio Marco para el Control del Tabaco, al amparo de una facultad, repetimos, delegada por ley.
64. De otro lado, se debe tener en cuenta que la Ley 28705 al igual que el Decreto Supremo 015-2008-SA buscan proteger a las personas de las consecuencias del consumo de tabaco y de la exposición al humo que este causa, por lo que ambas normas se orientan al cumplimiento de la misma finalidad. Por tanto, no puede considerarse que una desnaturaliza a la otra.
65. En efecto, la Sala en mayoría considera que no puede quedarse en una interpretación literal del texto legal sino que es preciso hacer una interpretación teleológica³⁷ y sistemática del mismo, pues si bien el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución señala que la potestad reglamentaria debe ser ejercida sin transgredir o desnaturalizar las leyes, en el presente caso el Decreto Supremo 015-2008-SA no transgrede ni mucho menos desnaturaliza la Ley 28705 sino que es concordante con la misma, por lo que dicho artículo constitucional no ha sido vulnerado.

³⁷ Según Marcial Rubio Correo, en el método teleológico de interpretación de la norma el intérprete asume que la interpretación debe ser realizada de manera tal que, en la medida de lo posible se obtenga una finalidad predeterminada de la aplicación de la norma jurídica. RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2009. p. 235.

66. Una interpretación diferente implicaría aceptar que a través de las prohibiciones al consumo de tabaco contenidas en la Ley 28705- Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, el Estado únicamente busca proteger a las personas no fumadoras de la exposición al humo del tabaco, lo cual es una desviación del objetivo de dicha legislación y del Convenio Marco para el Control del Tabaco, así como un incumplimiento al deber constitucional de proteger la salud de todas las personas, incluyendo a la salud de los fumadores.
67. Dicha interpretación se ve reforzada por lo dispuesto en el principio 1 de las Directrices sobre la Protección contra la Exposición al Humo de Tabaco, en las que se establece que la adopción de medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco, implica la abstención total del acto de fumar y la eliminación total del humo de tabaco en un espacio o ambiente determinado a fin de lograr un entorno absolutamente libre de humo de tabaco³⁸.
68. De otro lado, debe tenerse en cuenta que la exposición al humo del cigarro trae consigo consecuencias fatales que pueden llevar a la muerte a un número considerable de personas en nuestro país. Así, según las estadísticas publicadas por la Organización Mundial de la Salud-OMS, más de 600000 personas no fumadoras expuestas al humo de tabaco mueren de cáncer, cardiopatías, asma y otras enfermedades³⁹.
69. En el caso del Perú, según el informe presentado por el Ministerio ante la Organización Mundial de la Salud-OMS el 9 de marzo de 2012, el 34.70% de la población peruana es fumadora. Asimismo, se sabe que 10 mil personas mueren al año a causa del tabaco en nuestro país y al menos 3 millones de peruanos están expuestos a las consecuencias nocivas del humo del cigarrillo⁴⁰. De igual manera, según un estudio realizado por CEDRO en el

³⁸ **DIRECTRICES SOBRE LA PROTECCIÓN CONTRA LA EXPOSICIÓN AL HUMO DE TABACO**

Principios

5. Según se indica en el artículo 4 del Convenio Marco de la OMS, se requiere un compromiso político firme a fin de adoptar medidas para proteger a todas las personas contra la exposición al humo de tabaco. Los siguientes principios convenidos deben servir de orientación a la hora de aplicar el artículo 8 del Convenio.

Principio 1

6. La aplicación de las medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco, previstas en el artículo 8 del Convenio de la OMS, comporta la abstención total del acto de fumar y la eliminación total del humo de tabaco en un espacio o ambiente determinado a fin de lograr un entorno absolutamente libre de humo de tabaco. (...)

³⁹ Ver el siguiente link: <http://www.who.int/tobacco/es/index.html>, visitado el 20 de enero de 2013.

⁴⁰ Ver el siguiente link: https://new.paho.org/per/index.php?option=com_content&task=view&id=1922&Itemid=259. Visitado el 27 de enero de 2013.

año 2005, el consumo de tabaco ocupa el segundo lugar en el consumo de drogas en el Perú⁴¹.

70. En tal sentido, considerando que uno de los fines del INDECOPI es la protección del consumidor, a criterio de esta Sala en mayoría, la prohibición de fumar en aquellos espacios que sean de acceso público, estén cubiertos por un techo y tengan más de una pared contenida en el Decreto Supremo 015-2008-SA es congruente con la Ley 28705, el Convenio Marco para el Control del Tabaco y la Directriz. En consecuencia no constituye una barrera burocrática ilegal.
71. De igual manera, dado que la prohibición de fumar en aquellos espacios que sean de acceso público, cubiertos por un techo y que tengan más de una pared tiene sustento en la Ley 28705 y en su reglamento, la Sala considera que su incorporación en el artículo 3 de la Ordenanza 349-MM no constituye el ejercicio de facultades normativas por parte de la Municipalidad. En tal sentido, dicha entidad no ha excedido su competencia al hacer suyo el texto del Decreto Supremo 015-2008-SA del Ministerio y, por lo tanto, no ha impuesto una barrera burocrática ilegal.
72. Por otro lado, en el presente caso los denunciantes señalaron que la prohibición de fumar en aquellos lugares que sean de acceso público, cuenten con un techo y tengan más de una pared contenida en el Decreto Supremo 015-2008-SA y en la Ordenanza 349-MM resulta carente de razonabilidad, debido que a través de la misma se estaría considerando como “cerrado” a espacios que deberían ser considerados como “abiertos”, tales como las terrazas o balcones.
73. Cabe indicar que el argumento antes señalado en realidad se encuentra dirigido a cuestionar qué debe entenderse por “espacio público cerrado” a la luz de la Ley 28705 y qué áreas deben ser incluidas bajo la prohibición de fumar en dichos lugares. Sin embargo, el concepto de “espacio público cerrado” contenido en el Decreto Supremo 015-2008-SA y en la Ordenanza 349-MM ya fue evaluado por esta Sala a través de la presente resolución en la que se determinó que no es contrario a la ley 28705 y en la que se indicó la imposibilidad de analizar si los establecimientos de los denunciantes cuentan o no con espacios públicos “cerrados” o “abiertos”, debido a que se trata de una barrera burocrática denunciada en abstracto y no concreto.
74. En tal sentido, al haber desestimado los argumentos de los denunciantes y que dichos administrados no han aportado otros argumentos que sustente

⁴¹ Ver el siguiente link:
http://www.opd.gob.pe/modulos/CDocumentacion/DOCUMENTOS/El%20problema%20de%20las%20drogas_2006.pdf. Visitado el 27 de enero de 2013.

los motivos por los que la prohibición cuestionada no sería idónea para alcanzar los objetivos planteados en la Ley 28705 y en el Convenio Marco para el Control del Tabaco, así como tampoco han referido que la Municipalidad no haya evaluado otras medidas y que la escogida no sea la menos costosa, en aplicación del precedente de observancia obligatoria aprobado en la Resolución 182-97-TDC, la Sala considera que no corresponde proseguir con el análisis de razonabilidad de la barrera burocrática denunciada.

75. Finalmente, esta Sala reitera que en el presente pronunciamiento no se analiza qué entiende la Ley 28705 y su reglamento por espacio “cubierto por un techo” dado que ello no ha sido denunciado en el presente caso, limitándose la controversia al tema respecto al concepto de “cerrado entre paredes” y “más de una pared”.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Revocar la Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI del 17 de mayo de 2012, que declaró fundada la denuncia interpuesta por United Disco S.A. y Gothic Entertainment S.A contra la Municipalidad Distrital de Miraflores y el Ministerio de Salud; y reformándola se declara infundada.

Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, José Luis Bonifaz Fernández y Julio Carlos Lozano Hernández.

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Presidente

El voto en discordia de la señora vocal Silvia Lorena Hooker Ortega es por que se confirme la Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI del 17 de mayo de 2012, aprobada por unanimidad por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.

Jerarquía normativa

1. De acuerdo con el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas⁴².
2. En ese sentido, el artículo 13 de la Ley 29158- Ley Orgánica del Poder Ejecutivo establece que los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía, encontrándose imposibilitados de transgredir o desnaturalizar la ley.
3. Al respecto, en la sentencia emitida en el Expediente 001-2003-AI, el Tribunal Constitucional señaló que el reglamento es la norma que se encuentra subordinada a la Constitución y a las leyes, conforme se aprecia a continuación:

“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.”

4. De otro lado, en la Sentencia emitida en el Expediente 00005-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional señaló que el principio de jerarquía normativa implica el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto de normas jurídicas. Tal es el caso de los reglamentos, los cuales deben

⁴² CONSTITUCION POLÍTICA DEL PERÚ

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.

respetar lo establecido en la ley. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional indicó lo siguiente:

“Según lo expuesto por este Tribunal, el principio de jerarquía implica el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto de normas jurídicas. Consecuentemente, como bien afirma Requena López, es la imposición de un modo de organizar las normas vigentes en un Estado, consistente en hacer depender la validez de unas sobre otras. Así, una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquella. Con referencia a este principio, el artículo 51º de la Constitución dispone que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...).”

Aplicación al caso en concreto

5. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 28705 se encuentra prohibido fumar en lugares públicos cerrados, entendiéndose este como todo lugar que sea de acceso al público, se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes. Asimismo, dicha norma señala que las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados serán establecidas en su reglamento.
6. Se trata pues de una habilitación puntual dada al Poder Ejecutivo para establecer las demás especificaciones que desarrollen el concepto de “espacio público cerrado” ya fijado en la ley. Cabe indicar que “establecer las demás especificaciones” no incluye la potestad de regular una nueva definición de dicho concepto a través de un reglamento, pues ello constituiría un exceso en el uso de la facultad otorgada.
7. Pese a lo expuesto, el Decreto Supremo 015-2008-SA- Reglamento de la Ley 28705 señala que se encuentra prohibido fumar en los interiores de todo espacio público cerrado, entendido este como todo lugar de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y que cuente con más de una pared.
8. Como se puede apreciar, la restricción al consumo de tabaco en los lugares públicos cerrados contenida en la Ley 28705 difiere de la prohibición dispuesta en el Decreto Supremo 015-2008-SA, a tal extremo que la modifica, otorgándole un efecto más restrictivo al dispuesto en la ley.
9. Así, mientras la Ley 28705 solo prohíbe fumar en las áreas completamente cerradas de los establecimientos de acceso al público, bajo la definición de “espacio público cerrado” contenida en el reglamento estaría prohibido fumar incluso en aquellas áreas que si bien cuentan con un techo, no se encuentran cerradas entre paredes bastando sólo la existencia de más de una pared.
10. Cabe precisar que en la exposición de motivos del Decreto Supremo 001-2011-SA, norma a través de la cual se modificó el reglamento de la Ley

28705 incorporando la definición de “espacio público cerrado”, el Ministerio señaló que este cambio normativo se realizó debido a que la definición contenida en el artículo 3.2 de la ley no cumplía con los estándares internacionales ni con los compromisos adquiridos en el Convenio Marco para el Control del Tabaco. En dicha oportunidad, el Ministerio precisó que su actuación se sustentaba en la facultad para establecer las demás especificaciones del concepto, conforme lo dispone el artículo 3 de la ley⁴³.

11. De esta manera, el propio Ministerio reconoció que la ley no contempló la prohibición de fumar en espacios de acceso al público que cuenten con un techo y tengan más de una pared. Sin embargo, consideró que era necesario llenar dicho vacío a través del reglamento, buscando así, a su consideración, cumplir con los compromisos adoptados por el Perú en el Convenio Marco para el Control del Tabaco sobre la materia.
12. Con relación a la actuación del Ministerio, considero que si bien la Ley 28705 señaló que a través del reglamento se podían establecer “las demás especificaciones de los espacios públicos cerrados”, tal como ya se indicó, dicha facultad debe ser leída únicamente como una potestad de complementar dicho concepto con otras especificaciones, siempre y cuando no cambien el sentido de lo establecido por ley.
13. Una interpretación diferente al artículo 3.3. de la Ley 28705, implicaría aceptar que una norma reglamentaria, que nace de un mandato de complementariedad expresamente previsto en la ley, pueda modificar y contravenir esta última, lo cual sería contrario al principio de jerarquía normativa que rige nuestro país.
14. En tal sentido, teniendo en cuenta que la prohibición de fumar en todo espacio de acceso al público, que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared, parte de una modificación realizada a la Ley 28705 a través de un reglamento, considero que ésta contraviene lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 29158- Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

⁴³

DECRETO SUPREMO 001-2011-SA (publicado en el diario oficial “El Peruano” el 15 de enero de 2011)

Artículo 1.- Modificación

Modifíquense los artículos 5, 8, 10, 12, 18, 32, 41 y 48, así como los numerales 1, 5 y 11 del artículo 4, y el numeral 22.2 del artículo 22 del Reglamento de la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-SA y modificado por Decreto Supremo N° 001-2010-SA; los mismos que quedarán redactados de la siguiente manera:

Artículo 4.- Definiciones

Para efectos de la mejor aplicación del Reglamento, se establecen los siguientes términos y sus definiciones:

1. Espacios públicos cerrados: Todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente.

(Subrayado nuestro)

Sobre el Convenio Marco para el Control del Tabaco

15. A lo largo del procedimiento, tanto el Ministerio como la Municipalidad han sustentado su actuación en el Convenio Marco para el Control del Tabaco suscrito por el estado peruano. Sin embargo, dicha norma internacional no contempla disposición alguna que defina el concepto de “espacio público cerrado”. Por el contrario, el Convenio Marco para el Control del Tabaco señala taxativamente que cada país tiene la facultad de diseñar en su legislación nacional, las medidas que considere pertinentes para asegurar la protección contra la exposición al humo del tabaco en lugares públicos cerrados⁴⁴.
16. De igual manera, la directriz sobre la protección contra la exposición al humo del tabaco, en desarrollo del artículo 8 del Convenio Marco para el Control del Tabaco, señala que el concepto de lugar público cerrado contenido en dicho dispositivo es únicamente una recomendación, por lo que no tiene carácter vinculante en el ordenamiento jurídico internacional. Por tanto, para poder ser recogido en el ordenamiento jurídico nacional es necesario que dicho concepto sea incorporado a través de una ley y no mediante un reglamento. No obstante, lo señalado no ha sucedido en el presente caso, pues la Ley 28705 no ha sido modificada por el Congreso de la República en ese sentido.
17. Cabe resaltar que en el año 2010 el Congreso de la República aprobó una modificatoria a la Ley 28705. En dicha ocasión, el Poder Legislativo peruano tuvo la oportunidad de redefinir el concepto de “espacio público cerrado” en concordancia con la recomendación realizada en la directriz, aprobada en julio de 2007. Pese a ello, el legislador peruano optó por una fórmula legal menos restrictiva, que de igual manera buscaba cumplir con el objetivo de proteger a las personas contra la exposición al humo de tabaco, consagrado en el artículo 8 del Convenio Marco para el Control del Tabaco.
18. En mi opinión, un objetivo tan loable como el consagrado en el artículo 8 del Convenio Marco para el Control del Tabaco, pudo ser incorporado en el ordenamiento jurídico nacional de manera absoluta y tajante. Sin embargo, este no fue el consenso legislativo y se optó por una restricción relativa, al desarrollar el concepto de espacio público cerrado en el numeral 3.2 del referido artículo, estableciendo que estos no incluyen aquellos espacios

⁴⁴ **CONVENIO MARCO PARA EL CONTROL DEL TABACO**

Artículo 8.-

(...)

2. Cada Parte adoptará y aplicará, en aras de la jurisdicción nacional existente y conforme determine la legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y según proceda, otros lugares públicos, y promoverá activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales. (Subrayado nuestro)

públicos que no se encuentran cubiertos por un techo y cerrados entre paredes.

19. En efecto, entre la posibilidad de establecer un porcentaje del espacio público cerrado para uso de los fumadores y la exclusión de los fumadores de los espacios públicos cerrados definidos en la ley, hubo un cambio significativo a favor de los no fumadores, sin excluir completamente a los fumadores de ciertas zonas de los espacios públicos que, a entender del legislador, no debían considerarse como cerrados.
20. Cabe indicar que el 17 de marzo del 2010 se presentó ante el Congreso de la República un proyecto de texto sustitutorio de la Ley 28705 en el que se contemplaba de manera expresa que “espacio público cerrado” debía ser considerado como todo aquel que sea de acceso público, se encuentre cubierto por un techo o cerrado entre una o más paredes o muros. Sin embargo, dicha propuesta no obtuvo el consenso legislativo necesario para incorporarla al ordenamiento jurídico peruano, por lo que fue dejada de lado en el segundo proyecto presentado el 30 de marzo de 2010, el cual relativizó la definición en aras de obtener un consenso que permitiera aprobar la norma que incorporaba mejores condiciones que la existente a esa fecha con relación al cumplimiento del objetivo buscado. Esa fue la norma que se aprobó y que estableció la definición que se encuentra actualmente en la ley.
21. Adicionalmente, de la revisión del Diario de Debates del Congreso de la República, los diálogos congresales correspondientes a la fecha en la que se discutió la modificatoria a la Ley 28705 en el Pleno del Congreso se evidencia que la definición de “espacio público cerrado” fue analizada con el propósito de beneficiar a la salud pública, llegando a un consenso sobre el particular, conforme se detalla a continuación:

“La señora Lazo Ríos de Hornung señaló lo siguiente:

Señor Presidente: En la sesión pasada, este debate fue suspendido; pero ello ha servido para consensuar posiciones con diversos colegas que intervinieron en aras de sacar esta ley en beneficio de la salud pública.

(...)

Se acoge la propuesta del congresista Bruce Montes de Oca en el sentido de precisar el concepto de espacio público cerrado, quedando el texto redactado de la siguiente manera: se entiende por interiores o espacios públicos cerrados a todo aquel lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.

(...)

El señor Gonzales Posada Eyzaguirre señaló lo siguiente:

También lo que se entiende por interiores o espacios públicos cerrados, señalándose con toda precisión, que es todo aquel lugar de trabajo o de acceso al público que se

encuentra cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal. Quiere decir que con esta característica se diluye la preocupación que tenían algunos porque ese espacio fuese una terraza, ya que este no es un lugar cerrado entre paredes

(Subrayado nuestro)

22. Como se puede apreciar, el concepto de “espacio público cerrado” fue debatido en el Congreso de la República llegando a la conclusión que éste debe ser definido como todo aquel que se encuentren cubierto por un techo y cerrado entre paredes, teniendo en cuenta que pueden existir espacios públicos dentro de un establecimiento en los que sí se puede fumar, como podría ser por ejemplo un ambiente con sólo dos paredes y lo demás abierto.
23. Por lo expuesto, mi voto es por que se confirme la Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI del 17 de mayo de 2012 que declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar en todos los interiores de los espacios públicos cerrados, entendidos como cualquier lugar cubierto por un techo y que tenga más de una pared, contenida en el Decreto Supremo 015-2008-SA y recogida por la Municipalidad en la Ordenanza 349-MM, por vulneración al artículo 13 de la Ley 29158- Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
24. Finalmente, considero que si lo que se busca es salvaguardar el derecho a la salud de todas las personas y limitar válidamente el derecho a la libertad de empresa, dicho objetivo puede ser logrado a través de una modificatoria a la Ley 28705-Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco realizada por el Congreso de la República y no a través de un reglamento.

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vicepresidente

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



PROGRAMA DE SEGUNDA ESPECIALIDAD-DERECHO ADMINISTRATIVO

Informe Profesional para Optar el Título Profesional de Abogada

Resolución N° 0199-2013/SDC-INDECOPI

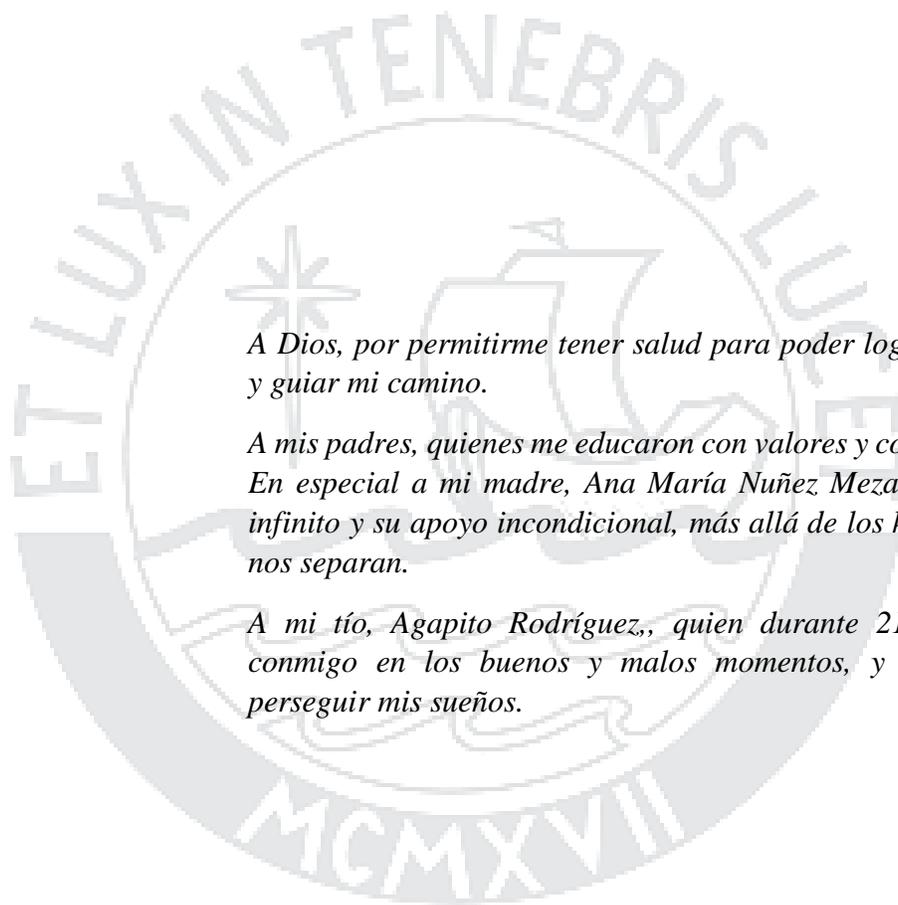
Autor

ANA GRACE RODRIGUEZ NUÑEZ

Asesor

LAURA ISABEL FRANCIA ACUÑA

Lima, julio de 2021



A Dios, por permitirme tener salud para poder lograr mis metas y guiar mi camino.

A mis padres, quienes me educaron con valores y confiaron en mí. En especial a mi madre, Ana María Nuñez Meza, por su amor infinito y su apoyo incondicional, más allá de los kilómetros que nos separan.

A mi tío, Agapito Rodríguez,, quien durante 21 años estuvo conmigo en los buenos y malos momentos, y me enseñó a perseguir mis sueños.

RESUMEN

El presente informe jurídico tiene como finalidad analizar cómo es que los gobiernos locales buscan emitir Ordenanzas con el objetivo de beneficiar a la sociedad; sin embargo, ello no necesariamente es correcto, ya que en muchas oportunidades estas entidades van más allá de las competencias que la Constitución y las leyes le han permitido, porque consideran que tienen autonomía para ejercer dicha potestad. Incluso, no solo los gobiernos locales cometen ciertos errores, sino también los Reglamentos que son emitidos por la administración pública, quien a través de las facultades normativas que la Ley les ha encomendado para complementar lo regulado; trae como consecuencia que se desnaturalice y transgreda la Ley; en ese sentido, veremos los límites de esta facultad con la finalidad de hacer de conocimiento hasta dónde debe actuar la administración pública al ejercer esta facultad.

Para ello, hacemos un análisis crítico a través de la Resolución N° 0199-2013/SDC-INDECOPI, en donde observaremos los temas mencionados en el párrafo anterior a la luz de las diversas leyes, como la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización y Ley N° 26842, Ley General de Salud; así también, usaremos doctrina, jurisprudencia y comparación con otros casos parecidos para ver cómo es que estas entidades no cumplen con lo establecido en las normas jurídicas.

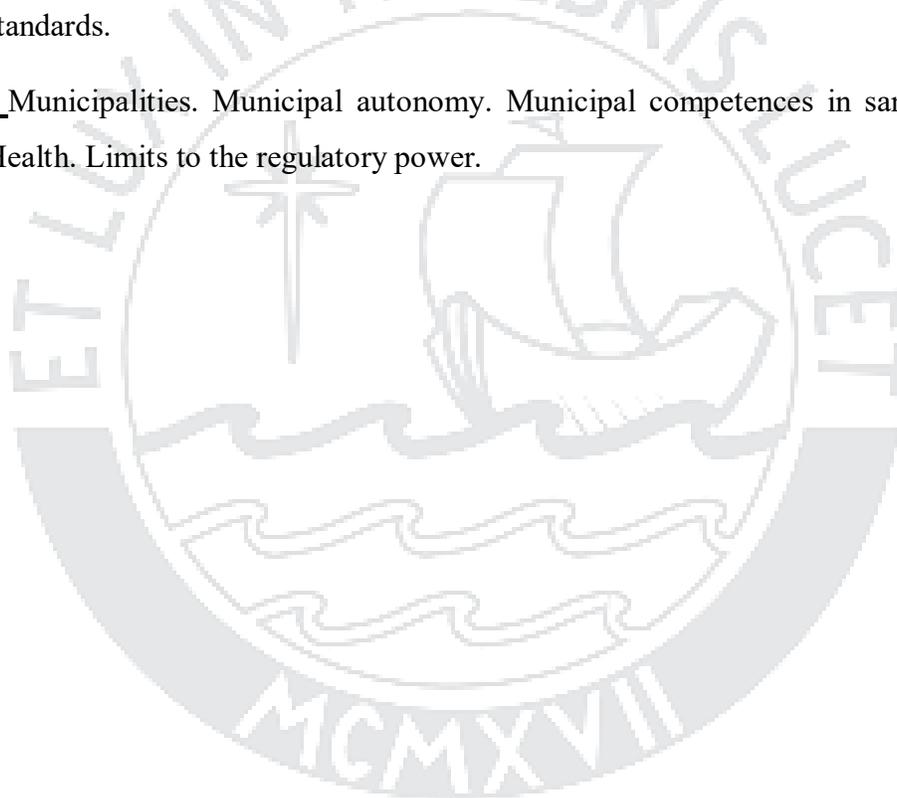
PALABRAS CLAVE: Municipalidades. Autonomía municipal. Competencias municipales en materia sanitaria. Ministerio de Salud. Límites a la potestad reglamentaria.

ABSTRACT: The purpose of this legal report is to analyze how local governments seek to issue Ordinances with the objective of benefiting society; however, this is not necessarily correct, since in many opportunities these entities go beyond the competences that the Constitution and the laws have allowed them, because they consider that they have autonomy to exercise such power. Even, not only the local governments make certain mistakes, but also the Regulations that are issued by

the public administration, who through the normative faculties that the Law has entrusted to them to complement the regulated; it brings as a consequence that the Law is denaturalized and transgressed; in this sense, we will see the limits of this faculty with the purpose of making of knowledge up to where the public administration must act when exercising this faculty.

For this, we make a critical analysis through Resolución No. 0199-2013/SDC-INDECOPI, where we will observe the issues mentioned in the previous paragraph in the light of the various laws, such as Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización y Ley N° 26842, Ley General de Salud; also, we will use doctrine, jurisprudence and comparison with other similar cases to see how these entities do not comply with the provisions of the legal standards.

Key words: Municipalities. Municipal autonomy. Municipal competences in sanitary matters. Ministry of Health. Limits to the regulatory power.



ÍNDICE DE CONTENIDO

I. Introducción.....	6
II. Justificación.....	8
III. Hechos Relevantes.....	9
IV. Problemas Jurídicos.....	14
V. Capítulo I: Determinar las competencias específicas de los municipios distritales respecto a los temas de salud.	
5.1 Barreras Burocráticas y su Aplicación en el ámbito Municipal.....	15
5.2 Competencias en materia de salud de los Gobiernos Locales.....	20
5.2.1 Niveles de Gobierno.....	20
5.2.2 Competencias de los gobiernos locales.....	21
5.2.2.1 Competencias en materia de salud de gobiernos locales	24
5.3 Análisis del caso en concreto.....	27
VI. Capítulo II: Determinar la finalidad y límites del ejercicio de la potestad reglamentaria del Ministerio de Salud respecto al concepto de espacio público cerrado, recogido en la Ley N° 28705.	
6.1 Potestad Reglamentaria de la Administración Pública.....	31
6.1.1 El Reglamento.....	33
6.2 Límites de la Potestad Reglamentaria de la Administración Pública..	35
6.3 Análisis del caso en concreto.....	40
VII. Conclusiones.....	42
VIII. Recomendaciones.....	43
IX. Bibliografía.....	44

I. INTRODUCCIÓN

Como bien sabemos, el tabaco es una de las drogas que más se consume no solo en nuestro país, sino también en el mundo. A partir de ello, el Perú es uno de los Estados parte del Convenio Marco para el Control del Tabaco; por lo que, nuestro país ha optado por diversas formas para disminuir el consumo del tabaco. Una de las medidas fue la promulgación de la Ley 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, el cual tiene su respectivo Reglamento que ha de ser cumplido por toda la sociedad.

Por otro lado, al ser el Perú un país descentralizado, con niveles de gobierno, permite que las Municipalidades, ya sean provinciales o distritales, puedan tener diversas competencias, como las normativas; sin embargo, estas no pueden ir en contra de lo establecido en las Leyes.

Lo último, se ve reflejado en el presente caso analizado; ya que, a través del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-SA, emitido por el Ministerio de Salud y la Ordenanza 349-MM, promulgada por la Municipalidad de Miraflores, se busca prohibir el consumo de tabaco en los espacios públicos cerrados, el cual estaría vulnerando lo establecido en el Ley mencionada en los párrafos anteriores.

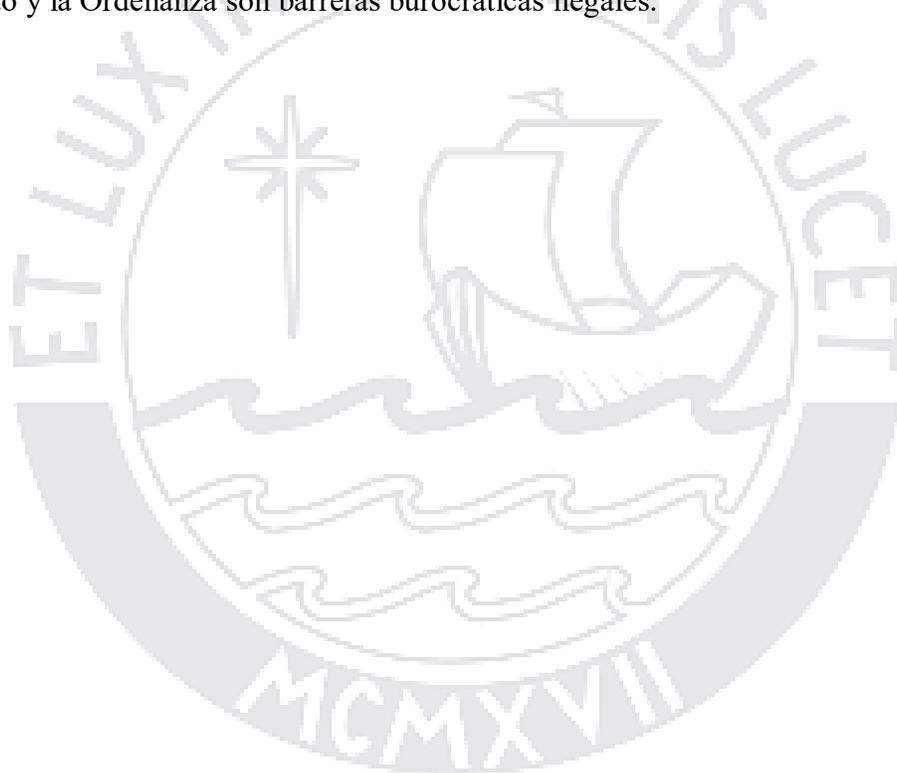
Frente a ello, las empresas United Disco S.A. y Gothic Entertainment S.A. realizaron una denuncia ante la Comisión de Eliminación de Barreras del INDECOPI, pues consideraban que la Ordenanza carecía de legalidad, porque iban en contra de lo establecido en la Ley precitada.

En atención a lo expuesto y luego de haber analizado la Resolución 0199-2013/SDC-INDECOPI, de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, la cual revoca la Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI, porque estima que el tercer párrafo del artículo 2 y en el literal b) del artículo 3 de la Ordenanza 349-MM, no debe ser considerado como barrera burocrática ilegal, opino que existen diversos problemas jurídicos. Uno de ellos es saber cuál es el límite que tiene el Ministerio para poder reglamentar una Ley, ya que, en el presente caso, el legislador solicita que el reglamento tenga las especificaciones de los espacios públicos cerrados.

El segundo problema jurídico encontrado es saber cuál es la competencia que tiene la Municipalidad en el control del consumo de tabaco, ello se debe a que la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades faculta a estas poder regular los temas de higiene y salubridad; por

lo que, la Municipalidad de Miraflores considera que promulgar la Ordenanza 349-MM no incurre en ilegalidad. Sin embargo, la Ley antes descrita sólo les faculta a fiscalizar y hacer cumplir dicha Ley.

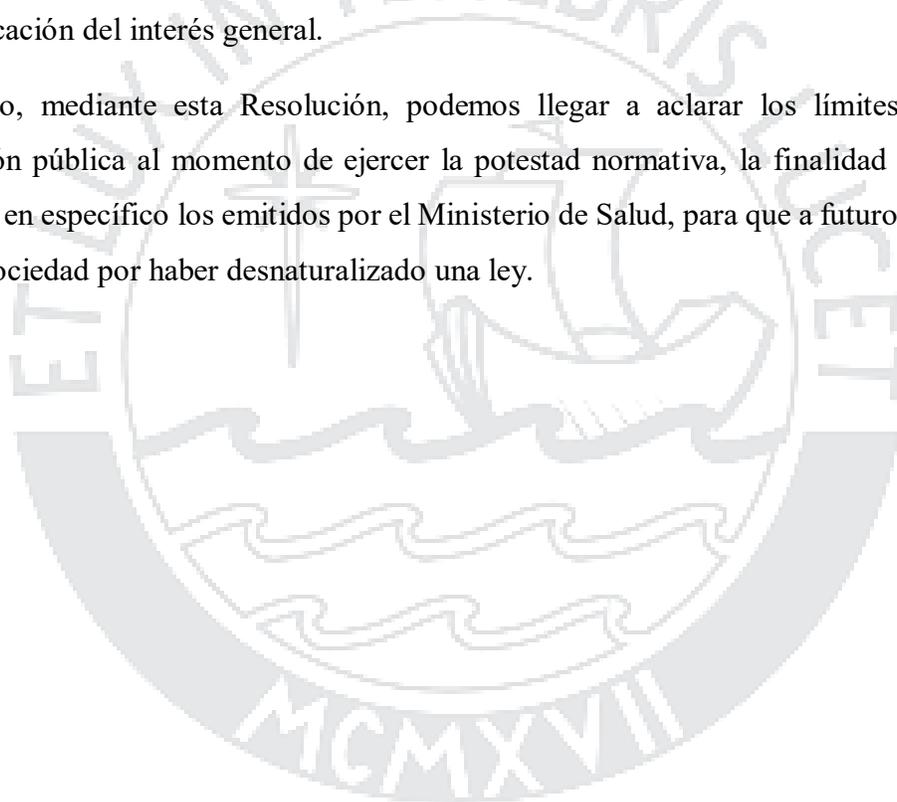
En conclusión, considero que las absoluciones de los problemas jurídicos encontrados en el presente caso son de vital importancia, porque nos permite tener una seguridad jurídica a nivel nacional, lo que conlleva a que la libertad de empresa, la inversión privada no se vea afectada; ya que en nuestra sociedad es importante para la creación de empleo y permite que el Estado pueda cumplir con las obligaciones; por ejemplo, prestar servicios públicos. A continuación, se expondrán los dos problemas jurídicos mencionados en los párrafos anteriores para así poder saber si en efecto, el Reglamento y la Ordenanza son barreras burocráticas ilegales.



II. JUSTIFICACIÓN

La Resolución N° 0199-2013/SDC-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de INDECOPI, es de suma importancia, porque nos permite delimitar las competencias que tienen los gobiernos locales, específicamente, las municipalidades distritales, en los temas de emisión de humos derivado de tabaco. Asimismo, nos permite saber los límites que tienen esta clase de gobiernos, ya que en varias oportunidades han argumentado que a través de esta autonomía que le ha dado la Constitución Política del Perú pueden ejercer diversas potestades con la justificación del interés general.

Por otro lado, mediante esta Resolución, podemos llegar a aclarar los límites que tiene la administración pública al momento de ejercer la potestad normativa, la finalidad que tienen los reglamentos, en específico los emitidos por el Ministerio de Salud, para que a futuro no perjudique a la misma sociedad por haber desnaturalizado una ley.



III. HECHOS RELEVANTES

1. El 25 de noviembre del 2011, United Disco S.A. y Gothic Entertainment S.A. (en adelante, los denunciantes) denunciaron a la Municipalidad Distrital de Miraflores (en adelante, la Municipalidad) ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Comisión) por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal consistente en la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados, definidos por la Municipalidad en el artículo 2 de la Ordenanza 349-MM. Toda vez que, el 14 octubre del mismo año, la Municipalidad realizó una inspección a uno de los establecimientos de los denunciantes denominado “Gótica”. En dicha diligencia, la Municipalidad señaló que se habría habilitado un área para fumadores dentro de un espacio público cerrado, en contravención a lo dispuesto en la Ordenanza 349-MM (en adelante la Ordenanza).

Ahora bien, dentro de los argumentos en la denuncia, se tiene que la Municipalidad ha extendido la prohibición de fumar dispuesta en la Ley 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco (en adelante Ley antitabaco), a través de la Ordenanza. Ello, pues establece la prohibición de fumar en todos los espacios públicos cerrados, entendiéndose a éstos como cualquier lugar de acceso público, cubierto por un techo y que tenga más de una pared, lo que incluye dentro de la misma a los balcones, terrazas y otros lugares no cerrados ni techados de los restaurantes, bares, discotecas y demás centros de esparcimiento. Otro argumento mencionado es que la restricción cuestionada ha sido emitida fuera del ámbito de las competencias conferidas a las municipalidades en la Ley antitabaco y en la Ley 26842-Ley General de Salud. Ello, debido a que dichas normas no señalan que las Municipalidades cuenten con facultades normativas, sino únicamente fiscalizadoras.

2. Con Carta 0442-2011/INDECOPI-CEB, de fecha 22 de diciembre del 2011, la Secretaría Técnica de la Comisión requirió a los denunciantes que identifiquen: la barrera burocrática denunciada, la entidad de la administración pública que impone la barrera burocrática materia de denuncia, el acto o disposición que contiene la barrera burocrática y los argumentos jurídicos que sustentan que la barrera burocrática denunciada es ilegal o carente de razonabilidad.

3. En ese sentido, el 27 de diciembre de 2011, los denunciantes precisaron que la barrera burocrática cuestionada se encuentra contemplada en el tercer párrafo del artículo 2 y en el literal c) del artículo 3 de la Ordenanza.
4. Por ello, mediante Resolución 0009-2011/STCEB-INDECOPI, del 3 de enero de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal consistente en la prohibición de fumar en los espacios públicos cerrados, el cual está establecido en el tercer párrafo del artículo 2 y en el literal c) del artículo 3, contenidos en el Capítulo I y Capítulo II de la Ordenanza.
5. El 11 de enero de 2012, la Municipalidad presentó sus descargos señalando que la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, establece que las municipalidades distritales tienen la función de regular y controlar el aseo, la higiene y salubridad en los establecimientos comerciales; entonces, la prevención y control de consumo de tabaco al encontrarse dentro de las medidas de salubridad que establece el artículo 80 de dicha Ley, faculta a la municipalidad normar y/o regular dicha materia.
Otro argumento es que la restricción de fumar en espacios públicos cerrados, contenida en la Ordenanza, ha sido establecida en concordancia con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley antitabaco, aprobado por Decreto Supremo 015-2008-SA (en adelante reglamento de la Ley antitabaco) el cual dispone que un lugar público cerrado es todo aquel que sea de acceso público, se encuentre cubierto por un techo y tenga más de una pared; por lo que, la exigencia establecida en la Ordenanza no es ilegal.
6. Es así que, el 08 de febrero del mismo año, los denunciantes señalaron que la Ley antitabaco es una norma especial, donde se regula que las Municipalidades solo pueden fiscalizar y que la facultad reguladora en salubridad, la cual rige en la Ley Orgánica de Municipalidades, no es aplicable para el caso. Asimismo, mencionaron que la única forma en la que los municipios tienen facultades normativas en esta materia es cuando la misma norma los faculta. Así también, otro argumento es que el hecho de que la Ordenanza plasme lo que dice el Reglamento de la Ley antitabaco, no significa que dicho Reglamento no vaya en contra de lo que dice la Ley.

7. Mediante Resolución 0057-2012/CEB-INDECOPI, del 1 de marzo de 2012, la Comisión incorporó al Ministerio de Salud (en adelante el Ministerio) al procedimiento, en calidad de tercero administrado, ello debido a los argumentos vertidos por la Municipalidad.
8. El 13 de marzo de 2012, complementado con el escrito del 26 de marzo de 2012, el Ministerio señaló que la prohibición de fumar en lugares públicos o zonas 100% libres de humo de tabaco está siendo considerada de forma absoluta por los Estados miembros del referido Convenio Marco para el Control del Tabaco. Asimismo, indica que a través del Reglamento de la Ley antitabaco, señalando que un lugar público cerrado es aquel que tenga acceso al público, esté cubierto por un techo y tenga más de una pared, lo cual no restringe el libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, alcanzando un nivel satisfactorio de protección a la salud.
9. En atención a los descargos realizado por las partes, el 17 de mayo de 2012, con la Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI, la Comisión declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar en los espacios públicos cerrados, dispuesta por la Municipalidad en el literal c) del artículo 3 de la Ordenanza, bajo la definición de espacio público cerrado contenida en el artículo 2 de la norma referida. Los argumentos que conllevaron a esta decisión es que el tema de la salubridad con aquellos aspectos higiénicos-sanitarios de los establecimientos públicos no se encuentra relacionado con el consumo de tabaco; por lo que, la norma no le ha dado a la municipalidad competencias para regular el consumo de tabaco, solo le otorga facultades fiscalizadoras. Otro argumento es que la definición que indica la Ley sobre espacio público cerrado será aquel que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes; por lo que, no se encontrarían dentro de estos supuestos los balcones y las terrazas. Sin embargo, bajo la definición de espacio público cerrado contenida en el reglamento de la Ley antitabaco y en la Ordenanza sí se encontrarían comprendidos dichos espacios; en ese sentido, señala que los reglamentos no deben ir más allá de los principios de complementariedad, transparencia y jerarquía; es decir, el Reglamento no puede establecer prohibiciones más restrictivas que la misma Ley.

10. Al darse a conocer dicha decisión, el 25 de mayo de 2012, el Ministerio interpuso recurso de apelación contra la Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI, argumentando que la interpretación dada en dicha Resolución desconoce la fuerza normativa de los reglamentos, los cuales pueden desarrollar una ley sin transgredirla o desnaturalizarla; en consecuencia, considera que la definición dada en el Reglamento es complementaria a lo establecido en la Ley antitabaco. También, añade que la decisión de la Comisión se contrapone al Convenio Marco para el Control del Tabaco.
11. Por su parte, el 28 de mayo de 2012, la Municipalidad interpuso recurso de apelación contra la Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI, señalando que según la Real Academia Española, el término salubridad es definido como “bueno para la salud”; ergo, la competencia otorgada a la Municipalidad en el artículo 80 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades no se restringe a regular sobre la higiene de los establecimientos comerciales, sino también respecto a otros elementos que puedan afectar la salud del público que asiste a dichos locales, como el consumo de tabaco, lo que conlleva a que la municipalidad pueda tener competencias para normar en dichos temas. Otro argumento mencionado es que el artículo 48 del Reglamento de la Ley antitabaco, dispone que las municipalidades distritales tienen potestad sancionadora en materia de prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, teniendo competencia para establecer una norma de carácter general que tipifique y sancione como infracción administrativa el incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en la Ley antitabaco y/o en su reglamento.
12. Finalmente, el 31 de enero del 2013, con la Resolución 0199-2013/SDC-INDECOPI, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, por mayoría, revoca la Resolución 0121-2012/CEB-INDECOPI, pues considera que lo establecido en la Ordenanza y el Reglamento de la Ley antitabaco, no es una barrera burocrática ilegal, pues entiende que la facultad de reglamentar que tiene el ministerio sobre “espacios públicos cerrados” no restringe más de lo que le permite la Ley antitabaco. Por otra parte, sostiene que la definición de “espacio público cerrado” que reconoce la Ley no indica que “cerrado entre paredes” implique necesariamente un ambiente cerrado entre cuatro paredes; en consecuencia, el Reglamento

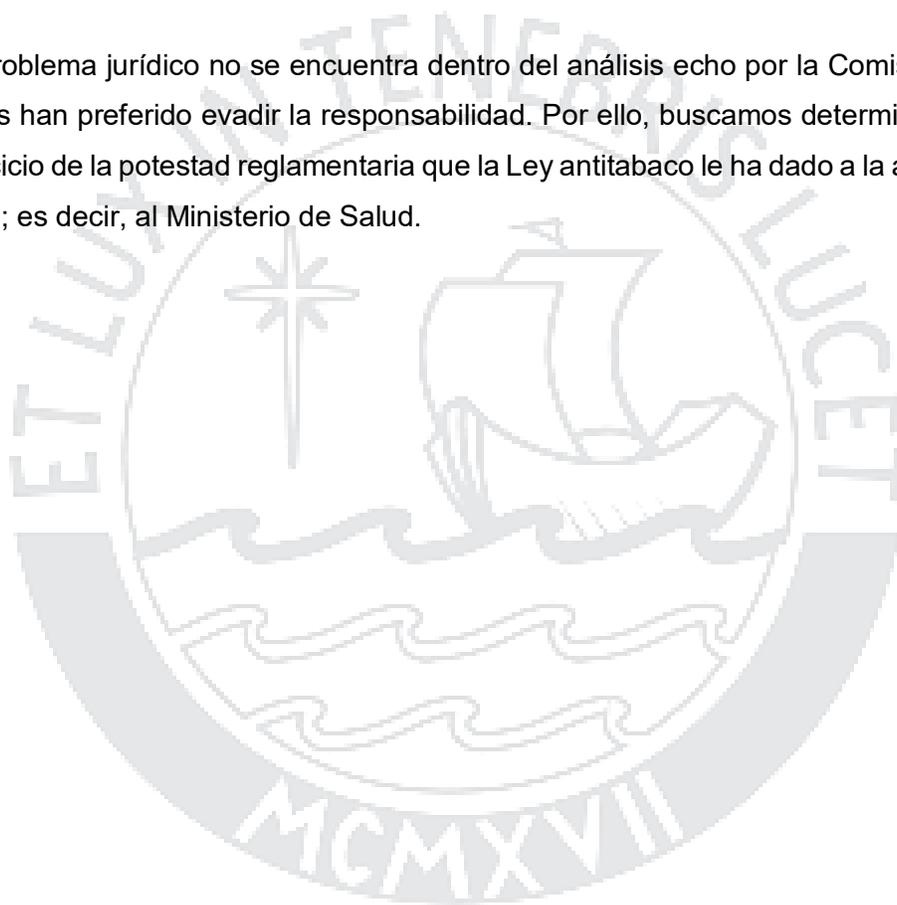
de la Ley antitabaco lo único que hace es dar contenido a una característica imprecisa y sujeta a múltiples interpretaciones.

13. Cabe precisar que, la vocal Silvia Lorena Hooker Ortega tiene un voto dirimente al de la sala, ya que el propio Ministerio reconoció que la Ley antitabaco no contempló la prohibición de fumar en espacios de acceso al público que cuenten con un techo y tengan más de una pared. Sin embargo, consideró que era necesario llenar dicho vacío a través del reglamento; por lo que, considera que la facultad de reglamentar que tiene el ministerio debe ser leída únicamente como una potestad de complementar dicho concepto con otras especificaciones, siempre y cuando, no cambien el sentido de lo establecido por ley, cosa que el ministerio no cumple. Respecto al Convenio Marco y la directriz sobre la protección contra la exposición al humo del tabaco, en desarrollo del artículo 8 del Convenio Marco para el Control del Tabaco, indica que el concepto de lugar público cerrado contenido en dicho dispositivo es únicamente una recomendación, lo que conlleva a que no tiene carácter vinculante en el ordenamiento jurídico internacional. Por lo expuesto, su voto es que se confirme la Resolución 0121- 2012/CEB-INDECOPI del 17 de mayo de 2012 que declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar en todos los interiores de los espacios públicos cerrados, entendidos como cualquier lugar cubierto por un techo y que tenga más de una pared, contenida en el Reglamento de la Ley antitabaco y recogida por la Municipalidad en la Ordenanza.

IV. PROBLEMAS JURÍDICOS

A la luz de los hechos suscitados en el presente caso y a los argumentos dados, podemos mencionar dos problemas relevantes:

1. ¿La Municipalidad de Miraflores tiene competencias normativas para regular la definición de lo que constituye “espacios públicos cerrados”? En ese sentido, vamos a determinar las competencias específicas de los municipios distritales respecto a los temas de salud.
2. Este problema jurídico no se encuentra dentro del análisis echo por la Comisión y la Sala, quienes han preferido evadir la responsabilidad. Por ello, buscamos determinar los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria que la Ley antitabaco le ha dado a la administración pública; es decir, al Ministerio de Salud.



V. Capítulo I: Determinar las competencias específicas de los municipios distritales respecto a los temas de salud.

5.1 Barreras Burocráticas y su Aplicación en el ámbito Municipal

El presente caso versa sobre la denuncia realizada por United Disco S.A. y Gothic Entertainment S.A. contra la Municipalidad, ante la Comisión por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal consistente en la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados, definidos en el tercer párrafo del artículo 2 y en el literal c) del artículo 3 de la Ordenanza¹.

Para iniciar este capítulo, debemos tener en claro qué significa barreras burocráticas, qué es la Comisión y cuál es la finalidad de esta. Es así que, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas², una barrera burocrática es toda aquella exigencia, requisito, limitación, prohibición o cobro que impone una entidad de la administración pública a través de (i) actos, (ii) disposiciones administrativas o (iii) de su actuación material, con la finalidad de condicionar o restringir el accesos o permanencia al mercado.

Ahora bien, según señala Guimaray y Romero:

La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas es un órgano que se encuentra dentro de Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), que está encargado de aplicar las leyes que regulan el control posterior y la eliminación de las barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que condicionen, restrinjan u obstaculicen el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o puedan afectar

¹ ORDENANZA 349-MM- RÉGIMEN DE PREVENCIÓN Y CONTROL DEL CONSUMO DE TABACO Y LA EXPOSICIÓN AL HUMO DE TABACO EN EL DISTRITO DE MIRAFLORES (publicada en el diario oficial "El Peruano" el 20 de mayo de 2011)

Artículo segundo. - De las definiciones (...) - Espacios públicos cerrados: Todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente. (...)

Artículo tercero. - De las prohibiciones destinadas a la protección contra la exposición al humo de tabaco. Se encuentra prohibido fumar y mantener encendidos productos de tabaco: (...)

c) En todos los interiores de los espacios públicos cerrados, entendidos como cualquier lugar cubierto por un techo y que tenga más de una pared, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente, según definición.

²**Artículo 3**

3. Barrera burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa.

a los administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa (2017. p.7).

Del párrafo anterior se puede inferir que la Comisión tiene la facultad de poder realizar un control de legalidad, por mandato directo de la Ley a los actos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales que pueda realizar las entidades de la administración pública, con la finalidad de eliminar las barreras burocráticas que sean ilegales o carezcan de razonabilidad, para que las restricciones a las libertades económicas que imponen las entidades de la administración no vulneren el derecho a la libre iniciativa privada y libertad de empresa, las cuales están consagradas en el artículo 59 de la Constitución.³ Como se observa la Comisión cumple un importante rol como entidad que controla de manera posterior a las disposiciones que emiten las entidades públicas.

En ese mismo contexto, diversas municipalidades han emitido normas que regulan distintos aspectos y que muchas veces han ido en contra de lo establecido en una Ley, porque alegan que, en atención a la autonomía municipal, que la Constitución les ha encomendado, pueden normar todo aquello que esté relacionado al interés general. Por eso, estas entidades han considerado que la Comisión no es el órgano indicado para realizar un control a las disposiciones que estas emiten, ya que sus normas al ser consideradas como rango de ley solo puede ser cuestionadas por el Poder Judicial. Incluso, indican que el control que ejerce la Comisión no es de legalidad, sino un control de constitucionalidad, lo cual es incorrecto, conforme detallaremos más adelante.

Antes de abarcar la legalidad del accionar de la Comisión, primero debemos desarrollar qué significa autonomía municipal, ya que en el artículo 194 de la propia Constitución, nos señala que los gobiernos locales tienen autonomía política, administrativa y económica⁴.

Así mismo, el artículo 8 de la Ley N° 27783, Ley de Bases de Descentralización (en adelante LBD)⁵, se ha definido a la autonomía municipal como la capacidad que tienen los tres niveles de gobierno de normar, regular y administrar los asuntos de su competencia.

³ **Artículo 59°.** - 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.

⁴ **Artículo 194°.** - Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. (...)

⁵ **Artículo 8.- Las autonomías de gobierno**

“La autonomía es el derecho y la capacidad efectiva del gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. Se sustenta en afianzar en las poblaciones e instituciones la responsabilidad y el derecho de promover y gestionar el desarrollo de sus

Como bien señala Santi Romano, (como se citó en Carro,1998), “(...) con la palabra autonomía estamos aludiendo a la potestad del ente de darse un ordenamiento jurídico, entero y propio, que se inserta en el Ordenamiento Jurídico originario o estatal” (p. 62)

Además, en esa misma línea, la Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial N° 113, señala lo siguiente:

... la autonomía es la capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad en los ámbitos políticos (normativos), administrativos y económicos. Sin embargo, en el marco de un Estado constitucional y democrático, cuyo Gobierno es unitario y descentralizado, dicha capacidad debe ser ejercida a partir del diseño previsto por la Constitución y las normas generales (2008, p. 32).

A nivel jurisprudencial, nuestro Tribunal Constitucional, con la Sentencia recaída en el Expediente N° 0027-2007-AI/TC (fundamento 6 y 8), confirma que la autonomía municipal tiene la capacidad de auto-desarrollo en lo administrativo, político y económico de las municipalidades, sean estas provinciales o distritales, pues permite a los gobiernos locales desenvolverse con libertad en dichos ámbitos; sin embargo, esta debe desarrollarse de conformidad con la estructura general de la que se forma parte, y que está representada no sólo por el Estado, sino por el ordenamiento jurídico que rige a éste.

En consecuencia, las leyes, la doctrina y la jurisprudencia reconocen la garantía constitucional de la autonomía de los distintos niveles de gobierno, en específico de los gobiernos locales; siempre y cuando, se ejerza dentro de sus competencias; por ello, no debería considerarse a la autonomía como ilimitada, pues debe respetar la normativa nacional y los planes nacionales que se tiene como Estado; puesto que iría en contra del principio unitario y descentralizado del Estado y sería una autarquía.

A partir de esa premisa, debemos analizar si la Comisión realiza un control de legalidad o un control de constitucional a las disposiciones emitidas por las municipalidades, tal y como señalan estas últimas. Al respecto, el numeral 1 del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1256⁶, dispone que

circunscripciones, en el marco de la unidad de la nación. La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas.”

⁶ **Artículo 8.- De la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas.**

8.1 Cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte o de oficio, la Comisión o la Sala, declare la ilegalidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas, dispone su inaplicación con efectos generales.

cuando la Comisión o la Sala, en segunda instancia, declara la ilegalidad de una barrera burocrática ilegal que está dentro de una disposición, tienen la facultad de inaplicarla con efectos generales; ya que beneficia a todos los administrados que se encuentren en la misma situación.

Ahora bien, la Exposición de motivos del proyecto del Decreto Legislativo, realizado por el Congreso de la República, mencionado en el párrafo anterior señala lo siguiente:

La Comisión (...) no tiene la facultad de disponer la derogación, o exclusión de dicha disposición del sistema jurídico. La potestad de derogar normas jurídicas (control concentrado) se encuentra reservada al Tribunal Constitucional que es competente, conforme al numeral 4 del artículo 200 de la Constitución Política, respecto de la acción de inconstitucionalidad la cual procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. (...) Por su parte, tampoco se puede afirmar que se trate de un control difuso de constitucionalidad, en la medida que este se encuentra reservado al Poder Judicial (2016, p. 12).

En esa línea de ideas, es importante conocer qué tipo de control ejerce la Comisión; por ello, el numeral 1 del artículo 1 del Título Preliminar del Texto Único la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General⁷ (en adelante TUO de la LPAG), dispone que la administración pública debe preferir la norma superior respecto de la norma de menor jerarquía; en este caso, la actuación de la Comisión se encuentra sustentada por el principio de legalidad, puesto que se le ha dado la potestad de verificar, ex - post, si una disposición administrativa emitida por una entidad de la administración pública, en un caso concreto, se ha alejado de lo planteado por una Ley.

Así también, la validez del poder que la Comisión tiene para ejercer control a las Municipalidades, ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2009-AI/TC55 (fundamento 10, 28). En esta sentencia, el Tribunal desestimó la demanda

⁷ **Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. **Principio de legalidad.** - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

de inconstitucionalidad realizada por la Municipalidad Metropolitana de Lima, en la que se alegó una presunta vulneración a la autonomía municipal reconocida en la Constitución; sin embargo, el Tribunal mencionado la declaró infundada.

El Tribunal Constitucional argumentó su posición, aduciendo que la autonomía municipal no puede afectar la unidad de mercado, pues afectaría a nuestro sistema; en otras palabras, a la economía social de mercado. Asimismo, señaló que el concepto de la autonomía municipal plasmado en la Constitución, el cual ha sido interpretado erróneamente por algunas municipalidades, no puede ser confundido con autarquía, pues al ser interpretado de esa manera, se estaría desvinculando de las políticas nacionales y leyes promulgadas; por lo que, no se cumpliría con el principio unitario que está establecido en nuestra Constitución. Otro argumento dado por el Tribunal versa sobre las ordenanzas municipales, precisando que por más que tenga rango de ley, no tiene la misma fuerza de Ley que las leyes promulgadas por el poder legislativo; en consecuencia, estas no pueden desconocer o modificar las leyes que regulan las materias sobre las cuales el gobierno central posee competencias. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional concluyó que la competencia de la Comisión se encuentra plenamente facultada para resolver antinomias generadas por el exceso de normas municipales o regionales de carácter general, pudiéndose declarar su ilegalidad en preferencia de las normas de alcance nacional.

Por lo expuesto, consideramos que el INDECOPI, específicamente la Comisión, al ser una entidad de la administración pública, tiene la potestad de realizar un control de legalidad ex – post a todas las disposiciones administrativas que las demás entidades de la administración pueden emitir, esto incluye a todos los gobiernos regionales y locales, quienes emiten sus respectivas disposiciones a través de Ordenanzas, lo cual no contraviene con la autonomía municipal ejercida por estas entidades administrativas, ello conforme lo establecido por el Tribunal Constitucional. En ese sentido, en el presente caso, al ser la Municipalidad un gobierno local que ha emitido la Ordenanza, se encuentra dentro de las entidades que deben pasar por un control de legalidad y la Comisión debe corroborar si esta Ordenanza cumple con lo establecido en las leyes superiores; es decir, si cumple con el principio de legalidad y/o razonabilidad.

5.2 Competencias en materia de salud de los Gobiernos Locales

Luego de haber analizado el por qué la Comisión tiene la potestad de realizar un control de legalidad ex – post a las disposiciones administrativas emitidas por los gobiernos regionales y locales, ahora nos toca desarrollar las competencias que tienen estos últimos, específicamente las municipalidades distritales, respecto a la materia de salud. Pero antes de ello, debemos desarrollar los niveles de gobierno que existen en nuestro país, con la finalidad de establecer qué competencia tiene cada uno de ellos, lo cual nos llevaría a concluir cuáles son las competencias en materia de salud que tienen las municipalidades distritales.

5.2.1 Niveles de Gobierno

Es así que, el artículo 189 de la Constitución Política del Perú⁸, establece que el territorio peruano está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, los cuales se organizan en gobierno nacional, regional (regiones y departamentos) y local (provincias, distritos y centros poblados).

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este tema en la sentencia recaída en el Expediente N° 00034-2009- PI/TC (fundamento 10), en donde el Ministerio de Justicia solicita se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N.º 029-GPH, del 28 de octubre de 2003, donde se dispone el cambio de denominación de Municipalidad Provincial de Huaraz a la de Gobierno Provincial de Huaraz. Por lo que, el Tribunal Constitucional se pronunció aclarando que existen tres niveles de gobierno en el Estado unitario y descentralizando, indicando que no acepta por ningún motivo crear otro tipo de nivel de gobierno.

Dicho esto, debemos centrarnos en los gobiernos locales, quienes se encuentran dentro del tercer nivel de gobierno, los cuales están comprendidos por los municipios provinciales, distritales y cuentan con autonomía política, económica y administrativa, según lo establecido en el artículo 134 de la Constitución.⁹ Pero, ¿qué son las municipalidades?, pues conforme el Artículo I del Título

⁸ **Art. 189.-**

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

⁹ **Artículo 194°.** - Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. (...)

Preliminar de la Ley N°27972, Ley Orgánica de Municipalidades ¹⁰, estas son entidades con personería jurídica de derecho público que tienen autonomía, con la que institucionalizan y gestionan sus recursos en favor de sus intereses; además, tienen tres elementos como el territorio, población y organización.

A nivel doctrinario, Mállap (2013, p.40), considera que los municipios son entes que sirven de base a la organización territorial del Estado; asimismo, son canales inmediatos de participación vecinal, siempre cercanas a su población y sus problemas; por ello, son entidades de encuentro entre la sociedad civil y la sociedad política. Así también, van a ser las entidades que institucionalizan y gestionan de manera autónoma. Finalmente, menciona que fueron creadas con la finalidad de promover el desarrollo local.

En conclusión, podemos decir que el Estado peruano se divide en tres niveles de gobierno, uno superior al otro, donde los gobiernos locales se encuentran en el tercer nivel, los cuales deben respetar lo establecido por la Constitución Política, el Tribunal Constitucional y las leyes. Asimismo, las municipalidades son entidades con personería jurídica de derecho público que tiene como elementos al territorio, población y organización, con la finalidad de beneficiar a la sociedad o a la localidad a través de la autonomía que le ha brindado la descentralización, pero sin perder la visión de un Estado unitario y descentralizado.

5. 2.2 Competencias de los Gobiernos Locales

Luego de haber realizado esta reflexión, debemos centrarnos en las competencias que tienen las municipalidades. Para esto debemos primero partir por el concepto de qué es una competencia en el ámbito jurídico.

Para ello, debemos mencionar que el numeral 1 del artículo 70 del TUO de la LPAG¹¹, nos indica que la competencia tiene su fuente en la Constitución y en la ley. En relación a la ello, según Zas Friz (1999), la competencia es “...un título jurídico habilitante formado por funciones y poderes

¹⁰ Título Preliminar

“Artículo I.- Gobiernos locales:

Los gobiernos locales son entidades, básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades; siendo elementos esenciales del gobierno local, el territorio, la población y la organización (...)”

¹¹ Artículo 70.- Fuente de competencia administrativa

70.1. La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.

jurídicos que permiten el ejercicio, en determinadas materias, de las potestades normativas o ejecutivas reconocidas a las entidades territoriales” (p. 483).

Asimismo, Salazar (2007) sostiene que la competencia administrativa es la cuota de función administrativa asignada a un organismo, órgano o persona-órgano de la Administración Pública (p. 203).

Por eso, en el artículo 13 de la LBD¹² se establece las distintas competencias que existen y que serán ejercidas por los distintos niveles de gobierno. Una de ellas es la exclusiva, donde el ejercicio de las actividades lo realiza exclusivamente un nivel de gobierno; es decir, tiene todas las potestades sobre una determinada materia y será el único que podrá ejercer; por su parte, las competencias compartidas son aquellas en donde intervienen dos o más niveles de gobierno, donde la ley indicará la función específica que corresponde a cada nivel; por ejemplo, uno tendrá que dar las normas básicas y la otra entidad ejecutarla. Finalmente, las competencias delegables son aquellas en donde un nivel de gobierno delega a otro, de distinto nivel, de conformidad con lo establecido en las normas vigentes. Cabe resaltar que, en este tipo de competencia, el que delega debe abstenerse de tomar decisiones sobre las funciones delegadas.

Referente a las competencias que existe en nuestra legislación, Jiménez (2014, p. 203 y 204) da como ejemplo de las exclusivas lo regulado en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, donde este tiene la potestad exclusiva de la aprobación diseño y supervisión de las políticas nacionales y sectoriales; mientras que, de las competencias delegadas debe ser acompañada de recursos financieros, técnicos, entre otros. En relación de las competencias compartidas, señala lo siguiente:

... son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. En este tipo de competencias se debe respetar el criterio de concurrencia, el cual establece que el ejercicio de las competencias compartidas a cada nivel de gobierno debe actuar de manera oportuna y eficiente, **cumpliendo a cabalidad las acciones que le corresponden y**

¹² **Artículo 13.- Tipos de competencias**

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

13.2. **Competencias compartidas:** Son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. (...)

13.3. **Competencias delegables:** Son aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada. (...)

respetando el campo de atribuciones propio de los demás. También aplicarán como criterios las externalidades, nacional, regional y local, que trascienden el ámbito específico donde se ubica el ejercicio de determinada competencia o función, y la necesidad de propiciar y aprovechar economía de escala (2014, p. 203). (el subrayado es nuestro)

Incluso, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0020-2005-PI/TC (fundamento 111, 128 y 133)., en donde el demandante es el Presidente de la República, quien solicita se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N° 031-2005-GRC/CRC, promulgada por el Presidente del Gobierno Regional de Cusco y las Ordenanzas Regionales N° 015-2004-CR-GRH y 027-2005-ECR-GRH, emitidas por la Presidenta del Gobierno Regional de Huánuco, en donde se reconoce a la hoja de coca como Patrimonio Cultural y, en base a ello, autorizan una serie de actividades, como la lucha contra el tráfico ilícito de drogas. En ese sentido, el Tribunal Constitucional señaló que la entidad encargada de reconocer cualquier bien como Patrimonio de la Nación es el Congreso; por ello, lo regulado en las Ordenanzas Regionales citadas son inconstitucionales y le solicita se incluya a la hoja de coca dentro de la Ley N° 28477, Ley que declara a los cultivos, crianzas nativas y especies silvestres usufructuadas Patrimonio Natural de la Nación. Asimismo, este Tribunal menciona que el diseño de las políticas nacionales y sectoriales del Gobierno Nacional han sido una competencia del gobierno nacional y no de los gobiernos regionales, de modo que estos últimos no tienen competencia para reconocer "zonas legales" de cultivo para enfrentar la lucha contra el tráfico ilícito de drogas.

En consecuencia, de lo regulado en la ley, la doctrina y la jurisprudencia, la competencia es la distribución de funciones entre los tres niveles de gobierno, los cuales deben ser cumplidas en atención al régimen unitario y a la descentralización del Estado. Lo que quiere decir, es que las Ordenanzas, ya sean regionales o municipales, deben de ser emitidas de conformidad con las competencias que se le haya delegado la Constitución o la Ley; en otras palabras, tienen autonomía dentro de su jurisdicción, pero siempre yendo acorde al plan nacional que tiene el Estado y sin ir más allá de lo que se le permite realizar.

5.2.2.1 Competencias en materia de salud de gobiernos locales

Dicho esto, podemos ya centrarnos en las competencias que tienen los gobiernos locales en materia de salud. Pero antes de empezar este análisis, debemos saber qué es derecho a la salud para así determinar qué competencia tiene este nivel de gobierno.

En primer lugar, el derecho a la salud se encuentra estipulado en el artículo 7 de la Constitución Política¹³, donde se señala que toda persona tiene derecho a la salud, sino también el acceso a condiciones mínimas de salubridad a fin de vivir una vida digna.

En ese sentido, León (2014) sostiene que “el derecho a la salud no es solo un derecho a un mínimo que permita evadir situaciones de inhumanidad, sino un derecho a las mejores condiciones posibles que permitan a las personas ejercer su autonomía de modo pleno” (p. 397).

De lo mencionado, podemos sostener que el derecho a la salud es un derecho fundamental que no solo es preservar la propia vida, sino maximizar su protección para que la persona pueda vivir de manera plena.

Por ello, el artículo 43 de la LBD¹⁴, establece que la salud pública es una materia que es compartida entre los tres niveles de gobierno; asimismo, el numeral 1 del artículo 44¹⁵, del mismo marco normativo, se señala que la distribución de las competencias compartidas entre las municipalidades está regulado en la LOM.

Pero, ¿qué significa salud pública?, según Rodríguez (2018, p. 27), es la acción colectiva que realiza Estado y la sociedad, donde se encaminan estrategias o políticas para proteger y mejorar la salud de las personas de manera sostenida e integrada.

¹³ **Artículo 7.- Derecho a la salud. Protección al discapacitado.**

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

¹⁴ **Artículo 43.- Competencias compartidas**

a) Educación. Participación en la gestión educativa conforme lo determine la ley de la materia.

b) **Salud pública.**

c) Cultura, turismo, recreación y deportes.

d) Preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas locales, la defensa y protección del ambiente. (...)

¹⁵ **Artículo 44.- Distribución de competencias municipales**

44.1. Las competencias municipales señaladas en los artículos precedentes, se distribuyen en la Ley Orgánica de Municipalidades, según la jurisdicción provincial o distrital, precisando los niveles y funciones en cuanto a normatividad, regulación, administración, ejecución, promoción, supervisión y control.

En consecuencia, podemos advertir que la salud pública es un conjunto de políticas públicas que realiza el Estado en sus diferentes niveles de gobierno, con la finalidad de garantizar la promoción y desarrollo sostenible del derecho a la salud de las personas en sus distintas formas.

Ahora bien, antes de señalar qué nos norma la LOM, consideramos necesario saber qué nos menciona la Ley General de Salud, ya que en atención al artículo 122¹⁶, la Autoridad de Salud se organiza y se ejerce a nivel central, desconcentrado y descentralizado, en atención a lo establecido en las leyes orgánicas y especiales en sector salud.

Es así que, los artículos 125 y 126¹⁷ de la Ley General de Salud advierten que, si bien hay una organización y distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno, esto no significa que puedan tener facultades normativas; incluso, señala que no podrán dictar normas que sean leyes o que tengan un rango equivalente, con la excepción de que una ley especial así lo considere.

A partir de ello, el artículo 80¹⁸ de la LOM establece competencias de las municipalidades respecto a la materia saneamiento, salubridad y salud, las cuales están divididas en competencias exclusivas y compartidas de las municipalidades provinciales. Referente al primer numeral, donde se ve la exclusividad de las provinciales, se subdivide en dos numerales, en donde nos señalan que las

¹⁶ **Artículo 122.-** La Autoridad de Salud se organiza y se ejerce a nivel central, desconcentrado y descentralizado. La Autoridad de Salud la ejercen los órganos del Poder Ejecutivo y los órganos descentralizados de gobierno, de conformidad con las atribuciones que les confieren sus respectivas leyes de organización y funciones, leyes orgánicas o leyes especiales en el campo de la salud.

¹⁷ **Artículo 125.-** El ejercicio descentralizado de competencias de control en materias de salud, no supone, en ningún caso, el ejercicio de competencia normativa, salvo estipulación en contrario de la propia ley. La delegación de competencias de control en materia de salud, no supone, en ningún caso, la delegación de facultades normativas.

Artículo 126.- No se podrá dictar normas que reglamentan leyes o que tengan jerarquía equivalente, que incidan en materia de salud, sin el refrendo de la Autoridad de Salud de nivel nacional.

¹⁸ **Artículo 80.- Saneamiento, Salubridad y Salud**

Las municipalidades, en materia de saneamiento, salubridad y salud, ejercen las siguientes funciones:

(...)

2. Funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales:

(...)

2.5. Gestionar la atención primaria de la salud, así como construir y equipar postas médicas, botiquines y puestos de salud en los centros poblados que los necesiten, en coordinación con las municipalidades distritales, centros poblados y los organismos regionales y nacionales pertinentes.

2.6. Realizar campañas de medicina preventiva, primeros auxilios, educación sanitaria y profilaxis local.

3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:

3.1. Proveer del servicio de limpieza pública determinando las áreas de acumulación de desechos, rellenos sanitarios y el aprovechamiento industrial de desperdicios.

3.2. Regular y controlar el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, piscinas, playas y otros lugares públicos locales. Instalar y mantener servicios higiénicos y baños de uso público.

3.4. Fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.

3.5. Expedir carnés de sanidad.

4. Funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales:

(...)

4.4. Gestionar la atención primaria de salud, así como construir y equipar postas médicas, botiquines y puestos de salud en los centros poblados que los necesiten, en coordinación con las municipalidades provinciales, los centros poblados y los organismos regionales y nacionales pertinentes.

4.5. Realizar campañas locales sobre medicina preventiva, primeros auxilios, educación sanitaria y profilaxis.”

provinciales tienen la potestad de regular y controlar el proceso de disposición final de desechos sólidos y la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente. Como se observa, en ninguno de estos numerales, las municipalidades provinciales tienen competencia respecto a la materia de salud, sino ambientales, propiamente dichos.

Por su parte, el segundo numeral, donde se regula las competencias compartidas, el inciso 5 nos menciona que las provinciales tienen la competencia de gestionar la atención primaria de la salud, así como construir y equipar postas médicas, botiquines y puestos de salud; precisando que tendrá que coordinar con las municipalidades distritales, centros poblados y organismos nacionales. Por lo que, aquí también se observa que no existe una potestad normativa respecto a estas materias, solo tiene la potestad de gestionar.

Ahora bien, las competencias exclusivas y compartidas de las municipalidades distritales se encuentran en los numerales 3) y 4) del artículo precitado. De acuerdo al inciso 2 del numeral 3), podemos decir que es competencia exclusiva de las municipalidades proveer el servicio de limpieza pública, regular, controlar el aseo, higiene y salubridad en los lugares con acceso al público, como también instalar y mantener servicios higiénicos de uso público; mientras que, el inciso 4 del mismo numeral, permite fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente, y entregar carnés de sanidad. Por otro lado, el numeral 4), indica que las funciones compartidas de las municipalidades distritales son: Administrar y reglamentar el servicio de agua potable, proveer los servicios de saneamiento rural, difundir programas de saneamiento ambiental, gestionar la atención primaria de salud; así como, construir y equipar postas médicas, entre otros. Todo lo ya mencionado, deberá ser coordinado con los centros poblados, municipalidades regionales y acorde a los planes de las entidades nacionales. Como se colige, en se observa que los municipios distritales tengan la potestad para poder normar en temas relacionados a salud, mucho menos al control de humo derivado del tabaco.

De lo ya mencionado, podemos concluir que el Ministerio de Salud es la entidad administrativa que vela por las políticas públicas nacionales en materia de salud; por lo que, los gobiernos locales no tienen competencia para emitir Ordenanzas que regulen materia de salud, con la excepción de que una norma especial lo señale. Asimismo, el artículo 80 de la LOM no otorga competencia exclusiva a las municipalidades distritales en materia de salud; por lo que, solo podrá realizar

acciones que el Ministerio de Salud considere necesario, pues ello se ve reflejado en los incisos 2 y 4 del numeral 3) del precitado artículo, ya que en el primero se regula temas de salubridad y en el segundo se fiscaliza temas relacionados a emisiones de humos derivado de industrias. Por lo expuesto, no cabe la posibilidad de que los gobiernos locales pueden tener potestad normativa en temas relacionados a salud.

5.3 Análisis el Caso Concreto

Ahora, en la presentación del presente informe jurídico, se planteó que las medidas impuestas por la Municipalidad, podrían ser cuestionadas por constituir barreras burocráticas ilegales; por lo tanto, analizaremos los motivos por los que esta Municipalidad, a través del tercer párrafo del artículo segundo y en el literal c) del artículo 3, contenidos en el Capítulo I y Capítulo II de la Ordenanza, sí habrían emitido una barrera burocrática ilegal.

En primer lugar, a través del numeral 1 del artículo 3¹⁹ de la Ley antitabaco, modificado por el artículo segundo de la Ley N° 29517, se establece que se prohíbe fumar en los espacios públicos cerrados, entre otros lugares públicos; por ello, el numeral 2²⁰ del mismo artículo conceptualiza el significado de los espacios públicos cerrados como todo lugar de trabajo o de acceso al público que **se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes.**

Asimismo, el artículo 18²¹ de la Ley antitabaco, indica que las Municipalidades **solo tienen competencias en temas de inspección**; es decir, no puede ejercer competencias normativas.

¹⁹ **Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco**

3.1 Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco.

²⁰ 3.2 Se entiende por interiores o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.

²¹ **Artículo 18.- De la vigilancia y cumplimiento de la Ley**

Las municipalidades, el Ministerio de Salud, el INDECOPI y la Comisión Nacional Permanente de Lucha Anti tabáquica, **en el ámbito de sus competencias realizarán las inspecciones necesarias** que aseguren el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley.

En atención a lo mencionado por la Ley antitabaco, la Municipalidad, en el artículo segundo²² de la Ordenanza, publicada el 16 de mayo del 2011, dispone que se establezcan ciertas definiciones, una de ellas es la de espacios públicos cerrados que lo entiende como **todo aquel lugar público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared**. Así también, en el literal c) del artículo 3 de las misma Ordenanza, se prohíbe fumar y mantener encendido productos de tabaco en espacios públicos cerrados, entendidos como cualquier lugar cubierto por un techo y que tenga más de una pared.

Como se puede observar, mientras que en la Ley antitabaco se define al espacio público cerrado como todo aquel lugar con techo y **cerrado** entre paredes, la Ordenanza establece que se entiende como un lugar que se encuentre cubierto por un techo y tenga más de una pared. Esto quiere decir que, para la municipalidad, los bares y terrazas serían un lugar público cerrado; porque cuentan con un techo y más de una pared. Entonces, al ser ello así, esta Ordenanza estaría siendo más restrictiva que la propia Ley antitabaco, permitiendo que ejerza una competencia normativa.

Como bien se ha dicho, según la Ley General de Salud, los gobiernos locales no pueden ejercer competencias normativas, pues esas facultades solo las tiene el gobierno central, con la excepción de que una ley especial le otorgue. Sin embargo, la Ley antitabaco, al ser una ley especial, no otorga competencias normativas a los gobiernos locales, sino solo fiscalizadoras. Por otro lado, en atención a la LOM, las municipalidades distritales no tienen competencia exclusiva en materia de salud; mientras que, si hablamos de competencias compartidas en materia de salud, estas deben estar establecidas en una ley para saber la responsabilidad y función específica de cada gobierno local. Sin embargo, ello no se visualiza dentro del caso en concreto.

Un caso parecido es la Resolución N° 0155-2013/SDC-INDECOPI, donde se CONFIRMA la Resolución 122-2012/CEB-INDECOPI, del 17 de mayo de 2012, que declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de fumar en edificaciones donde se presten servicios de atención al público

²² Ordenanza 349-MM

Artículo segundo. - De las definiciones

(...)

- Espacios públicos cerrados: **Todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared**, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente.

(...)

establecida en el artículo 2 literal c) de la Ordenanza 286-MSI y en los códigos de infracción 4.01 y 4.02 de la Ordenanza 310-MSI. Esta Ordenanza fue emitida por la Municipalidad de San Isidro, donde se establecía que estaba prohibido fumar en todas las edificaciones donde se presten servicios de atención al público, sean de propiedad pública o privada. Sin embargo, tal y como señaló la Sala, según dicha norma, estaría prohibido fumar en la azotea o en el balcón de un local por el solo hecho de encontrarse ubicada en una edificación de atención al público. Entonces, también nos encontramos en un caso donde la municipalidad toma atribuciones que no le han sido conferida por la Ley.

En ese sentido, como ya se ha expuesto, la autonomía que tienen las municipalidades no es ilimitada, sino que su accionar siempre debe ir acorde a los planes nacionales del Estado y respetando el principio unitario; por ello, sus normas no pueden ir más allá de lo que la Constitución o las Leyes nacionales le permiten realizar. En consecuencia, en nuestro caso, la Comisión, a través de la Resolución N° 121-2012/CEB-INDECOPI, declaró como barrera burocrática ilegal en los artículos ya mencionados, pues las municipalidades no tienen competencia para normar temas relacionados en salud, como es el caso de lo tratado en la Ley antitabaco.

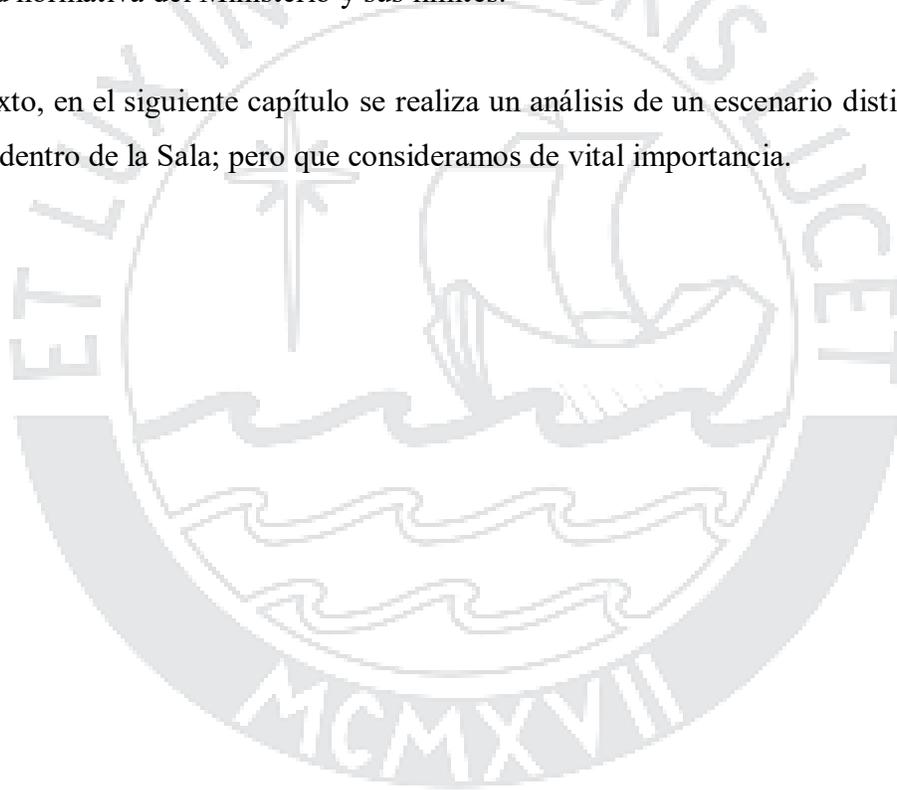
Pese a ello, la Sala, a través de la Resolución N° 019-2013/SDC-INDECOPI, consideró que lo emitido por la Municipalidad no es una barrera burocrática ilegal, pues no estaría emitiendo una nueva norma, sino solo plasmando lo señalado en el reglamento de la Ley antitabaco; por ello, no se pronuncia respecto al tema de la competencia. Al respecto, opino que si bien, la Municipalidad ha podido ejercer competencias que no le han otorgado, en efecto, esta plasmó de manera idéntica lo que señala el Reglamento. Sin embargo, sostengo que más allá de si plasmó o no lo mencionado por el Ministerio, debió haber hecho un análisis y no solo dar un argumento en donde se evade el estudio de este tema.

Por otro lado, la Sala también señala que la facultad de reglamentar que tiene el Ministerio sobre “espacios públicos cerrados” no restringe más de lo que le permite la Ley antitabaco; ya que considera que el Estado debe cumplir con el Convenio Marco para el Control del Tabaco y sus directrices. Sin embargo, considero que la Sala deja un vacío dentro de su análisis, porque no se enfoca en la potestad normativa del Ministerio ni los límites de esta, lo cual sí debió haber

observado. Esto último es relevante ya que, el Ministerio es declarado tercero administrado dentro del proceso; y, según, Morón (2019, p. 522), el tercero administrado es aquel accionante distinto del accionante que durante todo el proceso se presenta en la calidad de titular de un interés jurídico respecto del acto que será emitido, pese a que ese acto no esté dirigido a él. Sin embargo, también considera que esta calidad finaliza cuando este no intervenga dentro del proceso.

En atención a lo mencionado, vemos que el Ministerio fue incorporado como tercero administrado, pero esta calidad termina cuando la entidad interpone recurso de apelación en contra de la Resolución emitida por la Comisión; por lo tanto, la Sala debió pronunciarse respecto a la finalidad de la potestad normativa del Ministerio y sus límites.

En ese contexto, en el siguiente capítulo se realiza un análisis de un escenario distinto, el cual no fue debatido dentro de la Sala; pero que consideramos de vital importancia.



6. Capítulo II: Determinar la finalidad y límites del ejercicio de la potestad reglamentaria del Ministerio de Salud respecto al concepto de espacio público cerrado, recogido en la Ley N° 28705

6.1 Potestad Reglamentaria de la Administración Pública

Luego de haber reconocido las competencias que tienen los gobiernos locales, debemos abarcar el tema de la potestad reglamentaria que tiene la administración pública y la finalidad de los reglamentos, con el objetivo que analizar el concepto de “espacio público cerrado”, establecido en el artículo 3 de la Ley antitabaco, el cual consideramos es desnaturalizado por el Reglamento de la Ley antitabaco.

Respecto a la potestad reglamentaria, Morón (2003, p. 86) señala que es la atribución que tiene la Administración para emitir declaraciones unilaterales con efectos normativos generales, directos e impersonales. Mientras que Danós (2009, p. 175) nos indica que esta potestad solo la pueden ejercer aquellas autoridades u organismos a quienes el ordenamiento jurídico les haya dado dicha atribución.

Mientras que, a nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Acumulado N° 0001/0003-2003-AI/TC (Fundamento 15)., señala que:

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.(el subrayado es nuestro)

De lo ya mencionado, podemos advertir que la potestad reglamentaria es una atribución que se le da a la Administración, quien, a través de los reglamentos, tiene a capacidad de desarrollar la Ley, sin ir en contra de las leyes y la Constitución Política; porque, de ser el caso, se estaría desnaturalizando la finalidad de la Ley. Asimismo, como ya se mencionó, no todas las autoridades u organismos de la Administración tienen dicha potestad, solo la tendrán aquellas que el ordenamiento jurídico lo reconozca de forma expresa.

Esto último se ve reflejado en la Constitución Política, ya que el numeral 8 del artículo 118²³ de la Constitución Política solo reconoce de marea expresa esta potestad al Presidente de la República; por lo que, para que la Administración pueda tener esta potestad, debe estar expresamente otorgada por alguna ley o dispositivos con el mismo rango.

Entonces, de lo observado, en el presente caso, al ser el Ministerio una entidad del Poder Ejecutivo, la potestad normativa que pueda tener, debe estar expresada en una ley y no debe desnaturalizar esta. Ello se ve reflejado en el artículo 13²⁴ de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (en adelante “LOPE”), donde se dispone que los reglamentos deben sujetarse a principios de competencia, transparencia y jerarquía; es decir, no pueden transgredir ni desnaturalizar las leyes.

Además, es importante precisar que, para el ejercicio de la potestad reglamentaria, el Tribunal Constitucional (2003, fundamento 15), en la sentencia recaída en el Expediente ya mencionado líneas arriba, establece los siguientes criterios:

Criterios para el ejercicio de la potestad reglamentaria:

- El proyecto de reglamento debe ser elaborado por la entidad competente.
- Debe ir acompañado de una exposición de motivos, así como los informes, estudios y consultas realizados.
- Debe ajustarse a los principios de competencia, transparencia y jerarquía.
- **No puede transgredir ni desnaturalizar la ley** (2003, fundamento 15). (el subrayado es nuestro)

²³ **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.

(...)

²⁴ **Artículo 13.- Potestad reglamentaria**

La potestad reglamentaria del Presidente de la República se sujeta a las siguientes normas:

1. El proyecto de norma reglamentaria es elaborado por la entidad competente. Se tramita acompañado de la exposición de motivos, los informes, estudios y consultas realizados.

2. Los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía. No pueden transgredir ni desnaturalizar la ley. Se aprueban, dentro del plazo establecido, mediante decreto supremo, salvo disposición expresa con rango de ley.

3. Los proyectos de reglamento se publican en el portal electrónico respectivo y por no menos de cinco (5) días calendario, para recibir aportes de la ciudadanía, cuando así lo requiera la Ley.”

Por lo ya expuesto, podemos concluir que la potestad reglamentaria para que pueda cumplir con la finalidad, la cual fue establecida por Ley, debe cumplir con los criterios mencionados, debe regirse bajo los principios de competencia, transparencia y jerarquía; ergo, no debe desnaturalizar ni transgredir la Ley.

6. 1.1 El Reglamento

Ahora bien, luego de haber aterrizado el significado de la potestad reglamentaria, veamos cómo es que a través del Reglamento se materializa esta atribución y su finalidad. Para ello, debemos iniciar mencionando que estos son normas jurídicas que se encuentran subordinados a la ley, considerados también como fuente del procedimiento administrativo, según el numeral 2.5²⁵ del artículo V del TUO de la LPAG.

Del mismo modo, Morón (2014, p. 82) sostiene que los reglamentos son normas jurídicas que emanan de los organismos que forman parte de la Administración Pública, la cual actúa en ejercicio de la función normativa que las leyes le encomendaron. Por eso, el profesor Danós (2009, p. 170-171) considera que los reglamentos constituyen fuentes de derecho de jerarquía subordinada a las leyes o normas del mismo rango. Asimismo, considera que, para ejercer esta potestad, debe estar señalado de manera expresa, ya sea por la Constitución o las leyes especiales.

Agregando a este concepto dado, Morón nos precisa que:

Hay **dos valores importantes** para apreciar la corrección constitucional de un reglamento: **su valor subordinado a la ley y que debe ser ejercido sobre materias no reservadas a ley**, esto es “reglamentables” ...

... Por la primera característica, las normas reglamentarias están sujetas a la primacía de la ley por la supra ordenación o superioridad jerárquica de esta última, **en cuya virtud el reglamento está subordinado formalmente (por la forma) y materialmente (por los temas)**; así como subordinado a los dictados de la ley (por ejemplo, si la ley remite alguna materia a la regulación por vía reglamentaria). Por

²⁵ Artículo V. Fuentes del procedimiento administrativo

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:

2.5. Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.”

la segunda característica, significa **que el Poder Ejecutivo no puede desplegar su competencia reglamentaria inicial sobre aquellos aspectos que el sistema jurídico los reserva para el legislador ordinario**, de modo, que se veda la existencia de normas reglamentarias originarias (no así complementarias) sobre aspectos que el ordenamiento atribuye su desarrollo a la ley formal... (2019, p. 157). (el subrayado es nuestro)

A partir de lo expuesto en estos párrafos, podemos colegir que el reglamento es la norma con la que la Administración Pública manifiesta la potestad reglamentaria que se le fue atribuida a través de la Constitución o por las leyes; así también, son fuente de derecho que se encuentran subordinados a la ley. Además, las competencias que se les asignó, no pueden ir más allá de aquellas que están designadas para las leyes ordinarias, las cuales son emitidas por el Congreso.

Ya habiendo conceptualizado qué es un reglamento, debemos mencionar las clases de reglamentos que tenemos en el ordenamiento jurídico. Para ello, el profesor Morón nos manifiesta lo siguiente:

Según la materia que le es confiada al organismo que lo apruebe; así tenemos:

- **Reglamentos nacionales aprobados por el Poder Ejecutivo: los ministerios**, los órganos desconcentrados (direcciones nacionales o generales) y los organismos públicos descentralizados (como, por ejemplo, los organismos reguladores).
- Reglamentos provenientes de organismos autónomos, como pueden ser los emitidos por la Superintendencia de Banca y Seguros, Banco Central de Reserva y Contraloría General de la República.
- Reglamentos emitidos por los gobiernos municipales (decreto de alcaldía) y por gobiernos regionales (2019, p. 158). (el subrayado es nuestro)

Como observamos, aquí las clases de reglamentos se diferencian por quienes emiten dicha norma; es decir, por cada nivel de gobierno existe un tipo de reglamento, como los nacionales, regionales y locales y agregando a estos los que derivan de los organismos autónomos; por lo que, en nuestro caso, al ser un reglamento del Ministerio, vendría a ser un reglamento nacional aprobado por el Poder Ejecutivo.

Respecto de estos tipos de reglamentos, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2006, p. 227) sostienen que la ley regula principios básicos para que, a través de los reglamentos, se precise el casuismo que puede exigir la situación.

Incluso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el Expediente Acumulado N° 001/003-2003-AI/TC (fundamento 15), ha señalado de los reglamentos ejecutivos, lo siguiente:

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... (el subrayado es nuestro)

Finalmente, respecto a la relación que existe entre la ley y el reglamento, Muñoz (2015, p. 107) considera que el reglamento es aquella norma que va a complementar o detallar las disposiciones que establece la ley, sin que desnaturalice o transgreda la ley.

De lo expuesto, llegamos a la conclusión que los reglamentos, específicamente los ejecutivos, son aquellos que van a complementar o delimitar lo que una ley establece; siempre y cuando, no la desnaturalice. Asimismo, en el presente caso, al ser el reglamento de la realizado por el Ministerio, no puede ir más allá de lo establecido en la ley.

6.2 Límites de la Potestad Reglamentaria de la Administración Pública

Luego de haber hecho un análisis de la potestad reglamentaria y el reglamento, es necesario analizar los límites de esta, las cuales son: límites formales, sustantivos o materiales y temporales. Dentro de los límites formales encontramos la jerarquía, competencia, procedimiento de elaboración de los reglamentos y la publicidad de estos.

Respecto a los límites formales, en específico de la jerarquía, el artículo 51²⁶ de la Constitución Política establece que existe una jerarquía en el ordenamiento jurídico. Asimismo, Danós (2009, p. 200) sostiene que los reglamentos constituyen fuentes normativas de carácter subordinado a las leyes; es decir, son inferiores a la norma con rango de ley.

Respecto de la competencia, que ya hemos señalado anteriormente, una entidad puede ejercer esta potestad solo si reciben habilitación de la Constitución Política o de las leyes. Como ya se mencionó, la única autoridad de la administración autorizada expresamente en la Constitución Política es el Presidente de la República.

Como ejemplo de lo mencionado líneas arriba, podemos señalar nuestro caso, en donde el Ministerio solo podrá emitir el reglamento en atención a las competencias que quedaron establecidas en la Ley antitabaco; es decir, en temas relacionados al consumo de tabaco. Así también, debe quedar en claro que, dentro del límite formal, la jerarquía nos señala que este reglamento está subordinado a la ley.

Incluso, no solo la doctrina considera estos límites como relevantes, sino también los Textos Constitucionales establece los casos en donde la reserva de ley no permite que los reglamentos puedan recoger diversas materias ni que se amplíen de tal manera que desnaturalice la ley. Como bien señala Rebollo (1991, p. 112), la Constitución Española impide ejercer la potestad de dictar reglamentos sobre aquellos temas o materias donde la Administración no tiene ninguna función, pues estas fueron atribuidas a otros organismos.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional Europeo – TCE, en la Sentencia N° 99/1987 (FJ3. a)), establece que los límites a la potestad estudiada es la siguiente:

... La potestad **reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa**, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional. (el subrayado es nuestro)

²⁶Artículo 51.- **Supremacía de la Constitución**

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

De todo el análisis realizado, podemos advertir que el reglamento tiene como propósito desarrollar la materia establecida en una ley, lo cual no quiere decir que pueda desarrollar cualquier tema que considere necesario o beneficioso para el interés general; por lo que, las autoridades u organismos que estén facultados a hacer ejercicio de la potestad normativa deben cumplir con la finalidad que tiene la ley, pero a la vez, deben respetar lo que esta señala. Entonces, los reglamentos no pueden muchos más restrictivos que la propia ley, pues podría perjudicar a la misma sociedad

A modo de evidenciar el análisis de los límites de la potestad reglamentaria en la administración pública, podemos ver en los siguientes casos que existe aún un debate jurídico por determinar los límites, incluso dentro del mismo INDECOPI.

El primer caso emblemático es el de “harinas fortificadas”. La ley N° 28314, Ley que dispone la fortificación de harinas con micronutrientes, exigía la fortificación con diversos micronutrientes, a la harina de trigo como tal para el producto primario y no a los productos derivados importados que usen harina de trigo como insumo para su elaboración, básicamente al producto final. Sin embargo, con los Reglamentos aprobados mediante Decretos Supremos N° 008-2005-SA y N° 012-2006-SA, se había normado no solo la exigencia de fortificar con nutrientes la harina de trigo usado como producto primario, sino también a aquellos productos importados derivados de harina de trigo. En ese sentido, Supermercados Peruanos S.A. realiza una denuncia contra el Ministerio de Salud ante el INDECOPI por haber emitido una barrera comercial no arancelaria por contravenir una disposición expresa del ordenamiento jurídico; es decir la Ley de fortificación. En dicho proceso, a través de la Resolución N° 191-2016/CDB-INDECOPI, se declara improcedente la denuncia interpuesta contra la exigencia de fortificar con micronutrientes los productos importados derivados de harina de trigo (2016, p. 28).

En esa misma línea, la Sala Especializada confirmó la Resolución mencionada, ya que al igual que la Comisión, considera que, pese a los argumentos de la denunciante, a través del reglamento se podía complementar aquello que la Ley de fortificación debió decir, en otras palabras, los reglamentos tienen la potestad de normar aquello que la ley quiso decir o debió señalar.

A diferencia de este caso, tenemos el de la Ley N° 30021, Ley de promoción de la Alimentación Saludable para niños, niñas y adolescentes (en adelante, Ley de Alimentación Saludable) y el Manual de Advertencias Publicitarias, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2018-SA.

En este caso, en el artículo 10° de la Ley de Alimentación Saludable, se impone a los fabricantes, importadores, proveedores y anunciantes de alimentos y/o bebidas no alcohólicas procesados, con contenido de grasas trans y que superen determinados parámetros técnicos a los nutrientes críticos regulados (azúcar, sodio, grasas saturadas), la obligación de colocar en la publicidad determinadas frases de advertencia; por ejemplo, "Alto en", "Evitar su consumo excesivo", y que estas tenían que ser claras, legibles, destacadas y comprensibles para los consumidores. Pese a que la ley estaba ya definida, e incluso establecía claramente lo que el Ministerio de Salud debía de normar con el reglamento, en los numerales a), b), c) y d) del artículo 15° del Reglamento de la Ley de Alimentación Saludable, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2017-SA, se señala restricciones adicionales a las previstas en la Ley de Alimentación Saludable, incluso pretende regular temas de publicidad; por ejemplo, dónde debía estar ubicada las frases de advertencia, la medida de estas frases, entre otros.

Para el análisis de este caso, se tuvo en cuenta que mediante el Oficio N° 007-2016-PCM/GA, de fecha 8 de febrero de 2016, el Presidente de la Comisión Multisectorial creada para la elaboración del proyecto de Reglamento de la Ley de Alimentación Saludable, solicitó la opinión jurídica de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante MINJUS) para que esta emita su opinión respecto a si la Ley de Alimentación Saludable permite que la administración pública pueda regular temas más relacionados a publicidad de los que señala la Ley de Alimentación Saludable; por ejemplo, tamaño, iconografía, color, entre otros. Por eso, a través del Informe Legal N° 030-2016-JUS/DGDOJ, de fecha 25 de febrero de 2016, el MINJUS llegó a la conclusión que lo consultado no era posible; puesto que, al realizar dicha acción, a través del reglamento, el Ministerio de Salud se estaría excediendo en sus facultades. Por ello, el MINJUS sostuvo que las empresas podían tomar las medidas necesarias que creían convenientes para poder cumplir con lo señalado en la ley.

En ese sentido, a través de la Resolución N°072-2020/CEB-INDECOPI (fundamento 85), se declara barrera burocrática ilegal los puntos mencionados anteriormente, pues la Comisión advierte lo siguiente:

...se advierte que no regulan algún aspecto relacionado con el rotulado de las advertencias publicitarias, sino que están dirigidas a establecer exigencias para la publicidad que contiene advertencias publicitarias, lo cual, como ha sido señalado, no se encuentra dentro del marco de las competencias del Ministerio.

Como se observa, en el precitado caso, se considera que el límite que tiene el Ministerio son las exigencias en temas publicitarios; en otras palabras, el Ministerio no debió normar temas de esta materia, ya que no se le fue atribuido en la Ley de Alimentación Saludable; por lo que, estaría yendo más allá de lo previsto en la misma norma y transgrediendo a esta, lo cual no vendría a ser legal.

Por otro lado, a nivel latinoamericano, tenemos como referencia la legislación chilena, donde sí se le habilita a la Administración Pública a determinar las especificaciones de la publicidad de esos alimentos. Por ejemplo, con la Ley N° 20606, Ley sobre Composición Nutricional de alimentos y su publicidad, se dispuso lo siguiente:

Artículo 5°. - El Ministerio de Salud determinará los alimentos que, por unidad de peso o volumen, o por porción de consumo, presenten en su composición nutricional elevados contenidos de calorías, grasas, azúcares, **sal u otros ingredientes que el reglamento determine**. Este tipo de alimentos se deberá rotular como "alto en calorías", "alto en sal" o con otra denominación equivalente, según sea el caso.

La información indicada precedentemente, **incluyendo sus contenidos, forma, tamaño, mensajes, señalética o dibujos, proporciones y demás características, se determinará por el Ministerio de Salud en el Reglamento Sanitario de Alimentos.** (el subrayado es nuestro)

Como se advierte, en la legislación chilena sí existe una voluntad del legislador que el reglamento sea la norma jurídica en la que se establezcan las restricciones y las exigencias concretas.

En atención a los citados ejemplos, en el Perú no hay un consenso respecto de los límites que tiene la administración pública referente a lo que la ley le permite normar a esta; por lo tanto, se advierte que va a depender de cada caso en concreto si se desnaturaliza lo normado por la Ley.

6.3 Análisis del caso concreto

Habiendo ya profundizado en los aspectos más relevantes de la potestad reglamentaria, nos toca abordar el caso en concreto.

Como bien se ha dicho a nivel doctrinario y jurisprudencial, el Poder Ejecutivo, del cual es parte el Ministerio, se le reconoce potestades reglamentarias solo de manera expresa; es decir, a través de la Constitución Política o una ley. En atención a ello, en el art la potestad que se le otorgó al Ministerio para poder emitir el reglamento de la Ley antitabaco, a través del Decreto Supremo 015-2008-SA, se encuentra amparado por la misma Constitución y la Ley antitabaco. Pese a ello, consideramos que este reglamento ha transgredido y desnaturalizado lo establecido en la Ley antitabaco.

Lo dicho, se ve reflejado en la definición dada por el reglamento de la Ley antitabaco, pues es más restrictiva que la propia ley, de la siguiente manera:

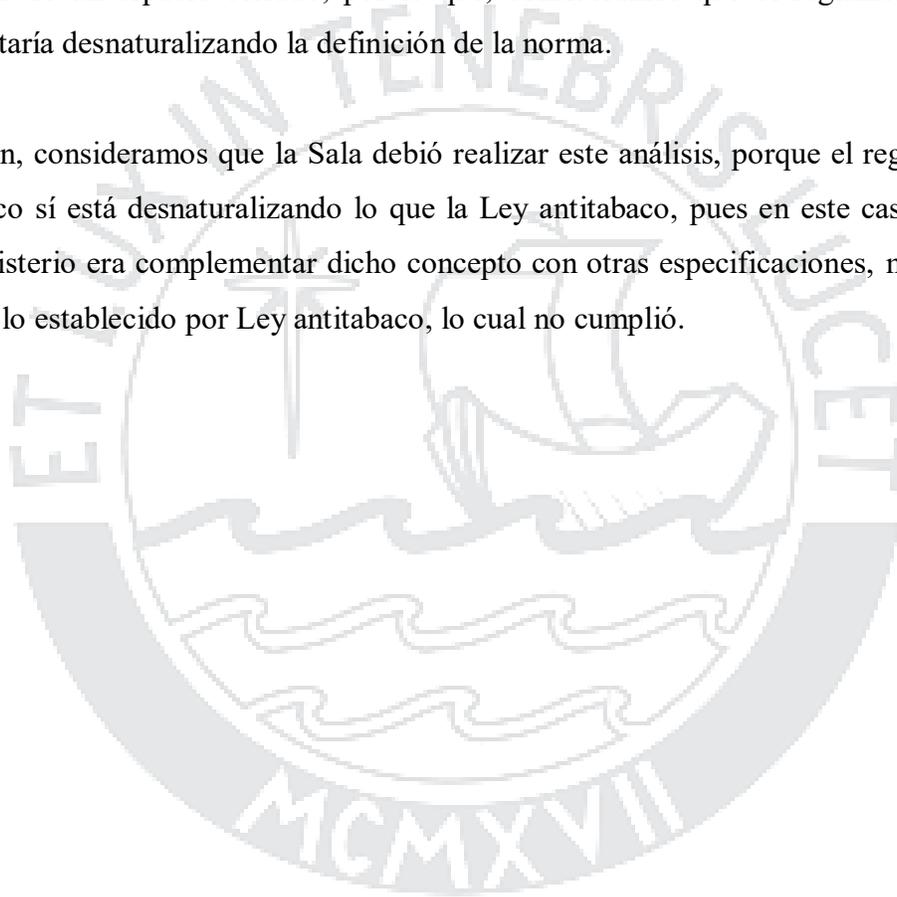
LEY ANTITABACO	REGLAMENTO DE LEY ANTITABACO
Espacio Público Cerrado: Todo lugar de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes.	Espacio Público Cerrado: Todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared.

A simple vista, se puede advertir que el Reglamento de la Ley antitabaco contraviene lo previsto en la propia Ley antitabaco; ya que, mientras que el primero considera que un espacio público cerrado es aquel que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared, para la Ley

antitabaco, un espacio público cerrado está constituido por un techo y que se encuentre cerrado entre paredes.

Ello, nos conlleva a reconocer que el reglamento de la Ley antitabaco es mucho más restrictivo que la propia Ley; es decir, esta incluiría dentro de la restricción a aquellos espacios como las terrazas, balcones, entre otros como espacios públicos cerrados. Así también, es importante recalcar que la definición que brinda la Ley antitabaco no es imprecisa, ya que menciona claramente las características de un espacio cerrado; por lo que, consideramos que el reglamento de la Ley antitabaco estaría desnaturalizando la definición de la norma.

En conclusión, consideramos que la Sala debió realizar este análisis, porque el reglamento de la Ley antitabaco sí está desnaturalizando lo que la Ley antitabaco, pues en este caso lo que se le pedía al Ministerio era complementar dicho concepto con otras especificaciones, mas no cambiar el sentido de lo establecido por Ley antitabaco, lo cual no cumplió.



7. Conclusiones

En atención a lo expuesto en los capítulos anteriores, podemos colegir lo siguiente:

1. Las municipalidades, pese a tener autonomía política, económica y administrativa, respecto a las Ordenanzas que emiten, pueden tener un control de legalidad por parte de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, porque su autonomía no implica que puedan emitir normas que no vayan acorde al plan nacional, solo por considerar que es en beneficio del interés general.
2. De acuerdo a la Ley Base de Descentralización, la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley antitabaco, la cual es una ley especial, los gobiernos locales, en específico las municipalidades distritales, no tienen competencias para normar en temas relacionados al humo derivado del tabaco. Esto se debe a que las leyes mencionadas no les da dicha facultad y también, porque la Ley General de Salud señala que la única entidad administrativa que puede normar sobre todos los temas de salud es el Ministerio de Salud.
3. Los reglamentos ejecutivos tienen como propósito complementar lo establecido en la Ley especial, siempre y cuando esta última le dé dichas potestades a la Administración Pública. Asimismo, éstas al cumplir la función encomendada, no pueden ir más allá de lo establecido en la norma, ya que ello generaría la trasgresión y desnaturalización de la propia Ley.
4. Referente al concepto de “espacio público cerrado” que se encuentra dentro del Reglamento de la Ley antitabaco, podemos señalar que es mucho más restrictivo que la propia Ley, ya que considera suficiente con que tenga un techo y cuente con más de una pared. Lo cual conlleva a señalar que una terraza es un espacio público cerrado, lo cual no es correcto.
5. Finalmente, como se analizó en el capítulo segundo, los límites de la potestad reglamentaria se tendrán que estudiar caso por caso, ya que no existe un consenso para señalar cuándo la Administración pública está sobrepasando sus facultades. Ello lo hemos visto en el caso de la Ley de harina fortificada y en el caso de la Ley de alimentación saludable.

8. Recomendaciones

1. Luego del desarrollo y análisis realizado, considero que las Municipalidades deberían de tener mayor capacitación en diversos temas jurídicos, como el aspecto de la autonomía, las competencias que se les otorga y los límites que estas tienen; puesto, que en la mayoría de oportunidades son las entidades que más denuncias ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas tiene.
2. Respecto a la potestad reglamentaria de la Administración Pública, considero que no se puede estar haciendo un análisis caso por caso; por ello, se debe buscar una uniformidad para que así se evite este tipo de casos y se permita que el ciudadano pueda ejercer sus derechos.
3. Respecto a Comisión y la Sala, opino que no pueden estar dejando vacíos dentro de las Resoluciones que emiten, pues ello no brinda a la ciudadanía seguridad jurídica.



BIBLIOGRAFÍA

- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. (1998) El Debate sobre la Autonomía Municipal.
Revista de Administración Pública, N° 147, pp. 59-95.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2016). Exposición de motivos del proyecto del Decreto Legislativo N° 1256.
<http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2016/Diciembre/08/EXP-DL-1256.pdf>
- DANÓS ORDOÑEZ, J. (2009). El Régimen de los Reglamentos en el Ordenamiento Jurídico Peruano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 169-230.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2564/15.pdf>
- DEFENSORIA DEL PUEBLO (2008) ¿Uso o abuso de la autonomía municipal? El desafío del desarrollo local.
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4A8106894089547505257DD3005FA5D3/\\$FILE/1_pdfsam_informe_133.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4A8106894089547505257DD3005FA5D3/$FILE/1_pdfsam_informe_133.pdf)
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo*, Temis, Palestra, Lima.
- GUIMARAY MORALES, A., ROMERO SERRANO, Y (2017). Manual sobre Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas Vol. 1
- JIMÉNEZ ALEMÁN, J (2014) Análisis de la distribución de competencias en materia de jerarquización y gestión de infraestructura vial: caso de Lima Metropolitana. *Círculo de Derecho Administrativo*, 14, pp. 199-237.
- LEÓN FLORIÁN, F. (2014) Derecho a la Salud en la Jurisprudencia del Tribunal Peruano. *Pensamiento Constitucional*; Vol. 19 Núm. 19 (2014); 389-420

MÁLLAP, J. (2013). Comentarios al Régimen Normativo Municipal. Comentarios, artículo por artículo, a la Ley Orgánica de Municipalidades y a la Ley de Bases de Descentralización. Edit. Gaceta Jurídica, Lima.

MORÓN URBINA, J. C. (2003). El vicio de la derogación singular de las normas reglamentarias. *IUS ET VERITAS*, 13(26), 86-98.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16237/16653>

MORON URBINA, J. (2014). Control Jurídico de los Reglamentos de la Administración Pública. Gaceta Jurídica, pp.79-137.

MORÓN, Juan Carlos. “Comentarios a la ley del Procedimiento Administrativo General”, tomo I, Edit. Gaceta Jurídica, Lima 2019.

MUÑOZ, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, tomo VII, El Reglamento” Boletín Oficial del Estado- BOE, Madrid, 2015, pág. 107

REBOLLO, Manuel “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 125, España, 1991, p. 112

RODRÍGUEZ, María (2018) Tesis titulada “Funciones en el campo de la salud pública de la Municipalidad Provincial de Arequipa, 2016” Arequipa, pág. 27.

SALAZAR, R. (2007) “Proyecciones para la Función Administrativa y la Función Pública”, *Círculo de Derecho Administrativo*, Núm. 03 (2007), p. 203

ZAS FRIZ BURGA, J. (1999). La autonomía política y sus elementos. Una introducción conceptual para el estudio de los gobiernos subnacionales. *Derecho PUCP*, (52), 467-495.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6412/6468>

Legislación

- Legislación - Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco.
- Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades
- Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización
- Ley N° 26842, Ley General de Salud
- Ley N° 30021, Ley de promoción de la Alimentación Saludable para niños, niñas y adolescentes
- Ley N° 28314, Ley que dispone la fortificación de harinas con micronutrientes 43
- Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo
Ordenanza N° 349-MM, que aprueba el Régimen de prevención y control del consumo de tabaco y exposición al humo de tabaco en el distrito de Miraflores.
- Decreto Supremo N° 012-2006-SA, que aprueba el Reglamento de la Ley de Fortificación
- Decreto Supremo N° 017-2017-SA, que aprueba el Reglamento de la Ley de Alimentación Saludable.
- Ley N° 20606, Ley sobre Composición Nutricional de alimentos y su publicidad- Chile

Sentencias y Resoluciones

- Sentencia recaída en el Expediente N° 0027-2007-AI/TC
- Sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2009-AI/TC55
- Sentencia recaída en el Expediente N° 00034-2009- PI/TC
- Sentencia recaída en el Expediente N° 0020-2005-PI/TC
- Sentencia recaída en el Expediente Acumulado N° 0001/0003-2003-AI/TC
- Resolución N° 0155-2013/SDC-INDECOPI, emitido por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia
- Resolución N° 072-2020/CEB-INDECOPI, emitido por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.