

# La importancia de la cláusula de prevalencia en el Estado unitario y descentralizado

(El caso del ordenamiento constitucional peruano)

Por

Emilio Tafur Charun

“Hoy día, probablemente, sería factible alcanzar el virtuosismo explicando todo un curso de Derecho constitucional sin hacer mención alguna del principio de jerarquía.”

**LUIS MARÍA DIEZ-PICAZO**

**SUMARIO:** 1) *Exordio*; 2) *Planteamiento del problema*; 3) *Acerba crítica*; 4) *La cláusula de prevalencia en el Derecho comparado. El caso especial del Derecho español*; 5) *La ratio de la activación de la cláusula de prevalencia en el Derecho comparado y de modo provisional, en el Derecho nacional (interés general superior e intereses respectivos)*; 5.1) *La rectoría del Gobierno nacional sobre los entes territoriales (cuestión previa)*; 5.2) *Justificación*; 6) *La cláusula de prevalencia en el Derecho nacional (una aproximación)*; 6.1) *La cláusula de residualidad*; 7) *Cláusula de prevalencia y control difuso*; 8) *A modo de conclusión*.

## **1) Exordio**

Una de las novedades de mayor importancia aportada por la Carta de 1993 (notablemente, a partir de la reforma del año 2002), es el diseño que la misma lleva a cabo de una pluralidad de instituciones a las que dota de personalidad jurídica, y señaladamente de autonomía –algunas de ellas de naturaleza territorial y substrato político- con capacidad consecuentemente de generar normatividad jurídica, detentoras de competencias propias y nítidamente deslindadas de los poderes estatales clásicos. En el caso de las entidades que detentan naturaleza territorial y gozan de una prominente autonomía política, aludimos a las Regiones y a las Municipalidades.

En tal sentido y como diría Domingo García Belaunde, el modelo tríadico de Estado ha estallado en mil pedazos y tal como se ha insinuado, existe una pluralidad de instituciones territoriales (en rigor, ordenamientos jurídicos) diseñados a nivel constitucional. Cada una de estas instituciones, tiene su acervo de competencias y sistema de fuentes atribuido por la Constitución y agotado y desarrollado por el Bloque Constitucional. Ello es rigurosamente cierto. Sin embargo, no compartimos el aserto de PREDIERI en el sentido de que tales innovaciones estarían produciendo la transformación del Estado

piramidal en un archipiélago de autoridades independientes. Ya veremos por qué.

De otro lado y siguiendo a García de Enterría (1983-254) es de indicar que es bien sabido que, en toda organización de una mínima complejidad, los criterios de distribución de competencias no son homogéneos, de forma que el reparto de funciones opere por trozos netos y distintos, como las porciones de una tarta o de un queso. Por el contrario, los criterios de distribución competencial son necesariamente heterogéneos, de modo que se entrecruzan entre sí, y ésta es justamente la fuente de los conflictos de competencia, la necesidad de articular en un sistema esa heterogeneidad de funciones.

Hasta aquí la cita.

He ahí la especial importancia de la cláusula de prevalencia la misma que se activa dados los conflictos de colisión que pueden suscitarse como efecto de la tarea harto compleja que supone el reparto de competencias normativas que llevan a cabo la Constitución y el Bloque de constitucionalidad.

Finalmente, es de precisar que en el presente trabajo nos limitaremos a estudiar y a proponer de *lege ferenda*, la interrelación entre fuentes normativas procedentes del Gobierno nacional y de los entes territoriales. Esto es, se trata de competencias y funciones específicas estrechamente vinculadas a lo

que se podría denominar como “autonomía normativa”. Ello queda claro y como se verá, debido a que la Cláusula de prevalencia opera únicamente en lo que a normas positivas se refiere.

## **2) Planteamiento del problema**

Bien dice Hans Kelsen (1995: 3) que, “Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho”.

En tal sentido y lamentablemente, en nuestro Derecho no ha sido materia de mayor estudio y menos aun positivada expresamente y en su acepción jurídica rigurosa, una institución de la valía de la Cláusula de prevalencia. Esta cláusula es fundamental para la construcción, articulación y funcionamiento normativo de los Estados federales y regionales. Adelantamos que recurrir a esta cláusula puede suponer, y de hecho lo hace, la utilización de una herramienta muy útil para salvaguardar la organicidad, coherencia y compatibilidad del ordenamiento constitucional y preservar así la predictibilidad o seguridad jurídica. Para tal efecto, la cláusula de prevalencia detenta la virtualidad de

activarse para solucionar conflictos inter-ordinamentales. Esto es, en caso que se produzca una colisión entre normas provenientes de diferentes ordenamientos (nacional – territoriales). Así las cosas, la cláusula operará haciendo prevalecer a la norma nacional sobre la territorial. Como efecto de ello la norma territorial resultará siendo desplazada o inaplicada pero no derogada. Incidimos en que ambas normas son presumiblemente válidas, pues como veremos, estamos frente a una regla de colisión y no de competencia. Como justificación, esta prevalencia se inclina por la norma nacional pues el Gobierno nacional es el que concretiza el interés general superior de la nación. Finalmente, veremos si es posible que *de lege lata* nuestro ordenamiento resulte suficiente para la aplicación de tal cláusula, o si sería necesario proceder a una reforma constitucional.

### **3) Acerba crítica**

Es de indicar que en el Derecho europeo la cláusula de prevalencia ha sido objeto de acerba crítica. Así, es necesario transcribir las palabras de Kelsen, cuando siendo citado por de Otto (1981: 60), afirma que: «es una de las paradojas de la teoría del Estado federal el que se considere el principio según el cual el derecho federal rompe el de los Estados como esencial al Estado federal y que de ese modo se haya ocultado la necesidad de un Tribunal Constitucional

para ese Estado. Es fácil demostrar que nada puede ser más contrario a la idea del Estado federal que tal principio, que hace que la existencia política y jurídica de los Estados miembros dependa del capricho de la Federación, al hacer posible que por una ley ordinaria, incluso por un simple reglamento, se violen las competencias de los Estados miembros en contradicción con la constitución global».

Sin embargo, para García de Enterría (1983: 280) la regla no opera, ni en el Derecho americano ni en el germánico, en el sentido criticado por KELSEN. La cláusula de prevalencia no es, en efecto, una regla que distribuya competencias y que, en ese sentido, faculte a la Federación para autoatribuirse las que 'juzgue oportuno'. *Por el contrario, es una regla de colisión o de conflicto, que presupone que cada una de las dos normas en concurso están actuando en su propia esfera de competencia y que prima a una de ellas, a la federal (a la estatal, en nuestro caso), no porque pueda quebrantar la competencia autonómica y, por tanto, excluirla, sino porque en este concurso, en el que cada cual actúa en su ámbito legítimo, la norma primada se entiende de mayor calidad, «suprema», en la fórmula americana, que es mucho menos equívoca.* (Las cursivas son nuestras)

#### **4) La cláusula de prevalencia en el Derecho comparado. El caso especial del Derecho español.**

A continuación recurriremos al Derecho comparado, concretamente al régimen jurídico español, a efectos de que podamos formarnos un concepto más claro de la institución materia de estudio y así poder estar adecuadamente equipados para, si se quiere, realizar un prolijo y ulterior estudio de esta en lo que a su aplicación en el ordenamiento nacional respecta.

Para María José Alonso Mas (2003:344), y en lo que se refiere al régimen jurídico español, la citada cláusula (de prevalencia) no comporta la invalidez de la norma autonómica contraria a la ley estatal prevalente, por incompetencia de aquélla, sino que sólo supone el desplazamiento en la aplicación de esa norma autonómica. *Derogada la norma estatal, la norma autonómica podrá volver a aplicarse.* Es evidente que la cláusula de prevalencia es un mandato constitucional que vincula a los poderes públicos. También lo es que esa cláusula será de aplicación cuando exista un conflicto entre dos normas válidas y aplicables, además, a un concreto caso por razones espaciales y temporales. Y, asimismo, que dicha prevalencia sólo opera un efecto desplazamiento de la norma no prevalente en el caso concreto, precisamente porque su validez y su vigencia no

quedan afectadas. Para la autora citada (2003:309-310) (Decir) que, en un caso concreto, existen dos normas igualmente válidas y en principio aplicables al caso, una estatal y una territorial que son contradictorias entre sí. Y, teniendo en cuenta que el vicio de incompetencia comporta la invalidez de la norma incurra en el mismo, hay que entender, pues, que para que la citada cláusula sea aplicable será preciso que ambas normas hayan sido dictadas en virtud de títulos competenciales suficientes.

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2009:211) manifiesta que, el principio de prevalencia como regla de resolución de colisiones normativas tiene como característica esencial producir la inaplicación de la norma autonómica válida que se opone a la norma estatal válida sin afectar, sin embargo, a la validez de la norma inaplicada. Ello supone que el principio de prevalencia no sirve, como ocurre con el principio de competencia, para establecer cuál es el nivel territorial competente para adoptar una determinada regulación, sino que sirve para establecer cuál es la norma aplicable cuando los diversos niveles territoriales han ejercido válidamente sus propias competencias.

Según De Otto, no se pretende dirimir una cuestión de competencias, sino que este aspecto se deja a un lado para tratar de resolver únicamente la cuestión

suscitada por el concurso de normas en un caso concreto. De Otto (1981:62) sostiene luego que, la regla de la prevalencia obedece más bien a un principio político: la necesidad de apoyar e impulsar la superposición del ordenamiento federal sobre los ordenamientos preexistentes, venciendo de inmediato la eventual resistencia de éstos, y la de ampliar el campo de competencia de la Federación, dentro de los límites constitucionales, en aquellos supuestos en que éstos no excluyen por sí mismos a los Estados miembros. Finalmente de Otto (1981:81-82) afirma que, quien se encuentra ante el problema de la aplicación no podría resolverlo en ningún caso recurriendo al examen de la validez del derecho del Estado porque el problema no es resolver si tal derecho es o no válido, sino si debe aplicarse de modo preferente o de modo supletorio.

Tornos Mas (1991:33-34) sostiene que la prevalencia no incide sobre la validez de las normas, pues se limita a declarar la aplicación de una e inaplicación de otra. El elemento decisivo, por tanto, para determinar el valor de la regla de prevalencia es entender que sus destinatarios son los jueces ordinarios o la Administración, a los cuales, en razón del principio de seguridad jurídica, el ordenamiento ofrece una regla de conflicto para resolver qué norma se aplica al caso concreto, sin tener que pronunciarse sobre la validez de la norma que quede desplazada. Por idéntica razón, pero en sentido contrario, la regla de prevalencia no se dirige al juez constitucional, que

sí debe determinar qué norma es conforme con la Constitución, si bien para ello utilizará únicamente como parámetro el bloque de constitucionalidad, dominado en nuestro sistema de distribución competencial por un sistema de concurrencia imperfecta, que exige analizar en cada caso los títulos materiales y funcionales.

Con todo, creemos que el siguiente texto de Tornos Mas (1991:37) pese a su brevedad, en gran medida refleja la esencia de la institución bajo estudio y la deslinda de modo nítido de otras:

“La regla de prevalencia sólo resuelve el problema de la norma aplicable, pero no el de la norma válida”.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA, citado por TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2009:224) en los supuestos de concurrencia de competencias materiales la aplicación de la prevalencia de la norma estatal tendría como efecto la aplicación preferente de la norma estatal con la consiguiente inaplicación de la autonómica sin que ello suponga, en su opinión, la asignación de la materia al Estado, pues en los supuestos de superposición de títulos no se resuelve el conflicto mediante la declaración de invalidez de la norma autonómica por haberse dictado sin tener competencia para ello, *pues competencia la tiene*, sino que se resuelve mediante la inaplicabilidad de la norma autonómica en virtud del principio de prevalencia. El principio de prevalencia no serviría para establecer cuál es el nivel territorial competente

para adoptar una determinada regulación, sino que sirve para establecer cuál es la norma aplicable cuando los diversos niveles territoriales han ejercido válidamente sus propias competencias, establecimiento de la norma aplicable que puede realizar cualquier juez o tribunal. En este caso, parece asumirse que la imposibilidad de determinar el nivel territorial competente por la dificultad de delimitar las materias supone la necesidad de aplicar la regla de prevalencia del derecho estatal sobre el autonómico. La regla de prevalencia se constituiría en una regla de aplicación subsidiaria para el supuesto de que mediante una delimitación de las materias no se pudiese llegar a la resolución del conflicto. (Las cursivas son nuestras)

Sobre el mismo asunto, Luis María Díez Picazo (1989: 85) sostiene que efectivamente, la cláusula de prevalencia significaría tan sólo lo que en presencia de dos normas antinómicas, una estatal y otra autonómica, y siendo ambas válidas —la cláusula de prevalencia, por definición, sólo opera en supuestos de legislación compartida y concurrente, lo que excluye la invalidez automática por incompetencia—, *el Juez o el operador jurídico debe aplicar con preferencia la norma estatal sin hacer indagaciones sobre la constitucionalidad de las normas legales más que en caso de sospecha de que su enunciado mismo incurre en extralimitación competencial.* (Las cursivas son nuestras)

Resulta por demás interesante la siguiente opinión de Ruiz López (2013:146):

“Por consiguiente, la prevalencia del Derecho estatal no pretende legitimar en abstracto una reducción del alcance y extensión de los ordenamientos autonómicos, pues a buen seguro ésa sería la vía más rápida para alcanzar un Estado territorialmente descompuesto, periclitado y caduco. La prevalencia es una regla para la resolución ad casum de un conflicto entre la norma estatal y autonómica que opera desde la perspectiva de la garantía de la unidad del ordenamiento jurídico, y que no pretende determinar quién es competente, invalidando la norma que incurra en un exceso, sino atribuir carácter prevalente a la norma estatal sin negar la validez de los respectivos ámbitos competenciales”.

Y agrega Ruiz López (2013:159) que:

“En síntesis, no es procedente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, ya que la selección de la norma aplicable en esos casos no incluye «ningún juicio de eventual [in]constitucionalidad de normas autonómicas».

Por nuestra parte diremos que aquí no resulta de aplicación el principio de jerarquía pues las normas en conflicto proceden de ordenamientos distintos y a su vez detentan, eventualmente, igual rango. El Derecho no es pues, solamente forma, es también materia. De este modo, no estaríamos entonces frente

a una norma inconstitucional. No existe juicio de constitucionalidad. La norma territorial puede suponer una ejecución impecable del supraordenamiento, pero contradecir el contenido de una norma nacional –también válida- con la que se relaciona a partir de la idea de competencia. Repetimos, no estamos frente a un juicio constitucional. Se trata, simplemente, de la activación de la aludida cláusula que supone una regla de colisión para dirimir que la norma nacional prevalece por importar la misma la detentación de un interés general superior, correspondiendo a la norma territorial el ser desplazada o inaplicada no obstante ser válida.

Así las cosas, la norma nacional prevalece por cuatro razones: a) Estamos frente a una regla de colisión y no de competencia; b) Regla de colisión en tanto y en cuanto ambas normas en conflicto (nacional y territorial) son válidas dado que el reparto de competencias llevado a cabo por la Constitución y el Bloque de constitucionalidad, no siempre puede ser perfecto; c) El Derecho nacional se concretiza a diferencia del Derecho territorial, en una supremacía que se origina en la consecución del interés general superior y la prominencia del Principio de unidad del Estado; d) Sin que esto configure la incompetencia de la norma territorial, existe la necesidad de que la materia de que se trate tenga una regulación uniforme para toda la nación por tratarse, precisamente, de aspectos o parcelas de la realidad que van más allá de

las singularidades, peculiaridades, particularidades, diversas realidades, y en suma y notablemente, de los intereses respectivos de los entes territoriales.

**5) La *ratio* de la activación de la cláusula de prevalencia en el Derecho comparado y de modo provisional, en el Derecho nacional (interés general superior e intereses respectivos)**

Cabe cuestionarse cómo se configura y a la vez se justifica esta primacía o prevalencia de la normatividad del Gobierno nacional sobre la que proviene de los entes territoriales. Según García de Enterría (1982:75), de esa función general de todas las competencias exclusivas del Estado como estructuradoras del conjunto y como factores de integración supraterritorial, capaces de articular y de sostener el sistema, deriva, justamente, el principio de prevalencia del Derecho del Estado sobre el autonómico, que formula el propio artículo 149 en su apartado 3. (Constitución de España).

El mismo autor (1982:76) agrega que una sentencia del Tribunal Constitucional (español), la de 28 de enero de 1982, especifica que las «bases» que al Estado corresponde dictar en varios de los apartados del artículo 149, 1, de la Constitución española, como competencia exclusiva, han de formular «una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda

!a nación, con lo cual se asegura, *en aras de intereses generales superiores* a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador, normativo»; en otro lugar, esta misma sentencia insiste en que «*los intereses de cada Comunidad no pueden prevalecer sobre las necesidades más generales (d)el Estado*».

Otra importante sentencia del Tribunal Constitucional Español es la de fecha 2 de febrero de 1981 que dispone:

« (La Constitución) contempla la necesidad —como una consecuencia del principio de unidad y *de la supremacía del interés general de la nación*— *de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad... en relación a las Comunidades Autónomas*». (Las cursivas son nuestras).

En el mismo tenor Jiménez Campo (1989-91) refiere que la necesidad de que sean los órganos del Estado los que inicialmente afirmen el alcance territorial de sus reglas y el espacio, con ello, que corresponde al desarrollo autonómico responde, en primer lugar, a la misma vigencia del principio democrático (...) Definir lo que sea básico es afirmar lo que *los intereses generales (nacionales)* demandan como regulación uniforme en ciertos ámbitos, y esta determinación debe ser adoptada, en un principio, por el órgano de la representación nacional o, en su caso, por aquel que es ante ella políticamente responsable. (Las cursivas son nuestras).

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2004:138) manifiesta que la razón de conferir la determinación inicial de las bases al Estado se explica por la función que las mismas desarrollan en el sistema jurídico español. Las bases, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, establecen el común denominador normativo en toda la nación; *común denominador que debe ser establecido por el nivel territorial que representa el interés general, el Estado*. Para el Tribunal Constitucional de España «lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, lo cual asegura, *en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan*». (Las cursivas son nuestras).

De otra parte, como dice Jesús Leguina Villa (1993:234):

“Los partidarios del control judicial sostienen que la ley básica estatal es una ley *superior* a la ley autonómica, tiene «más valor» normativo, y por ello, en caso de conflicto, el juez ordinario está más fuertemente vinculado a la ley básica estatal que a la ley autonómica complementaria, razón por la cual

deberá aplicar aquélla y desconocer e inaplicar esta última. En defensa de esta postura se matiza, *para evitar equívocos, que la superioridad de la ley básica estatal no es jerárquica o de rango sino sólo funcional: es superior la función que la Constitución encomienda a la ley del Estado —crear una regulación uniforme que asegure, en aras de los intereses generales, un denominador común normativo en todo el territorio nacional— que la que cumple la ley autonómica al expresar y garantizar los intereses propios de la Comunidad Autónoma.* Ello bastaría, según esta opción, para asegurar la prevalencia de la ley básica estatal en caso de conflicto con la ley autonómica complementaria, mediante la utilización de la regla del art. 149.3 de la Constitución de España. *Tal superioridad funcional permitiría al juez ordinario, con apoyo en la regla de la prevalencia, aplicar la ley básica estatal e inaplicar la ley autonómica complementaria que la contradiga*”. (Las cursivas son nuestras)

Según Alonso Mas (2003-318), si la cuestión se planteara en estrictos términos competenciales, ambas leyes se limitarían recíprocamente con la misma intensidad. Pero si la ley estatal básica se dicta en virtud del *interés general* y las Comunidades Autónomas deben respetar ese interés, hay que entender que aquélla se halla en una posición de supremacía respecto de la ley autonómica, *si bien dicha supremacía es limitada por cuanto debe*

*respetarse el ámbito legítimo de competencia autonómica.* (Las cursivas son nuestras).

Bien dice García de Enterría (1983:233), que:

«Lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales' del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación, *lo cual asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan*». (Las cursivas son nuestras).

Simplificando el asunto, García de Enterría (1983-75) señala que, “Baste ahora notar que la prevalencia de las normas es un correlato de la superioridad de la función que en la norma se actúa”.

No menos importante es lo que manifiesta Luis De la Morena y de la Morena (1983:875) aun cuando también refiriéndose al régimen jurídico español:

“En cualquier caso, la «solución constitucional» parece clara: *prevalencia de aquellos intereses cuya realización o falta de realización generaría consecuencias favorables o adversas, calificables de ciertas y graves para la comunidad territorial más amplia o para el valor político superior; y*

prevalencia religable, en último término, a la que, bajo ciertos supuestos, es inherente a las propias normas estatales sobre las autonómicas (art. 149.3 y 150.3).” (Las cursivas son nuestras).

Así pues, y en la misma línea, el autor español Peñarrubia (1999:142) precisa que la prevalencia competencial viene determinada por el interés respectivo que representen las Administraciones concurrentes. *El criterio de la gestión de los intereses respectivos es el que delimita el ámbito de autonomía de los distintos entes territoriales en los que se organiza el Estado (...)*. (Las cursivas son nuestras)

En igual sentido, De Otto (1981:91) sostiene que:

“Creemos que esa prevalencia que se da ante la colisión de una norma nacional y otra territorial, presumiblemente válidas ambas, y la prevalencia (regla de colisión) que detenta el Gobierno nacional, no tiene más justificación, en principio, *que el interés general superior que representa tal instancia y que a su vez se traduce en la primacía de sus fuentes normativas producto de la ejecución de la competencia que le corresponde ejercer al estar esta sostenida por el ya aludido interés general superior que se impone sobre el interés respectivo o peculiar de cada ente territorial*. (Las cursivas son nuestras).

Pero según Parejo, citado por de Otto (1981:91), es de la mayor importancia manifestar que *el interés nacional*, que opera allí donde las facultades del

Estado no se limitan a la normación principal o básica en el sentido usual y común de esta expresión, *sino que se extienden al establecimiento de una regulación de todo aquello que en la materia sea necesario para la satisfacción del interés general o nacional presente en la misma*». (Las cursivas son nuestras)

Lo dicho por Parejo y los otros autores citados, resulta bastante interesante, pues más allá de cualquier formalismo o positivismo, los autores inciden en el tema del “interés”. Y en tal sentido es de recordar la estrecha vinculación entre los conceptos de interés y competencia. Ahí donde existen intereses públicos existirán también competencias. Como bien dispone el artículo 7.3 de la Ley de Bases de la Descentralización (LBD), “El gobierno en sus distintos niveles se ejerce con preferencia del interés público”.

Sobre la materia relativa a la idea de “intereses”, es de la mayor importancia citar a nuestro Tribunal Constitucional cuando resuelve que:

"Los gobiernos regionales, al tener un deber de cooperación leal, o de lealtad regional, en la consecución de los fines estatales, *no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales*. Asimismo, tienen la obligación de facilitar el cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada al Gobierno Nacional así como a los gobiernos municipales. *También la de abstenerse de realizar toda medida que pueda*

*comprometer o poner en peligro el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados a tales instancias de poder estatal y vecinal.*" (STC 0006—2008- AI/TC, FJ 91) (Las cursivas son nuestras)

De igual modo, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que:

“Tal capacidad para regirse mediante normas y actos de gobiernos (de los Gobiernos Locales) se extiende a todas aquellas competencias que constitucionalmente le hayan sido atribuidas. Sin embargo, ello no quiere decir que el desarrollo y ejercicio de cada una de éstas pueda realizarse, siempre y en todos los casos, con idéntica intensidad de autonomía. *Es constitucionalmente lícito modularlas en función del tipo de interés que con su ejercicio se persigue. La Constitución garantiza a los gobiernos locales una autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de los intereses locales. Pero no podrá ser de igual magnitud respecto al ejercicio de aquellas atribuciones competenciales que los excedan, como los intereses supralocales, donde esa autonomía tiene que necesariamente graduarse en intensidad, debido a que en ocasiones de esas competencias también coparticipan otros órganos estatales*”. (STC00007-2002-AI/TC, FJ 9) (Las cursivas son nuestras).

Sobre los intereses privativos de las Municipalidades, el Tribunal ha resuelto que:

“Por ello, la autonomía que la Constitución garantiza a las Municipalidades debe ser ejercida por éstas *en función del interés de los vecinos*, toda vez que las municipalidades son reconocidas como instituciones representativas de los vecinos de una determinada localidad, y están llamadas a promover la adecuada prestación de los servicios públicos locales, fomentar el bienestar de los vecinos y el desarrollo integral y armónico de sus circunscripciones.” (STC -0010-2003 AI/TC, FJ 9) (Las cursivas son nuestras)

El mismo Alto Tribunal refiere en otra sentencia que, “Por tanto, *los intereses nacionales deben llegar a modular la eficacia de la autonomía regional*, más aún si se tiene en cuenta que ésta está sujeta a parámetros constitucionales que le dotan de validez y eficacia”. (STC 002-2005-PI, FJ 37) (Las cursivas son nuestras)

Nuestro Tribunal Constitucional también ha establecido que:

“La Constitución dispone que tanto los gobiernos regionales como los municipales tienen una autonomía política, económica y administrativa. Esta autonomía debe ser comprendida como la *“potestad de proveer a la protección de intereses propios y, por tanto, de gozar y disponer de los medios necesarios para obtener una armoniosa y coordinada satisfacción de los propios intereses”*. (STC 00014-2009-PI/TC, FJ 15). (Las cursivas son nuestras).

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

“Es así como los gobiernos regionales y locales tienen autonomía administrativa, económica y política, aunque *esta garantía institucional no puede contraponerse, en ningún caso, al principio de unidad del Estado*, porque si bien este da vida a subordinamientos que resultan necesarios para obtener la integración política de las comunidades en el Estado, *estos no deben encontrarse en contraposición con el ordenamiento general*. Mientras el gobierno nacional debe cumplir el principio de lealtad municipal y regional y por consiguiente, cooperar y colaborar con las regiones y municipalidades, estos deben observar el principio de lealtad nacional, en la medida en que no pueden afectar a través de sus actos normativos fin estatal alguno, *por lo que no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales que se derivan de la Constitución.*” (STC 0016-2012-PI/TC, FJ 12) (Las cursivas son nuestras)

Finalmente, el Tribunal ha dispuesto que:

“Así, mientras el Gobierno Nacional debe cumplir el *principio de lealtad regional* [y local] y, por consiguiente, cooperar y colaborar con los Gobiernos Regionales [y Gobiernos locales], estos deben observar el *principio de lealtad nacional*, en la medida en que no pueden afectar a través de sus actos

normativos fin estatal alguno, por lo que no pueden **dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales que se derivan de la Constitución.**” (STC 00014-2009-PI/TC, FJ 16). (Las cursivas son nuestras)

La materia relativa a la idea de “intereses” ha quedado positivada en el artículo 49.1 de la Ley de Bases de la Descentralización cuando el mismo preceptúa que:

“El gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, *dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades*”. (Las cursivas son nuestras)

Continuando en lo que respecta a normas positivas relativas a la idea de “interés”, es de citar igualmente el artículo 45 (a), *ab initio*, de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, el mismo señala que:

“Es competencia exclusiva del Gobierno Nacional definir, dirigir, normar y gestionar las políticas nacionales y sectoriales, *las cuales se formulan considerando los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales*, concordando el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República”. (Las cursivas son nuestras).

El artículo I, *ab initio*, del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades preceptúa que:

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

El artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), prescribe que, “Las entidades del Poder Ejecutivo están al servicio de las personas y de la sociedad; actúan en función de sus necesidades, *así como del interés general de la nación (...)*”. (Las cursivas son nuestras)

Podemos indicar de *lege ferenda*, que el aludido interés general superior supone y habilita la dación de manifestaciones normativas básicas y prevalentes por parte del Gobierno nacional. Estas “bases” que, reiteramos, se originan en el interés general superior, en la función que les asigna la Constitución, y en los principios de unidad del Estado y de autonomía, prevalecerán sobre las normas de desarrollo (territoriales) que corresponden a los intereses respectivos y peculiares de las Regiones y Municipalidades. En el caso de un conflicto de colisión y dado el interés general superior que las normas nacionales básicas representan, estas prevalecerán sobre las normas territoriales de

desarrollo, aun cuando estas últimas hayan sido válidamente dadas, al igual que la normas básicas, dentro de su respectivo ámbito de competencias. El reparto de competencias no siempre es perfecto. Activada la prevalencia la norma territorial no prevalente resultará desplazada o inaplicada mas no derogada. Como consecuencia “natural” también de ello, la norma no prevalente se tornará en ineficaz. Estaremos, pues, frente a un conflicto de colisión y no de competencia o de jerarquía, activándose así la cláusula de prevalencia a favor de las fuentes normativas del Gobierno nacional (Bases). Tal como se ha precisado, la cláusula de prevalencia encuentra su elemento basilar o *ratio* en el interés general superior, este último por su parte, encuentra su fundamento en los principios de unidad del Estado y de autonomía.

Sobre los Principios de unidad del Estado y de autonomía, reiteramos que ellos son el fundamento del interés superior general y en tal sentido, son de citar en primer lugar las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional y luego, la normativa constitucional y la positiva y primaria, que se refieren a dichos principios.

En lo que respecta al Principio de unidad del Estado, y según el aludido Colegiado, “(...) el Estado peruano es unitario y descentralizado (artículo 43° de la Constitución), esto es, un Estado en el cual los Gobiernos Regionales y Locales no sólo tienen

autonomía administrativa, sino también económica y, lo que es más importante, autonomía política. Por tanto, sus órganos son elegidos por sufragio directo (artículo 191° de la Constitución), y tienen la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículo 192.6 y 200.4 de la Constitución).(...) *Así pues, la garantía institucional de la autonomía regional [y local] no puede contraponerse, en ningún caso, al principio de unidad del Estado, porque si bien éste da vida a sub-ordenamientos que resultan necesarios para obtener la integración política de las comunidades locales en el Estado, estos no deben encontrarse en contraposición con el ordenamiento general.*” (Exp. 0014-2009-PI/TC, FJ. 16). (Las cursivas son nuestras)

Nuestro Tribunal Constitucional también ha establecido que:

*“En el Estado unitario y descentralizado regional, la potestad normativa está distribuida entre órganos nacionales, regionales y locales, de modo que la autonomía político-normativa de los Gobiernos Regionales conlleva la facultad de crear Derecho, y no sólo de ejecutarlo.* En razón de ello, el Estado debe concebirse como un ente *“unitario y descentralizado”*, esto es, como aquel en el que la descentralización, al alcanzar una manifestación político-normativa, fundada en el principio constitucional de la autonomía prevista en los artículos 191° y 194° de la Constitución, acepta la

coexistencia de subsistemas normativos (nacional, regional y local)”. (STC. 0010-2008-PI/TC, FJ 27 – *ab initio*). (Las cursivas son nuestras)

En lo que se refiere a la Cláusula de residualidad, el Tribunal Constitucional encuentra su basamento en el Principio de unidad. Así las cosas, el aludido Tribunal ha señalado que, “Por el contrario, en los Estados regionales, la unidad estatal continúa siendo el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado, y consecuentemente, de su sistema jurídico. En un Estado como el nuestro, el principio de unidad resulta determinante al momento de evaluar la atribución de competencias que no se encuentren claramente definidas por el bloque de constitucionalidad, de manera tal que bajo una Cláusula de residualidad, *prima facie*, la competencia corresponderá al Gobierno Nacional.” (Stc 00020-2005-pi/tc FJ 48).

De igual modo y sobre el Principio de unidad del Estado, son de citarse los siguientes preceptos recogidos en la Carta de 1993:

Según el artículo 43, *in fine*, el gobierno del Estado “(...) es *unitario*, representativo y *descentralizado*, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

El artículo 189 prescribe que, “El territorio de la República está integrado por regiones,

departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, *preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación.*”

A nivel de normas primarias es de citarse el artículo 6 de la LBD el cual prescribe que la descentralización cumplirá, a lo largo de su desarrollo, con el siguiente objetivo a nivel político: “Unidad y eficiencia del Estado, mediante la distribución ordenada de las competencias públicas, y la adecuada relación entre los distintos niveles de gobierno y la administración estatal.”

Siempre sobre el Principio de unidad, el artículo 7.1 de la LBD dispone que, “El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias, distritos y centros poblados, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el Estado y gobierno a nivel nacional, regional y local, conforme a sus competencias y autonomía propias, *preservando la unidad e integridad del Estado y la nación.*”

Asimismo, el artículo 7.2 de la misma ley de bases señala que, “*El gobierno nacional tiene jurisdicción en todo el territorio de la República;* los gobiernos regionales y los gobiernos municipales la tienen en su respectiva circunscripción territorial”.

Finalmente, es el artículo 14.1 de la LBD el que preceptúa que, “Las competencias de cada nivel de gobierno, nacional, regional y local, se rigen por la Constitución y la presente Ley Orgánica.”

(Todas las cursivas son nuestras)

De otra parte, es igualmente importante citar a Muñoz Machado (1983:1841) cuando precisa que el Principio de unidad “(...) es la fundamentación última de algunos poderes concretos que la Constitución reserva al Estado. Al ordenar un reparto de atribuciones entre el Estado y los territorios autónomos, *la Constitución reserva al Estado mismo todos aquellos que son precisos para que el sistema político pueda funcionar en clave de unidad*, para que la comunidad política no se fragmente, para que el propio Estado, en fin, pueda ser reconocido externamente como un verdadero Estado, dotado de los atributos esenciales”. (Las cursivas son nuestras)

En lo que respecta al Principio de autonomía son de citar los siguientes Fundamentos Jurídicos de la Sentencia STC 0020-2005-PI/TC, STC 0021-2005-PI/TC (Acumulados) recaídos en un proceso constitucional cuya materia fue la legalización del cultivo de la hoja de coca, constituyendo así un auténtico “leading case” en el ordenamiento jurídico nacional. Entendemos que en estos Fundamentos Jurídicos subyace y se configura el sustrato de lo que a nuestro entender supone una auténtica autonomía política y administrativa.

FJ 57. En el Estado unitario y descentralizado regional, la potestad normativa está distribuida entre órganos nacionales y regionales, además de los locales. *La autonomía político normativa* de los gobiernos regionales conlleva la facultad de crear Derecho y no sólo de ejecutarlo. Precisamente por ello, como quedó dicho, el Estado peruano no puede concebirse como un Estado "unitario descentralizado", es decir, como aquel en el que la descentralización tan sólo refleja una proyección estamentaria o administrativa de un único ordenamiento jurídico a ejecutar. Se trata, por el contrario, de un Estado "unitario y descentralizado", esto es, un Estado en el que la descentralización, al alcanzar una manifestación político-normativa, *fundada en el principio constitucional de la autonomía*, prevista en los artículos 191 y 194 de la Constitución, acepta la convivencia de sub-sistemas normativos (nacional, regional y local).

FJ 58.- La creación de gobiernos regionales con competencias normativas comporta la introducción de tantos sub-sistemas normativos como gobiernos regionales existan al interior del ordenamiento jurídico peruano. Tal derecho regional, sin embargo, tiene un ámbito de vigencia y aplicación delimitado territorialmente a la circunscripción de cada gobierno regional, además de encontrarse sometido a la Constitución y a las leyes de desarrollo

constitucional, particularmente, a la LBD y a la LOGR.

FJ 59. La articulación de las fuentes en un ordenamiento de tal naturaleza no puede efectuarse exclusivamente bajo los alcances del principio de jerarquía, pues éste no permite dar respuesta coherente al conflicto que se pudiera presentar entre normas expedidas por el Gobierno Central y los gobiernos regionales, que cuentan con el mismo rango normativo. En efecto, si las normas regionales no son jerárquicamente subordinadas a las del Gobierno Central, su articulación con éstas no puede sustentarse en el principio de jerarquía, sino conforme al principio de competencia, según el cual en el ámbito competencial regional la norma regional termina excluyendo a la norma del Gobierno Central y, en general, a la de cualquier otro ordenamiento (v.g. del gobierno local). (Las cursivas son nuestras)

Siempre sobre el Principio de autonomía, son de citarse las siguientes normas constitucionales:

Artículo 191, *ab initio*, “Los gobiernos regionales tienen *autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia*. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones”.

Artículo 194, *ab initio*, “Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen *autonomía política, económica y*

*administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley”.*

(Todas las cursivas son nuestras)

A nivel de normas primarias, esto es, normas positivas con rango o valor de ley, el artículo 8 de la LBD se refiere a la autonomía como “(...) 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.”

La LBD en su artículo 9.1 define la autonomía política, que es la que nos interesa más para efectos del presente texto, de la siguiente manera, “(...) es la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que le son inherentes.”

Dentro de la misma materia y también a nivel de normas primarias, podemos citar el artículo 10.2 de la Ley de Bases de la Descentralización, el cual configura el *quid* o clave de bóveda que justifica la

relación inter-ordinamental del ordenamiento del Gobierno nacional con la pluralidad de ordenamientos territoriales. El texto es el siguiente:

“Los Poderes Legislativo y Ejecutivo, no pueden afectar ni restringir las *competencias constitucionales exclusivas* de los gobiernos regionales y locales”. (Las cursivas son nuestras). (Las cursivas son nuestras)

También es de citar el Artículo VI del Título Preliminar de la LOPE el mismo que prescribe que: “El Poder Ejecutivo ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno”.

Asimismo, el artículo 38 de la LOM preceptúa que “(...) Ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece como competencia exclusiva de las municipalidades”.

De la lectura de estos tres artículos citados podría deducirse que en buena medida, el núcleo duro de lo que constituye en rigor la autonomía consiste en una obligación de abstención por parte del resto de organismos, vale decir, que estos deben de abstenerse de invadir y ejecutar las competencias privativas y funciones del organismo autónomo de que se trate.

En tal sentido, es de citar la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional la cual establece que, “(...) la autonomía municipal constituye, en esencia, una

garantía institucional que, por su propia naturaleza, *impide que el legislador pueda desconocerla, vaciarla de contenido o suprimirla*, protegiendo a la institución edil de los excesos que pudieran cometerse en el ejercicio de la función legislativa, y su objeto es asegurar que, en su tratamiento jurídico, sus rasgos básicos o su identidad no sean trastocados de forma tal que la conviertan en impracticable o irreconocible. En buena cuenta, *la autonomía municipal* supone la capacidad de autodesenvolvimiento en lo administrativo, político y económico de las municipalidades, sean éstas provinciales o distritales.” (FJ 7, EXP. N.º 0010-2003-AI/TC) (Las cursivas son nuestras)

Así las cosas y dentro de la idea de autonomía, es de relieves que tales intereses respectivos que movilizan la actuación de los entes territoriales y que encuentran su sustrato material en el ámbito de competencia de estos, deben necesariamente estar dirigidos a la consecución de fines siempre valiosos para la comunidad que representan. Fines valiosos en cuanto de naturaleza pública y que dan legitimidad y legalidad al *ius imperium*, privilegios y exorbitancias (publicación) que detentan tales entes en su proceder. Todo el accionar de dichos entes ha de estar circunscrito única y exclusivamente al logro de tales fines reconocidos por el ordenamiento y no a otros fines así también tengan la naturaleza de públicos. En tal sentido, dichos fines por ser, *per se*, valiosos, justificarán también que los intereses respectivos,

además de las peculiaridades, particularidades, prioridades y realidades de los entes territoriales, se cristalicen en el ámbito de competencias y funciones que el supraordenamiento les asigna y en tal sentido la ejecución del aludido ámbito (proveyendo servicios y bienes públicos, y dando normatividad) sea cautelado, acogido y reconocido por el ordenamiento. Y este reconocimiento ordinal se basa en el respeto y, por fuerza, la abstención, que ha de guardar el resto de organismos por los intereses, fines públicos y competencias del ente territorial. Y es que en todo ello anida la idea misma de lo que configura la autonomía.

En este contexto creemos conveniente citar el artículo 75 de la LOM el cual establece que, “Ninguna persona o autoridad puede ejercer las funciones específicas que son de competencia municipal exclusiva. Su ejercicio constituye usurpación de funciones. Las normas municipales en las materias establecidas en la presente ley, que estén en concordancia con las normas técnicas de carácter nacional, son de cumplimiento obligatorio por los ciudadanos y las autoridades nacionales y regionales respectivas (...).”

De igual modo es de indicar que la tendencia en un Estado democrático de derecho *es poner cada vez más al alcance de los ciudadanos el ámbito de participación en las decisiones, tanto normativas como administrativas, que los afecten. La orientación*

*de la autonomía se encamina a que dicho acercamiento con el ciudadano se torne en la regla general, y la nación como unidad política sirva de mínima intervención con el fin de organizar las políticas que sean de interés común para toda la unidad. (Pedraza Severo, 2014: 341)*

Lo dicho encontraría su correlato normativo y constitucional en el artículo 188 de la Carta de 1993, el mismo que entre otras materia, preceptúa que la descentralización es una política permanente del Estado. Asimismo, el citado artículo prescribe que, “El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales.”

*Prima facie*, y de otra parte, es de la mayor importancia reiterar que la cláusula de prevalencia también se justifica en la función que corresponde a la norma “básica”, pues es esta la que por ser aplicable a toda la nación y configurar un común denominador normativo, representa el interés general superior para el logro del bien común, y que dentro de su vertiente de materias propias integrantes de su ámbito competencial ha de trazar los lineamientos, fundamentos, orientaciones o marcos normativos de referencia, que han de ser desarrollados por las Regiones y Municipalidades a través de sus propias

fuentes normativas y dentro de su acervo de competencias, y tal acervo no es otra cosa que el reflejo de sus respectivos intereses y con ello, de sus diversas realidades. En otras palabras y parafraseando a Luis De la Morena y de la Morena, los intereses respectivos de las Regiones y Municipalidades se terminan objetivando en el marco de las competencias así atribuidas.

Retomando, es de indicar también de *prima facie* y de *lege ferenda*, que es la Constitución la que atribuye a las normas básicas la virtualidad de preceptuar una regulación normativa uniforme para la totalidad de los ciudadanos, esto es, una función constitucional que se justifica y basa en el ya mencionado interés general superior, en el Principio de unidad del Estado y en el Principio de autonomía. Dejamos solamente planteada la idea de que los artículos 192, *ab initio*, y 195, *ab initio*, de la Carta de 1993, bien podrían encomendar al Gobierno nacional la función de dar normas básicas con todo lo que ello supone. Sin embargo, se podría también elaborar sobre la idea de que las normas básicas no pudiesen en modo alguno vaciar de contenido el ámbito competencial de las Regiones y Municipalidades, pues tales bases habrían de respetar los intereses respectivos de estos entes territoriales (Principio de autonomía). De no ser así, se suscitaría un conflicto de competencia. En cambio, de darse una antinomia entre norma nacional y norma territorial, respetando ambas fuentes su respectivo ámbito de competencia aun cuando el mismo sea

producto de una distribución competencial imperfecta, estaríamos frente a un conflicto de colisión donde por las razones ya detalladas, prevalecerá la primera siendo la segunda desplazada o inaplicada. Sin embargo, de no configurarse una antinomia por defecto de la distribución de competencias, esto es, que no haya duda razonable sobre qué instancia es la titular de la competencia controvertida, y aun así la misma fuere vulnerada, se configurará un conflicto de competencia, el mismo que se resolverá por las vías que corresponda.

### **5.1) Rectoría del Gobierno Nacional sobre los entes territoriales (Cuestión previa)**

Como fundamento y justificación de la dación de “bases” y también como efecto colateral del interés general superior y los Principios de unidad del Estado y de autonomía, no se puede eludir tocar el tema de la rectoría que ejerce el Gobierno nacional sobre la actividad normativa, en este caso, de las Regiones y Municipalidades.

Existe, pues, una rectoría o supremacía (no jerarquía) del Gobierno nacional sobre los entes territoriales. Supremacía o rectoría, que como hemos visto, encontrará su *ratio* en el interés general y superior de toda la nación que el Gobierno nacional procura con

la ejecución de su ámbito competencial y como efecto de esto, la capacidad de dar normas uniformes, reiteramos, para toda la nación. Esto es, un común denominador normativo. Tal rectoría y tal supremacía, en términos positivos, también se justificarían en los artículos 118 (3) y 119 de la Constitución.

Más aun, y en ese sentido, el artículo 4.1 de la LOPE es nítido al disponer que, “Las políticas nacionales conforman la política general de gobierno”. De igual manera, los artículos 7.1 y 7.2 del Decreto Supremo 029-2018-PCM prescriben que, “La Política General de Gobierno es el conjunto de políticas priorizadas que se desarrollan a través de políticas nacionales durante un periodo de Gobierno”. “(...) está bajo la dirección del Presidente de la República y debe ser presentada por el/la Presidente/a del Consejo de Ministros al Congreso de la República, conforme lo dispuesto en la Constitución Política del Perú.”

La rectoría que detenta el Gobierno nacional está asimismo positivada a nivel de normas primarias (rango de ley), en el artículo 22.2 de la LOPE el cual dispone que: “Los ministerios diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, *asumiendo la rectoría respecto de ellas*”. Y en el mismo sentido, en el artículo 23.1 de la LOPE se prevé que son funciones generales de los

ministerios “a) Formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial bajo su competencia, *aplicables a todos los niveles de gobierno*”. El artículo 43 de la LOPE define a los “sistemas” como los conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por todas o varias entidades de los Poderes del Estado, los Organismos Constitucionales y los niveles de Gobierno. Son de dos tipos: 1. Sistemas Funcionales. 2. Sistemas Administrativos.

Igualmente y de manera más concreta, es de citar el artículo 44 de la LOPE el mismo que preceptúa que, “Los Sistemas están a cargo de un Ente Rector que se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de la presente Ley, sus leyes especiales y disposiciones complementarias.”

El artículo 46 de la LOPE precisando el citado artículo 44 y en lo que a los Sistemas Administrativos respecta, establece que, “En ejercicio de la rectoría, el Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los Sistemas Administrativos, aplicables a

todas las entidades de la Administración Pública, *independientemente de su nivel de gobierno* y con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo General (...)” El mismo artículo agrega que, el Poder Ejecutivo tiene la rectoría de los Sistemas Administrativos, con excepción del Sistema Nacional de Control. (Las cursivas son nuestras)

El artículo 78, *ab initio*, de la LOM dispone que:

“El ejercicio de las competencias y funciones específicas de las municipalidades se realiza de conformidad y con sujeción a las normas técnicas sobre la materia.”

En lo que se refiere a la relación entre entes territoriales y Sistemas, es de citarse también el artículo 10.3. de la Ley de Bases de la Descentralización, el mismo que establece que, “Las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y los sistemas administrativos del Estado, referidos a presupuesto, tesorería, contaduría, crédito público, inversión pública, contrataciones y adquisiciones, personal y control, *por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio para todos los niveles de gobierno.* (Las cursivas son nuestras)

El artículo 33 de LOGR señala que, “La administración regional se ejerce bajo un sistema

gerencial y se sustenta en la planificación estratégica, organización, dirección, ejecución, evaluación y control, *dentro del marco de las normas emitidas por los sistemas administrativos nacionales. (...) La supervisión de los actos de administración o administrativos que ejecuten los gobiernos regionales conforme a los sistemas administrativos nacionales a cargo del gobierno nacional, se regula por las disposiciones legales del sistema correspondiente.*” (Las cursivas son nuestras)

En lo que concierne a la sujeción a Leyes y disposiciones que regulan los sistemas administrativos y funcionales, nos queda claro que tales normas pueden resultar “problemáticas”. En efecto y como se ha visto, en el ordenamiento administrativo y positivo si bien es cierto existirían, de *lege lata*, normas que “legitimarían” el poder normativo del Gobierno nacional en el ejercicio de la rectoría y, sin embargo, afectarían frontalmente el ámbito de actuación de los entes territoriales y con ello, por qué no decirlo, su autonomía en cuanto principio y garantía institucional. En tal sentido, el arreglo institucional del país no ha estado preparado para manejar de manera equilibrada la tensión natural entre autonomía y control que existe en todo proceso de descentralización política, administrativa y económica. En un Estado unitario y descentralizado,

como el peruano, las regiones y municipios requieren de autonomía para proveer servicios públicos que satisfagan las demandas de los ciudadanos. Por otro lado, el Estado requiere ejercer el control para mantener la unidad de la república y el adecuado uso de los recursos públicos, así como para evitar el uso abusivo de la discrecionalidad de los funcionarios. (Contraloría General de la República- 2016:30). Asimismo y aun cuando alude a la Contraloría General de la República, es importante lo que GARCÍA COBIÁN CASTRO (2014:106) manifiesta: “El control gubernamental o control del gasto público (a cargo de la Contraloría General de la República) sobre los gobiernos regionales y locales no enerva la autonomía de la que se encuentran dotados en relación con los asuntos de su competencia en el respectivo ámbito territorial, sino que resulta una manifestación del principio de control en el Estado constitucional.” Entonces y *mutatis mutandis*, resulta de la mayor importancia invocar el artículo 46, *in fine*, de la LOPE. Este artículo dispone que la rectoría a cargo del Poder Ejecutivo, “(...) No afecta la autonomía de los Organismos Constitucionales, con arreglo a la Constitución Política del Perú y a sus respectivas Leyes Orgánicas. El Poder Ejecutivo adecúa el funcionamiento de los Sistemas Administrativos al proceso de descentralización”.

El artículo 46, *ab initio*, de la LOPE define del modo siguiente a los Sistemas Administrativos:

“Los Sistemas Administrativos tienen por finalidad regular la utilización de los recursos en las entidades de la administración pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso.”

El artículo 45° de la LOPE define a los Sistemas Funcionales como “*aquellos que tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de políticas públicas que requieren la participación de todas o varias entidades del Estado*”. Asimismo, preceptúa que el Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los Sistemas Funcionales. Las normas del Sistema establecen las atribuciones del Ente Rector del Sistema.

Entrando de lleno en lo que se refiere específicamente a políticas públicas y a nivel reglamentario, esto es, *secundum legem*, el artículo 13 del Decreto Supremo 029-2018-PCM señala que, “La rectoría de una política nacional sectorial es la potestad exclusiva de un Ministerio para priorizar la atención de problemas o necesidades públicas y *disponer medidas sectoriales nacionales, que permitan alinear la actuación de los tres niveles de gobierno y de los ciudadanos, según corresponda, a efectos de alcanzar los objetivos de la política nacional*

*sectorial adoptada, en beneficio de la ciudadanía”.*  
(Las cursivas son nuestras)

El artículo 16.1 del Decreto Supremo 029-2018-PCM, dispone que, “El ente rector de un sistema funcional es responsable de dirigir, coordinar, regular, operar, supervisar y evaluar el sistema funcional a su cargo, *a fin de asegurar el cumplimiento de determinadas políticas públicas que requieren la participación de todas o varias entidades del Estado*”. El artículo 16.3 del mismo decreto agrega que, “El ente rector de un sistema funcional ejerce sus atribuciones guardando concordancia con los objetivos de las políticas nacionales vinculadas con dicho sistema funcional”.  
(Las cursivas son nuestras)

En este contexto, queda claro que es atribución de los Sistemas Funcionales, a través de los entes rectores, supervisar el cumplimiento de las políticas públicas.

Aun cuando se refiere únicamente a los Sistemas Funcionales y con ellos a la inexistencia de una superioridad jerárquica de los entes rectores sobre los entes territoriales, resulta importante citar a Paredes Morales (2011: 117) cuando sostiene que:

“Particularmente relevante es el caso del proceso de descentralización en el marco del funcionamiento de sistemas funcionales dado que implica la interacción

con niveles de gobierno que no se encuentran subordinados jerárquicamente al Poder Ejecutivo. Todo lo contrario, la vinculación entre los entes rectores de los sistemas y las instancias descentralizadas es técnico normativa, enfatizando la necesidad de coordinación para la formulación e implementación de políticas considerando la variable territorial. Consecuentemente las normas de los sistemas funcionales no pueden ser consideradas un espacio para regresar a esquemas de jerarquización en las relaciones entre niveles de gobierno”.

Al respecto, es de señalar que esta cita debe concordarse, como veremos, con la normativa que preceptúa que las políticas nacionales y sectoriales son de cumplimiento obligatorio para los entes territoriales. Con todo y sin embargo, creemos de *lege ferenda*, que en este supuesto la idea de jerarquía resulta del todo ajena, dado el modelo de Estado unitario y descentralizado construido por la Carta de 1993.

Inciendo sobre la situación de los entes territoriales en lo que a su interrelación con los Sistemas y sus órganos rectores se refiere, creemos que es ilustrativo realizar un breve análisis del artículo VIII del Título Preliminar de la LOM a efectos de graficar cómo opera la rectoría en el régimen jurídico nacional y en este caso en lo que se refiere concretamente a las

Municipalidades. En efecto, tal artículo prescribe que:

“Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los *sistemas administrativos del Estado* que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio. *Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo.*” (Las cursivas son nuestras).

No existe la menor duda que las Municipalidades en virtud de su autonomía política, detentan la capacidad de dar normas con rango y valor de ley (ordenanzas). Tampoco se puede negar que existen leyes y reglamentos nacionales que en virtud de mandatos del Bloque de constitucionalidad afectan, reiteramos, la actuación de las Municipalidades y también el alcance de su autonomía. Es prueba de ello el citado artículo VIII del Título Preliminar de la LOM. Esto resulta aún más notable cuando estamos frente a la actuación compartida y concurrente sobre distintas vertientes de una materia por parte del Gobierno nacional y de las Municipalidades.

Asimismo, el artículo 45 (a) de la LOGR, *ab initio*, dispone que, es competencia exclusiva del Gobierno Nacional definir, dirigir, normar y gestionar las políticas nacionales y sectoriales, las cuales se formulan considerando los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales, concordando el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República. Se ejerce con criterios de orden técnico-normativo y de la forma que establece la Ley. Los Gobiernos Regionales definen, norman, dirigen y gestionan sus políticas regionales y ejercen sus funciones generales y específicas en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales

De otro lado, resulta de la mayor importancia deslindar los términos “competencia” y “función”, y en nuestro caso “función específica”. Entonces, se entiende por competencia al ámbito de actuación territorial o material de los distintos niveles de gobierno con la finalidad de cumplir su rol dentro de la cadena de producción de bienes y servicios; mientras que por funciones deberá entenderse el conjunto de facultades de gestión dentro de las cuáles cada nivel de gobierno implementará las actividades necesarias para el cumplimiento de su rol en el ámbito de sus competencias territoriales y materiales. (Congreso de la Republica- 2018: 54)

Así, y aun cuando de *lege ferenda*, reiteramos que a cada instancia corresponderá el ejercicio riguroso de competencias compartidas en cuanto distintas “funciones específicas” (roles diferenciados) y de este modo regular distintas vertientes de una materia. De suscitarse una antinomia esta se resolverá deslindando el interés respectivo del ámbito nacional y las peculiaridades y diversas realidades del ámbito local, en suma, su interés respectivo. Conforme se ha indicado y para tal efecto, el Gobierno nacional en virtud de la rectoría que ejerce, además claro está, de tener por finalidad la prosecución del interés general superior y con ello el Principio de unidad estatal, dictará las “bases” normativas. Y el “desarrollo” de tales bases corresponderá a las Municipalidades y Regiones de acuerdo a sus peculiaridades e intereses los mismos que son materializados al estar recogidos en el privativo ámbito de competencias y funciones asignados a dichos entes territoriales. La relación entre “bases” y “desarrollo” será pues, informada por los criterios de competencias compartidas y la idea de “conurrencia”. Idea de conurrencia que estudiaremos más adelante. Además, la rectoría encontraría su basamento en la función constitucional que la misma cumple y en modo alguno en la idea de jerarquía. (Artículos 118(3) y 119 de la Constitución). Sin embargo, dados los supuestos anteriormente referidos, y de actuar ambos entes dentro de su ámbito

de competencia, pues el reparto de competencias no siempre es perfecto, reiteramos que la antinomia que se configure entre norma nacional y norma territorial encontraría solución en la activación de la prevalencia de la primera y el desplazamiento o inaplicación de la segunda, esto es, la norma no prevalente. (Tafur Charun, Emilio (2019: 149-151)

Por último, y siempre aludiendo a la rectoría a la cual se encuentran sujetos los entes territoriales, es de citar el artículo 199° de la Constitución el mismo que señala que:

“Los gobiernos regionales y locales son fiscalizados por sus propios órganos de fiscalización y por los organismos que tengan tal atribución por mandato constitucional o legal, y están sujetos al control y supervisión de la Contraloría General de la República, la que organiza un sistema de control descentralizado y permanente (...)”.

## **5.2) Justificación**

Sabido es que de *lege lata*, son legión las normas positivas, primarias y reglamentos, que dotan a las políticas nacionales y sectoriales del atributo de ser de *cumplimiento obligatorio* para las Regiones y Municipalidades. En suma, la política nacional siempre regirá y primará aun cuando se trate de

regular aspectos de la realidad que conciernen exclusivamente a los intereses respectivos de la Región o Municipalidad de que se trate. Ello supone vaciar de contenido no solo la capacidad de tales entes territoriales de dar sus propias políticas conforme a sus respectivos intereses y que se materializan en su privativo ámbito de competencias y funciones, sino también y notablemente, la noción más elemental de lo que configura una auténtica autonomía política, administrativa y económica. Todo ello no obstante que el artículo 9.1. de la LBD, define la autonomía política de las Municipalidades y Regiones como “la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que le son inherentes.”

Así, pues, nos encontramos de hecho, frente a una estructura normativa asaz jerarquizada donde los entes territoriales se convierten en meros organismos ejecutores. Esto es, organismos carentes de una política propia. En suma, un Estado unitario y centralizado.

Entre las normas que agravian frontalmente la autonomía de las Regiones y Municipalidades tenemos las siguientes:

El artículo 4.1, *ab initio*, de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) que atribuye al Poder Ejecutivo la competencia exclusiva de “Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, *las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno*”.

El artículo 19.1, *ab initio*, del Decreto que aprueba el Reglamento que regula las Políticas Nacionales (Decreto Supremo 029-2018-PCM):

“Todas las entidades públicas en todos los niveles de gobierno están obligadas a cumplir las políticas nacionales.”

Por su parte, el artículo 21.1 del mismo Decreto Supremo preceptúa que: “En caso un Ministerio detecte una falta de concordancia de determinadas políticas regionales o locales con las políticas nacionales sectoriales bajo su rectoría, debe comunicarlo a la autoridad responsable del nivel de gobierno subnacional, a fin que proceda a implementar las medidas correctivas que hubiera lugar.”

En lo que respecta concretamente a las políticas nacionales, tenemos el caso de la política nacional del ambiente aprobada por Decreto Supremo 023-2021-MINAM, la misma que dispone en su artículo 2.1 que, “La Política Nacional del Ambiente al 2030 *es*

*de cumplimiento obligatorio para las entidades de la Administración Pública, señaladas en el Artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en el marco de sus competencias, así como para las personas jurídicas de derecho privado y la sociedad civil, en cuanto les sea aplicable.”*

El Decreto Supremo 007-2017-Vivienda que aprueba la Política Nacional de Saneamiento, preceptúa que:

*“Según el artículo 6 de la Ley N° 30156, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento establece que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento es el órgano rector de las políticas nacionales y sectoriales dentro de su ámbito de competencia, las cuales son de obligatorio cumplimiento por los tres niveles de gobierno en el marco del proceso de descentralización y en todo el territorio nacional. Por su parte, en el inciso 1 del artículo 6 de la norma citada se señala que dicho Ministerio tiene competencia exclusiva para formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial.”*  
(Las cursivas son nuestras)

Además, “(...) conforme al artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1280, Decreto Legislativo que

aprueba la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento precisa que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, *es el Ente Rector en materia de saneamiento, y en atención a ello, le corresponde planificar, diseñar, normar y ejecutar las políticas nacionales y sectoriales dentro de su ámbito de competencia, las cuales son de obligatorio cumplimiento por los tres niveles de gobierno en el marco del proceso de descentralización y en todo el territorio nacional*". (Las cursivas son nuestras)

Finalmente, el artículo 2.1 del Decreto Supremo 009-2020-MC que aprueba la Política Nacional de Cultura (PNC) al 2030 dispone que, “La Política Nacional de Cultura al 2030 *es de obligatorio cumplimiento para todas las entidades de la Administración Pública, en todos los niveles de gobierno*, en el marco de sus competencias, y para las personas jurídicas bajo régimen privado referidas en el numeral 8 del Artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, de acuerdo con el marco normativo vigente.

Pese a lo indicado, creemos que en alguna medida puede resultar un avance en lo que se refiere a la consecución de una auténtica descentralización la

misma que supone notablemente el ejercicio de competencias garantizadas de modo autónomo, el siguiente texto de la PNC:

“La PNC es un *documento orientador* que permitirá integrar, alinear y dar coherencia a la intervención del Estado en materia de derechos culturales. Su implementación implicará la actualización y *alineamiento de los planes estratégicos* de las entidades públicas del sector cultura; y *en el ámbito territorial, la formulación de instrumentos de política regional y local en el marco de los objetivos aquí propuestos, pero considerando las necesidades y prioridades de cada territorio.*”

Aún más y en el mismo sentido, el PNC señala que, “Los gobiernos locales y regionales son actores importantes en la gestión cultural, por lo cual deben contar con el conocimiento sobre su participación en las diferentes etapas de la gestión cultural. Esto implica acciones conjuntas que buscan generar capacidades en el personal técnico, *así como la claridad en los roles diferenciados que tienen, a partir de las competencias y funciones que poseen, a fin de evitar duplicidad de esfuerzos y sobre todo buscando una adecuada articulación intergubernamental.*” (Las cursivas son nuestras)

A los dispositivos citados habría que agregar la pluralidad de leyes de organización y funciones de los

diversos Ministerios dadas en virtud del mandato recogido en la Cuarta Disposición Complementaria de la LOPE, leyes que preceptúan el carácter de órgano rector de estos y como consecuencia de ello, el cumplimiento obligatorio por parte de Regiones y Municipalidades de las políticas dadas por tales Ministerios. Así, por ejemplo, es de citar el artículo 6 (a) de la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Educación (Ley N° 31224), el cual señala que este Ministerio tiene como función de competencia exclusiva:

“(a) Diseñar, establecer, ejecutar y supervisar las políticas nacionales sectoriales en los ámbitos de su competencia, asumiendo la rectoría respecto de ellas, *las cuales son de obligatorio cumplimiento por las entidades de los tres niveles de gobierno.*” (Las cursivas son nuestras)

A todas estas normas positivas se ha de adicionar la pluralidad de sentencias del Tribunal Constitucional (algunas de ellas citadas aquí) que *interdican* la posibilidad de que las normas territoriales, inclusive aquellas con rango de ley, puedan contravenir los mandatos contenidos en las políticas nacionales y sectoriales.

De tal suerte, el Gobierno nacional detentaría, pues, a través de una exorbitante rectoría, la capacidad o atribución de contravenir los intereses respectivos y

con ellos la autonomía política y el ámbito competencial de las Regiones y las Municipalidades mediante la dación de políticas nacionales y sectoriales, configurando todo ello que exista un “orden jerárquico”, una relación de absoluta dependencia, donde, parafraseando a García de Enterría, tales entes territoriales se convertirían en meros ejecutores de una voluntad ajena manifestada en instrucciones jerárquicas, y sujetos los mismos a la tutela de un órgano mayor al cual se encuentran adscritos.

En otras palabras, se trataría de un gobierno donde las manifestaciones normativas de este se jerarquizan no dejando espacio para la existencia de otros entes, territoriales o no, que gocen de autonomía, personalidad jurídica y competencias, en buena medida, privativas y garantizadas a nivel constitucional. Asimismo, todo ello supondría un gobierno cuya estructura normativa solo reconozca para efectos de la incardinación de normas, el principio de jerarquía y sus variantes, mas no la idea de competencia y con ella, la de función constitucional que corresponde al Bloque constitucional. Se trataría pues, de un gobierno donde en realidad existe una sola administración pública que cuenta con entes desconcentrados –y no

descentralizados- que resultan, en el mejor de los casos, útiles para una mera gestión periférica.

A todo lo señalado habría que incidir en el Principio de subsidiariedad que se encuentra recogido en el artículo 4.f) de la LBD y es por este definido de la manera siguiente:

“Las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. La subsidiariedad supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno, sea equilibrada y adecuada a la mejor prestación de los servicios del Estado a la comunidad.”

La misma ley y sobre la misma materia prescribe en su artículo 14.2, que:

“El gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función, por consiguiente el gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y éstos a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales, evitándose la duplicidad y superposición de funciones.”

El artículo 8.10 de la LOGR también se ocupa del Principio de subsidiariedad del modo siguiente: “El gobierno más cercano a la población es el más idóneo

para ejercer las distintas funciones que le competen al Estado. Por consiguiente, el Gobierno Nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas eficientemente por los Gobiernos Regionales y éstos, a su vez, no deben involucrarse en realizar acciones que pueden ser ejecutadas eficientemente por los gobiernos locales, evitando la duplicidad de funciones.”

Cabe citar la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional, la cual si bien es cierto se refiere a la autonomía universitaria, bien podría aplicarse por analogía al supuesto de los entes territoriales:

“Al respecto, cabe dejar sentado que este órgano de control de la Constitución, en principio, no participa en el diseño de las políticas públicas, no decide qué opción es mejor que otra, ni prioriza las metas; *pero, en todo caso, debe verificar que de la aplicación de las mismas no surjan vulneraciones de derechos o que estos se afecten por su omisión.*” (FJ 18) (Las cursivas son nuestras)

“Ahora bien, y aun cuando este Tribunal Constitucional procede a confirmar la constitucionalidad de este aspecto de la ley impugnada, desde un punto de vista abstracto (único que cabe analizar en un proceso de inconstitucionalidad), no puede descartar que a posteriori se presente la posibilidad de que tal

inconstitucionalidad pueda producirse en el posterior desarrollo de determinados casos concretos. *Aquello podría suceder si se diera el caso de que los lineamientos que el Ministerio de Educación vaya a emitir puedan llegar a interferir ilegítimamente en la autonomía universitaria, situación ante la cual, de presentarse, las juezas y los jueces ordinarios sí se encontrarían en la plena facultad de controlar este aspecto en aquellos casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento*” (STC 0014-2014-PI/TC, STC 0016-2014-PI/TC y STC 0007-2015-PI/TC – Acumulados-, FJ 144) (Las cursivas son nuestras)

Entendemos que las competencias y funciones se distribuyen tomando como base las diversas realidades y, como ha quedado dicho, los respectivos fines de interés de cada instancia así como en general, sus peculiaridades, singularidades y particularidades. (“Derecho a una política propia”, diría García de Enterría). Recogiendo ello como fundamento, se podría afirmar que las políticas nacionales y sectoriales, dadas por el Gobierno nacional, deberían ser formuladas teniendo como sustento el “interés general superior”, y nada más (común denominador normativo). De ello derivaría y a su vez legitimaría, el carácter de entes rectores del Poder Ejecutivo y los Ministerios. Sin embargo y con todo, tales entes

rectores no deberían ir más allá (*ultra vires*). Debe configurarse una densidad dispositiva limitada. El mandato contenido en el artículo 10.2 de la LBD es nítido: “Los Poderes Legislativo y Ejecutivo, no pueden afectar ni restringir las *competencias constitucionales exclusivas* de los gobiernos regionales y locales”. (Las cursivas son nuestras). En igual tenor, el artículo VI del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) dispone que: “(...) el Poder Ejecutivo ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno”. Asimismo, el artículo 38 de la LOM preceptúa que “(...) Ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece como competencia exclusiva de las municipalidades”.

A estas alturas, es de citar la siguiente sentencia de nuestro Tribunal Constitucional:

« (...) Resulta pertinente advertir que si bien la garantía de la autonomía regional no impide que el legislador nacional regule materias que comparte con el Gobierno Regional, *al hacerlo debe respetar su contenido esencial*, esto es, que no se sujete o condicione la capacidad de autodesenvolvimiento pleno de los gobiernos regionales a relaciones que se puedan presentar como arbitrarias, pues sobre aquel

recae un mandato constitucional que lo obliga a abstenerse de adoptar medidas regresivas que posterguen el proceso de regionalización o dificulten irrazonablemente la asignación adecuada de competencias y transferencia de recursos del Gobierno nacional a los gobiernos regionales, conforme enuncia el artículo 188 de la Constitución» (Expediente 00011-2008-PI/TC FJ: 35). (Las cursivas son nuestras)

Finalmente, según el profesor Marcial Rubio Correa (2006: 370):

«Lo que corresponde a los intereses nacionales es competencia del Estado unitario, no del gobierno regional. Desde luego el tribunal considera que esta no debe ser una puerta abierta a la arbitrariedad para establecer el centralismo. Los intereses nacionales deben ser definidos *ex ante* para que no se cometan abusos y, de esa manera, se prive a los gobiernos regionales de funciones que le sean propias, en aras de perseguir un interés nacional arbitrario u oportunistamente declarado».

**6) La cláusula de prevalencia en el Derecho nacional (una aproximación).**

A modo de ejercicio o ensayo, nos gustaría en esta parte del trabajo “jugar” con la idea de cómo, de ser el caso, se activaría el principio de prevalencia en el ordenamiento jurídico constitucional y nacional. Creemos y ello salta a la vista, que el caso más común para la activación de la Cláusula de prevalencia será la colisión entre una norma nacional y otra territorial que se originen respectivamente en el ejercicio de competencias exclusivas. Es nítido que ambas normas habrán sido dictadas respetando su ámbito de competencia y sin embargo el mismo habrá sido producto de un defectuoso reparto. Es el artículo 13.1 de la LBD el que define las competencias exclusivas como aquellas, “cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la ley.”

De otro lado y pese a lo indicado en el epígrafe 5.2 y siempre de *lege ferenda*, somos de la idea que en el Derecho nacional también se concretizaría esta institución, entre otros supuestos, en una relación de bases-desarrollo entre las normas nacionales y territoriales, respectivamente. Ello adquiere aun mayor relieve cuando aludimos a la relación inter-normativa y bifásica entre, de una parte, políticas nacionales y sectoriales, y de la otra, políticas regionales y municipales. Estas fuentes se articularían entre ellas mediante la idea de competencia.

Una digresión. El artículo 118 (3) de la Constitución preceptúa que es atribución del Presidente de la

Republica, dirigir la política general del Gobierno. Y conforme a los artículos 8.1 y 8.2 del Decreto Supremo 029-2018-PCM, las Políticas nacionales “constituyen decisiones de política a través de las cuales se prioriza un conjunto de objetivos y acciones para resolver un determinado problema público de alcance nacional y sectorial o multisectorial en un periodo de tiempo”. De igual modo, “(Las políticas nacionales) definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas. (...)”

Según el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN):

“(...) las Políticas Nacionales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades y niveles de gobierno, en el marco de sus competencias. En consecuencia, su diseño e implementación puede comprender una o varias Funciones del Estado y, por ende, a uno o varios Sectores. *Asimismo, los Gobiernos Regionales y Locales formulan sus políticas de manera consistente con las Políticas Nacionales*”. (Las cursivas son nuestras) (<https://www.ceplan.gob.pe/politicas-nacionales-y-sectoriales/>)

Por su parte, el artículo 4.1 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) atribuye al Poder Ejecutivo la competencia exclusiva de “(...) Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, *las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno.* Las políticas nacionales definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas. *Las políticas nacionales conforman la política general de gobierno.* Política sectorial es el subconjunto de políticas nacionales que afecta una actividad económica y social específica pública o privada. *Las políticas nacionales y sectoriales consideran los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales y locales, concordando con el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República. Para su formulación el Poder Ejecutivo establece mecanismos de coordinación con los gobiernos regionales, gobiernos locales y otras entidades, según requiera o corresponda a la naturaleza de cada política. El cumplimiento de las políticas nacionales y sectoriales del Estado es de responsabilidad de las autoridades del Gobierno Nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales. Las políticas nacionales y sectoriales se*

*aprueban por decreto supremo, con el voto del Consejo de Ministros*". (Las cursivas son nuestras)

Retomemos.

La cláusula de prevalencia se activaría cuando colisionen de una parte una norma nacional dada por el ente rector y a la que corresponde como función y en exclusividad, sentar las bases sobre una materia dada, y de otra parte, una norma territorial, la misma que en forma exclusiva es competente para desarrollar las bases preceptuadas por la norma nacional, de acuerdo a las diversas realidades y al interés respectivo y fines de cada Región o Municipalidad. Tales diversas realidades e intereses se materializan en el acervo competencial privativo de los entes territoriales y en el ejercicio de funciones, y que les es atribuido por el supraordenamiento. Queda claro que para que se active la cláusula de prevalencia constituye requisito imprescindible que se configure una antinomia pese a que ambas instancias (nacional – territorial) actúen dentro su respectivo ámbito competencial, pues como se ha dicho, en modo alguno el reparto de competencias llevado a cabo por la Constitución siempre puede suponer una asignación perfecta y limpia de competencias. Así, pues, para que se active la cláusula de prevalencia debe configurarse previamente un conflicto de colisión el mismo que se deslinda de modo nítido de un conflicto competencial.

Aun cuando hemos aludido a este asunto en otro lugar (Tafur Charun 2018:185-201) nos permitimos reiterarlo, pues es de la mayor importancia definir cómo se relacionan los decretos supremos (*secundum legem*) que contienen las políticas nacionales y sectoriales y que son dadas por el ente rector, y las ordenanzas territoriales (*praeter legem*) que desarrollan *armónicamente* tales políticas nacionales y sectoriales adecuándolas a sus singularidades, realidades, peculiaridades e intereses respectivos.

Así, pues, esta figura, donde prevalece el decreto supremo (reglamento) sobre la ordenanza (rango de Ley), encuentra su racionalidad en lo que afirma ENOCH ALBERTI ROVIRA (1986:144) al señalar que debe convenirse que resulta irrelevante la calificación unilateral que el Estado haga de los actos emanados en el ejercicio de su competencia, la *forma* que éstos adopten, pues en todo momento habrán de responder a la *función material* que le reserva la Constitución. (Las cursivas son nuestras).

Cabría preguntarse cómo se articula la relación entre «bases», (políticas nacionales y sectoriales), de una parte, y las normas de desarrollo (políticas territoriales), del otro.

Descartamos que se trate de una relación de naturaleza jerárquica. Dada la diferencia de funciones específicas o atribuciones a cargo de cada instancia (bases-desarrollo), no existe en rigor una «comunidad sobre idéntica materia» entre ambas fuentes, como sí

se da en la rigurosa relación «ley-reglamento ejecutivo». Y es que no puede haber “comunidad sobre idéntica materia” cuando a cada instancia, en ejercicio de una competencia compartida, corresponde en rigor, regular a través de diversas funciones específicas, vertientes distintas de una materia determinada. Además, y como ya se dijo, son normas provenientes de distintos ordenamientos y que en algunos casos las mismas pueden detentar igual rango. Y más allá de cualquier formalismo, resulta que se configura entre ambas fuentes una “articulación horizontal”. No existe superioridad jerárquica.

Los artículos 192, *ab initio*, y 195, *ab initio*, de la Constitución, los mismos que de *prima facie* y *de lege ferenda*, esbozarían la cláusula de prevalencia en nuestro ordenamiento. Estos artículos refieren que la actuación de las Regiones y Municipalidades debe *armonizarse* con las políticas nacionales y sectoriales. «Armonización» supone un espacio más amplio, un margen más holgado de libertad, de opción, para desplegar en alguna importante medida y discrecionalmente, mas no arbitrariamente, la función normativa de desarrollo de políticas nacionales y sectoriales, mientras que la dación de reglamentos ejecutivos supone una sujeción más fuerte a la ley, una relación típicamente jerárquica. Los reglamentos no pueden transgredir ni desnaturalizar la ley, de ahí que sean, en tanto normas *secundum legem*,

denominados, reiteramos, reglamentos ejecutivos.  
(Tafur Charun 2018: 202)

Así las cosas, tal parece que las políticas nacionales y sectoriales detentarían más bien un carácter *orientador*.

De otro lado y cuando hablamos de la relación inter-normativa entre políticas nacionales y territoriales, nos referimos al ejercicio de competencias exclusivas. En efecto, y con cargo a explicitarlo más adelante, es el artículo 26.1 de la Ley de Bases de la Descentralización el que preceptúa que es competencia exclusiva del gobierno nacional (ente rector), “el diseño de políticas nacionales y sectoriales”. Complementando esta norma es de reiterar que el artículo 45 (a), *ab initio*, de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, prescribe que:

“Es competencia exclusiva del Gobierno Nacional definir, dirigir, normar y gestionar las políticas nacionales y sectoriales, las cuales se formulan considerando *los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales*, concordando el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República”. (Las cursivas son nuestras).

El artículo 4(1) de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) también establece que es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, “(...) diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales (...)”.

Por ahora nos limitaremos a realizar una breve reseña sobre cómo se articula la relación competencial entre normas nacionales y territoriales lo que conlleva a proveer una noción del fundamento del conflicto de competencia a efectos de incidir, en tal sentido, en el deslinde de este con su pieza de contraste que es el conflicto de colisión el cual, como bien sabemos, resultaría siendo el hecho habilitador para la activación de la cláusula de prevalencia.

Para tal efecto, es necesario aludir a las competencias compartidas. Según el artículo 13.2. de la LBD son competencias compartidas, “aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, *que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel*”. (Las cursivas son nuestras)

Este artículo debe ser concordado con el artículo 14.2 (d) de la LBD según el cual la idea de *conurrencia* supone que “(En) el ejercicio de las competencias *compartidas* cada nivel de gobierno *debe actuar de manera oportuna y eficiente, cumpliendo a cabalidad las acciones que le corresponden y respetando el campo de atribuciones propio de los demás (...)*”. (Las cursivas son nuestras).

Resulta interesante lo señalado por Pedraza Severo, (2014:339) cuando se refiere a la idea de concurrencia del siguiente modo e incide en los roles diferenciados de cada instancia: “El principio de concurrencia

funciona en algunas materias cuando la actividad estatal deba cumplirse con la participación de varios niveles de la administración, lo cual implica la asignación de competencias a cada autoridad para que actúen en forma cooperada, y obliga a que cada autoridad participe en donde sea necesario para el cumplimiento del fin estatal”.

Las competencias compartidas adecuadas a la idea de concurrencia suponen para nosotros que dos instancias (distintos ordenamientos) regulen vertientes distintas de una materia dada, dentro de su respectivo ámbito de competencias (bases – desarrollo), y ejerzan en consecuencia, diferentes funciones específicas cuyo despliegue supone un ejercicio exclusivo. El ejercicio de las competencias por cada instancia (ente rector – ente territorial) estará sujeto al respeto que deben guardar por el ámbito competencial y material (parcela de la realidad social), y por la función específica y exclusiva que a cada parte corresponde para el cumplimiento de sus propios fines. Caso contrario, estaremos frente a un conflicto de competencia y no resultará de aplicación la cláusula de prevalencia. Reiteramos: las competencias compartidas conjuntamente con la idea de concurrencia importan que dos instancias (diferentes ordenamientos) regulen vertientes distintas de una materia, dentro de su respectivo ámbito de competencia, y ejerzan en consecuencia, diferentes funciones específicas o roles diferenciados, *cuyo despliegue supone un ejercicio exclusivo*.

En este contexto, el Tribunal Constitucional ha resuelto que, (...) “en una competencia compartida se le encarga a dos o más niveles de gobierno la regulación de una materia; se trata esta competencia entonces del ámbito de la realidad sobre el cual recaerá la facultad normativa conjunta de ambos niveles de gobierno, pero asignándose a cada uno de ellos una función constitucional específica. Por ejemplo, mientras que al Gobierno Nacional se suele encargar la función de planificación de la política sobre un determinado sector, a los Gobiernos Regionales y Locales les corresponde la ejecución de tal política, debiendo además fiscalizar su cumplimiento.” (STC 00024-2007-PI/TC, FJ 19)

Cabría agregar a esta definición que las competencias compartidas no solo se configuran cuando ambas entidades ejercen distintas funciones específicas sobre una misma materia, sino asimismo, cuando regulan o ejecutan tales funciones sobre vertientes diferentes de una misma materia. Así, v.g. cuando al Gobierno nacional le corresponde dar políticas sectoriales sobre el régimen de la actividad minera y también otorgar concesiones mineras y a su vez los Gobiernos Regionales son competentes “*exclusivamente*” para otorgar concesiones relativas a la pequeña minería y a la minería artesanal (ejecución de política sectorial).

De otro lado y de *lege lata*, según el artículo 14.4 del Decreto Supremo N° 029-2018-PCM, “El Ministerio con competencias compartidas debe *determinar* los roles y responsabilidades de cada nivel de gobierno”.

No obstante, este artículo recientemente citado contraviene frontalmente lo dispuesto en el artículo 23.3(a) de la LOPE, según el cual, para el ejercicio de las competencias compartidas, en las funciones que son materia de descentralización, “corresponde a los Ministerios *coordinar* con los Gobiernos Regionales y Locales la implementación de las políticas nacionales y sectoriales, y evaluar su cumplimiento”.

Así pues, una cosa es “determinar” y otra muy distinta “coordinar”. Y resulta nítido que esta antinomia se resolverá recurriendo al principio de jerarquía.

Tal vez nuestro planteamiento sobre la naturaleza y alcance de las competencias compartidas y la idea de concurrencia sea más explícito si asumimos como ejemplo el siguiente concepto que esboza el Tribunal Constitucional:

“Por tanto, si bien el artículo 80.3.3.1 de la Ley Orgánica de Municipalidades otorga facultad a las municipalidades distritales para determinar las áreas que han de ser utilizadas como relleno sanitario, dicha atribución debe ejercerla de conformidad con el artículo 79.1.1.1 de la mencionada ley, la cual otorga *competencia exclusiva* a las municipalidades provinciales para aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial. Consecuentemente,

queda claro que las municipalidades distritales pueden determinar las áreas de relleno sanitario dentro de su jurisdicción, pero deben hacerlo de acuerdo a lo aprobado en el Plan de Acondicionamiento Territorial que desarrollan las municipalidades provinciales”. (STC 0027-2007-AI/TC, FJ 15)

Otro ejemplo que proponemos, *mutatis mutandis* y esta vez a nivel de normas positivas, es el artículo 11, *ab initio*, de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, el cual prescribe que, “La competencia normativa consiste en la potestad de dictar los reglamentos que rigen en los distintos niveles de la organización administrativa nacional. Aquellos de carácter general que rigen en todo el territorio de la República y que son de observancia obligatoria por todas las entidades y personas de los sectores público y privado, incluyendo a las autoridades del Poder Ejecutivo, sus distintas entidades y los gobiernos regionales y locales, serán de competencia exclusiva del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción. 11.2 *Los gobiernos locales emiten las normas complementarias para la aplicación de los reglamentos nacionales dentro de su respectivo ámbito territorial y de sus competencias, sin transgredir ni desnaturalizar la presente Ley ni los reglamentos nacionales.*” (Las cursivas son nuestras)

Sin embargo, no estamos de acuerdo con la definición que el Tribunal Constitucional hace de la idea de

conurrencia. Así, el Tribunal refiere que estas son, “materias que dan lugar a que dos o más órganos asuman funciones específicas *comunes*, existiendo una relación complementaria de *tutela y control normativo*”. (STC 002-2005-PI, FJ 61). (Las cursivas son nuestras).

Por lo expuesto, entendemos que no procede aludir a “funciones específicas comunes”, pues es un hecho que no existe “comunidad de idéntico ámbito material”. Las “funciones específicas” del ente rector y del ente territorial son siempre diversas, pues reiteramos, se refieren a roles diferentes en la ejecución de una materia (competencia). Además, no obstante lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en las sentencias 0020-2005 PI/TC y 0021-2005 PI/TC (Acumulados) (Fundamentos Jurídicos 54, 55, 56) cabe plantear si cuando se alude a “tutela” y “control”, se está considerando a estos como equivalentes a lo que supone en rigor la idea de rectoría. Por nuestra parte creemos que “tutela” y “control” suponen la existencia de una sujeción rigurosa que no es propia de una relación autonómica. Somos de la idea que el uso de conceptos tales como “tutela” y “control normativo” contraviene y agravia frontalmente el fundamento mismo del diseño y construcción de Estado complejo, esto es, unitario y descentralizado, llevado a cabo por la Carta de 1993, el Bloque de constitucionalidad y el mismo Tribunal.

De otra parte, es de la mayor importancia precisar que la LBD y en lo que a las clases de competencias (exclusivas, compartidas y delegadas) se refiere, no ha considerado dentro de ellas a la idea de concurrencia. La concurrencia, más bien, ha sido considerada como un criterio para la “asignación y transferencia de competencias”. Esta idea de la concurrencia, no hace más que, por así decirlo, detallar la forma como han de ser distribuidas y ser ejercidas las competencias compartidas por las distintas instancias, competencias que serán ejercidas *con distinto título o distintas potestades* (funciones específicas), y por ello, sobre vertientes distintas de una materia dada (bases – desarrollo). Válidamente podría sostenerse que la *concurrencia* más que un criterio de distribución de competencias configura un auténtico principio general de Derecho. Principio general de Derecho en tanto carácter informador del ordenamiento. Sin embargo y como hemos visto, tal omisión en modo alguno agravia o resta importancia al aludido *principio*. En cualquier caso el principio de concurrencia bien puede operar como una “prótesis” que facilite la construcción del Estado unitario y descentralizado, constituyendo así un parámetro para dar solución a cualquier antinomia que pudiese suscitarse, notablemente en caso de conflictos de colisión y de competencia, y a su vez servir para dotar de sistematicidad, compatibilidad y coherencia al ordenamiento jurídico que esboza la Constitución.

Reiteramos que en nuestro Derecho la cláusula de prevalencia operaría fundamentalmente y *prima facie* en un supuesto. Esto es, cuando se configure una antinomia entre una norma nacional básica, dada por un ente rector, y una norma territorial de desarrollo, y ambos preceptos regulen válidamente una materia, respetando su respectivo ámbito de competencias y funciones específicas, pese a tratarse de vertientes distintas de tal materia. Como resultado de esto prevalecerá la norma nacional, prevalencia que se traduce en el interés general superior que esta configura y que tiene como elementos basilares a los principios de unidad y autonomía y además, claro está, a la rectoría que ejerce. Debiendo agregar a ello la función de especial importancia que se encomienda a la norma “básica” para delinear –dentro de su ámbito de competencias- el marco normativo que ha de ser desarrollado por la norma territorial sin poder esta contravenir a su vez el acervo de atribuciones de la norma básica, puesto que de no ser así se configuraría un conflicto de competencia no habiendo entonces lugar para el conflicto de colisión y con él, para la activación de la cláusula de prevalencia. Esto, sin dejar de lado la necesidad de una regulación normativa uniforme para toda la nación cuando así el interés general superior y sus elementos basilares (Principios de unidad del Estado y de autonomía) lo demanden.

En otras palabras y concretizando, estamos ante competencias compartidas que se refieren a vertientes

distintas de una materia, en tanto corresponde al Gobierno nacional (ente rector), exclusiva y excluyentemente, la función específica de prescribir las “bases” y a las Regiones y Municipalidades “desarrollar”, en los mismos términos, tales bases.

Siguiendo la línea de Sosa Wagner, queda claro, pues, que entre las normas básicas (nacionales y sectoriales) y las normas de desarrollo (territoriales) existe una marcada diferencia de grado y alcance.

Así las cosas, es rigurosamente necesario admitir que se trataría de competencias exclusivas y paradójicamente también compartidas, tanto del Gobierno nacional, (el establecimiento de las bases nacionales y sectoriales) como de las Regiones y las Municipalidades (el desarrollo de las bases nacionales y sectoriales) sujetas a la impronta de la idea o, más precisamente, al principio de *conurrencia*. Ello, claro está, sin dejar de lado y relieves la importancia del criterio de competencias compartidas. En este contexto es de la mayor importancia citar al autor español ANTONIO ALFONSO PÉREZ ANDRÉS cuando sostiene que “...en definitiva, se ha roto el binomio entre exclusividad y monopolio, es decir, la competencia exclusiva no es soberana.”

Tal relación inter-normativa concretiza de manera nítida cómo operaría la cláusula de prevalencia cuando se suscite la antinomia que fuera. Este conflicto de colisión, mas no competencial, supondría

que de darse una antinomia entre ambos tipos de normas, esta se originará en el ejercicio regular de normar por cada ente dentro de su ámbito de competencia, pues el mismo que no ha quedado claramente definido o, si se quiere, no ha quedado perfectamente distribuido o atribuido por el supraordenamiento, siendo en consecuencia tanto la norma nacional como la territorial, válidas (conflicto de colisión). Prevalecería así la norma nacional y en consecuencia la norma no prevalente sería desplazada o inaplicada pero no derogada. Como efecto de ello, la norma no prevalente, desplazada o inaplicada, será ineficaz.

Pero para efectos de la dación de normas básicas y normas de desarrollo y dada la afinidad de materias a regularse y que consecuentemente, estamos ante el ejercicio de competencias compartidas, resulta necesario que se configure una armonización para efectos de hacer efectivo un proceder ordenado y sin duplicidad de competencias y funciones específicas por parte de las diferentes instancias. Las normas básicas y las normas de desarrollo no están absolutamente separadas. De igual modo, el Gobierno nacional tampoco está absolutamente separado de los entes territoriales aun cuando estos estén dotados de autonomía política, administrativa y económica. Recuérdese el ya estudiado Principio de unidad del Estado. Asimismo, no estamos frente a entes autárquicos. Repetimos, esta pluralidad de gobiernos en el caso de competencias compartidas, regulan

vertientes distintas pero de una misma materia recurriendo a su vez a distintas funciones específicas para el cumplimiento de sus fines. Ello, por fuerza, deriva que se deba configurar una *armonización*, para de este modo evitar, repetimos, superposiciones y duplicidades en lo que a la dación de políticas públicas se refiere. Y esta superposición y duplicidad de competencias y funciones específicas originarían conflictos de colisión y en algunos casos de competencia. Pero, no basta, entonces, que el reparto de competencias y funciones sea perfecto, lo que ya de por sí es bastante improbable, sino que exista una armonización *ex ante*, entre los Gobiernos involucrados que facilite la dación de las fuentes ya aludidas. Según García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2001: 328), toda coordinación comporta un cierto poder de dirección que resulta de la posición supraordenada en que se encuentra el que coordina (ente rector) con respecto al coordinado, sin embargo resulta conveniente hacer algunas precisiones. El procedimiento tipo en materia de coordinación es la directriz. *La directriz se deslinda de la orden jerárquica. La orden jerárquica produce la anulación de la voluntad del destinatario. Convierte al destinatario en un mero ejecutor de una voluntad ajena.* En cambio, la directriz le deja al receptor en todo caso un amplio espacio para que realice sus propias opciones y despliegue sus propios medios en orden de la consecución de los resultados que la directriz le propone, resultados a cuya obtención se

limita, en principio, la vinculación que aquélla comporta. Hasta aquí la cita. A nuestro entender y en nuestro Derecho, lo indicado por los autores citados encontraría su basamento en el rol rector y el interés general superior que al Gobierno nacional corresponden. De otra parte, el Título VIII de la LBD regula de la siguiente manera la colaboración, coordinación y cooperación entre el Gobierno Nacional y los diversos Gobiernos territoriales:

49.1. El gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades. 49.2. El gobierno regional no puede interferir en la acción y competencias de las municipalidades de su jurisdicción. Puede celebrar y suscribir en forma indistinta, convenios de colaboración mutua y recíproca, y contratos de cualesquier naturaleza para fines comunes determinados, con arreglo a Ley. 49.3. Los gobiernos regionales y locales proporcionan la información requerida para mantener actualizados los distintos sistemas administrativos y financieros organizados a nivel nacional. Artículo 50.- Relaciones con el Congreso de la República. Los gobiernos regionales y locales se relacionan con el Congreso de la República, a través de los Congresistas y sus Comisiones de Descentralización y Regionalización, y de Gobiernos Locales, en

asuntos de iniciativa legislativa, normatividad, intercambio de información y fiscalización. Tienen asimismo el derecho y obligación de participar en el proceso de sustentación y aprobación de sus presupuestos institucionales. Además, es de citarse el artículo 17 de la LOPE el cual preceptúa que, corresponde a la Presidencia del Consejo de Ministros “(...) la coordinación de las políticas nacionales y sectoriales del Poder Ejecutivo. Coordina las relaciones con los demás Poderes del Estado, los organismos constitucionales, gobiernos regionales, gobiernos locales y la sociedad civil”.

Retomando, diremos que este interés general superior cuya consecución el Gobierno nacional, en cuanto ente rector, procura, así como en lo que se refiere a la unicidad y una regulación normativa uniforme para toda la nación dada por esta misma instancia, conceptos estos que, entre otros, legitimarían la cláusula de prevalencia, bien pueden ser positivados conforme a los artículos 1, 44, 58, 188, 189 y 190 de la Carta de 1993. El texto de estos artículos es el siguiente:

Artículo 1º.- “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Artículo 44.- “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y

promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior”.

Artículo 58.- “(...) el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”

Artículo 188.- “La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales.”

Artículo 189.- “El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación. El ámbito del nivel regional de

gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados.”

Artículo 190°.- Las regiones se crean sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente, conformando unidades geoeconómicas sostenibles. El proceso de regionalización se inicia eligiendo gobiernos en los actuales departamentos y la provincia constitucional del Callao. Estos gobiernos son gobiernos regionales. Mediante referéndum podrán integrarse dos o más circunscripciones departamentales contiguas para constituir una región, conforme a ley. Igual procedimiento siguen las provincias y distritos contiguos para cambiar de circunscripción regional. La ley determina las competencias y facultades adicionales, así como incentivos especiales, de las regiones así integradas. Mientras dure el proceso de integración, dos o más gobiernos regionales podrán crear mecanismos de coordinación entre sí. La ley determinará esos mecanismos.

Además, si podemos hallar en nuestro ordenamiento positivo, una normatividad que también sirva en alguna medida de elemento basilar para la activación de la cláusula de prevalencia, la encontraríamos, *prima facie* y de *lege ferenda*, en los artículos 192 y 195, *ab initio*, de la Carta de 1993. Estos artículos

recientemente referidos, permitirían articular la normativa de la relación “bases” – “desarrollo”.

Tales artículos constitucionales preceptúan, *ab initio*, lo siguiente:

Artículo 192°.- Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, *en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.*

Artículo 195°.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, *en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.*

(Las cursivas son nuestras)

Asimismo, son de citar los siguientes preceptos nacionales de nivel legislativo (normas primarias) que forman parte del Bloque de constitucionalidad (normas estas últimas sobre producción jurídica y que detentan “superioridad funcional”), y que en alguna medida podrían legitimar la aplicación de la cláusula de prevalencia en el ordenamiento constitucional peruano.

Artículo 11.1 de la Ley de Bases de la Descentralización:

“La normatividad expedida por los distintos niveles de gobierno, *se sujeta al ordenamiento jurídico*

*establecido por la Constitución y las leyes de la República.”*

Según el artículo 4 de su Ley Orgánica los Gobiernos Regionales tienen por finalidad esencial:

“(…) fomentar el desarrollo regional integral sostenible, promoviendo la inversión pública y privada y el empleo y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y la igualdad de oportunidades de sus habitantes, *de acuerdo con los planes y programas nacionales, regionales y locales de desarrollo.*” (Las cursivas son nuestras)

El artículo 5 de la misma ley dispone que es misión de los Gobiernos Regionales:

“(…) organizar y conducir la gestión pública regional de acuerdo a sus competencias exclusivas, compartidas y delegadas, *en el marco de las políticas nacionales, regionales y locales de desarrollo*”.

El artículo 8(11) de la aludida ley orgánica establece entre los principios rectores de las políticas y la gestión regional, que:

“Las políticas de los gobiernos regionales *guardan concordancia* con las políticas nacionales de Estado”.

A su vez, el 32 de la misma ley orgánica señala que:

“La gestión de Gobierno Regional se rige por el Plan de Desarrollo Regional Concertado de mediano y largo plazo, así como el Plan Anual y el Presupuesto Participativo Regional, *aprobados de conformidad*

*con políticas nacionales y en cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.”*

El artículo 36 de la misma Ley Orgánica prescribe que:

*“(…) las normas y disposiciones del Gobierno Regional se adecuan al ordenamiento jurídico nacional, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro gobierno regional ni de los otros niveles de gobierno.”*

El artículo 45 (a), segundo párrafo, de la misma ley preceptúa que, “Los Gobiernos Regionales definen, norman, dirigen y gestionan sus políticas regionales y ejercen sus funciones generales y específicas *en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales*”.

Según el artículo 46 de la aludida ley, “Las funciones específicas que ejercen los Gobiernos Regionales se *desarrollan* en base a las políticas regionales, *las cuales se formulan en concordancia con las políticas nacionales sobre la materia*”. (Las cursivas son nuestras)

El artículo II, *in fine*, del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades preceptúa que:

*“La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico”.*

De igual manera, el artículo VI del Título Preliminar de la referida Ley Orgánica prescribe que:

“Los gobiernos locales promueven el desarrollo económico local, con incidencia en la micro y pequeña empresa, a través de planes de desarrollo económico local aprobados *en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo*; así como el desarrollo social, el desarrollo de capacidades y la equidad en sus respectivas circunscripciones.”

El artículo VIII, *in fine*, del Título Preliminar de la mencionada Ley Orgánica, señala que:

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

Por su parte, el artículo 38, primera parte, de la misma ley orgánica establece que:

“El ordenamiento jurídico de las municipalidades está constituido por las normas emitidas por los órganos de gobierno y administración municipal, *de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional*.”

A un nivel *secundum legem*, se puede citar el artículo 9 del Decreto Supremo 029-2018-PCM según el cual, “Los gobiernos regionales y locales formulan políticas regionales y locales, en sus respectivos ámbitos territoriales, *en concordancia* con las

políticas nacionales conforme a lo dispuesto en sus respectivas Leyes Orgánicas.”

Creemos que los artículos constitucionales referidos, aun cuando no se presenten como muy manifiestos o detallados, pueden bien constituir un recurso que active la aplicación de la cláusula de prevalencia en nuestro Derecho sin dejar de tomar en cuenta que tales artículos están incardinados al más alto nivel del ordenamiento.

En lo que se refiere a los artículos de leyes ya citados (normas primarias), debemos simplemente afirmar que los mismos son más generosos en su detalle y que constituyen o forman parte del Bloque de constitucionalidad. Tal Bloque, y esto es nítido, se legitima por la función constitucional que el mismo cumple, lo que conlleva a que las normas que lo integran tengan un rango especialmente prominente, articulado y originado, reiteramos, en el ejercicio de la función constitucional que el mismo lleva a cabo (“superioridad funcional”) y en modo alguno en el principio de jerarquía.

Siempre en lo que se refiere a estas leyes que han sido citadas y que integran el Bloque de constitucionalidad, diremos que estas articulan el ámbito de desenvolvimiento de cada instancia (nacional, esto es, rectora, y territorial), aludiendo, en la mayoría de casos, a términos como son: “articulación”, “concordancia”, “coordinación”, “enmarcación”, “adecuación”, “armonización”,

“consistencia” y “conformidad”. Estos términos en modo alguno configuran una relación interordinamental (bases – desarrollo) que pueda ser informada por una rigurosa idea de jerarquía. Existiría, entonces y esto lo manifestamos de *lege ferenda*, un margen de libertad u opción, una vinculación más bien laxa y holgada, que permitiría a las Regiones y Municipalidades desarrollar una política propia a través de sus propias fuentes normativas, teniendo como elemento basilar la autonomía que les es reconocida al más alto nivel del supraordenamiento y sus respectivos intereses que no son sino el sustrato material de su ámbito privativo de competencias.

Como dice Delgado Silva (2014: 124): “Las políticas públicas ya no son mandatos unilaterales, impregnados de verticalidad, sino resultados transaccionales. En una palabra, estamos ante un nuevo poder, un poder descentralizado.”

Con todo, somos de la idea que los referidos artículos constitucionales y los artículos de las leyes del Bloque constitucional también citados, suponen algo así como poner un pie en la puerta, lo que posibilitaría que en nuestro Derecho podría activarse la Cláusula de prevalencia.

Cabe hacer una aclaración y ello importa llevar a cabo una disección de los artículos 192 (*ab initio*) y 195 (*ab initio*) de la Constitución. Nos referimos en concreto a que tanto las Regiones deben, en líneas

generales, desplegar sus competencias y funciones no solo en armonía con las políticas y planes nacionales, sino también con las políticas y planes de desarrollo de las Municipalidades (artículo 192). De igual modo, el artículo 195 dispone que las Municipalidades despliegan sus competencias y funciones en armonía con las políticas y planes regionales de desarrollo.

Al respecto es de indicar lo siguiente:

- a) Lo señalado no hace más que reforzar la idea de que la “armonización” a la que aluden los artículos citados, es más bien laxa, ajena del todo a cualquier substrato jerárquico. *Prima facie*, diremos que tanto las Regiones como las Municipalidades en sus recíprocas potestades normativas y en los dos sentidos que estatuyen los citados artículos 192 y 195, serán informadas por la idea de competencia. Recíprocamente, a un ente territorial corresponderá la dación de las bases y al otro el desarrollo de las mismas. Esto es, funciones específicas distintas. En tal sentido, tanto las políticas y planes de desarrollo dados por las Regiones y Municipalidades tendrán forzosamente entre ellas un carácter ordenador, correspondiendo así a cada una de estas instancias disponer de un rol meramente orientador y facilitador pero, repetimos, no jerárquico. No habrá por las razones que luego expondremos, lugar para la activación de la Cláusula de prevalencia.

b) De otro lado, el caso de las políticas públicas y planes nacionales supone una situación distinta. Si bien el término armonización es, como hemos dicho, más bien laxo, no se puede dejar de lado el rol rector del Gobierno nacional y su identificación con el interés general superior que el mismo procura. Se configurará así una supremacía mas no jerarquía, entre el Gobierno nacional, de un lado, y las Regiones y Municipalidades del otro. Supremacía que constituye una sujeción aun mayor, y que como hemos insinuado, tiene su basamento en la rectoría y el interés general superior y este último se materializa también en las competencias y funciones específicas del Gobierno nacional. Asimismo, no se puede dejar de lado el Principio de unidad del Estado. Como efecto de lo indicado, el Gobierno nacional estaría habilitado para preceptuar una regulación normativa uniforme para todo el Estado. Todo lo dicho bien puede legitimar y activar válidamente el principio de prevalencia.

c) Salvaguardando su autonomía asignada al más alto nivel del supraordenamiento, se trata en suma, de Regiones y Municipalidades que interactúan en función de sus competencias, intereses respectivos, funciones específicas y fines, debiendo armonizar su proceder con las políticas y planes dados por el otro ente territorial los mismos que tendrán carácter orientador. En

consecuencia, existirá una suerte de supremacía –nunca jerárquica– que se originará necesariamente en el carácter orientador de las políticas y planes de desarrollo y en las distintas funciones específicas que a cada instancia territorial corresponde (bases, desarrollo). En esta relación internormativa al no haber rectoría ni consecución de fines interés general superior, no habrá tampoco lugar para la activación de la Cláusula de prevalencia.

### **6.1) La cláusula de residualidad.**

El Tribunal Constitucional peruano se refiere, entre otras, a la Cláusula de residualidad en las siguientes sentencias:

“Por más que la cláusula de residualidad no está expresamente reconocida en la Constitución, a diferencia de lo que sucede en ordenamientos comparados. No obstante esta aseveración, a partir del principio de unidad analizado, cabe señalar que las competencias regionales sólo serán aquellas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes de desarrollo de descentralización, de modo que lo que no esté señalado en ellas, corresponde a la competencia exclusiva del Gobierno Central”. (STC 002-2005-PI, FJ 48)

“Por el contrario, en los Estados regionales, la unidad estatal continúa siendo el fundamento de la

organización y marcha de la estructura del Estado, y consecuentemente, de su sistema jurídico. En un Estado como el nuestro, el principio de unidad resulta determinante al momento de evaluar la atribución de competencias que no se encuentren claramente definidas por el bloque de constitucionalidad, de manera tal que bajo una cláusula de residualidad, prima facie, la competencia corresponderá al Gobierno Nacional.” (Stc 00020-2005-pi/tc FJ 48).

“A pesar de que no aparece expresamente, ni por interpretación que constituya competencia de estos gobiernos, la creación de autoridades portuarias regionales, los gobiernos regionales se encuentran sometidos a un principio de taxatividad en el ejercicio de sus competencias, pues éstas deben encontrarse expresamente previstas en el ordenamiento jurídico nacional. *En caso contrario, bajo la cláusula de residualidad implícita en todo Estado unitario y descentralizado, la competencia debe entenderse como propia del gobierno nacional.*” (STC 0024-2006-AI/ TC, FJ 6). (Las cursivas son nuestras)

No es hasta la dación de la LOPE en el año 2007, que en su artículo 4, *in fine*, positiviza la Cláusula de residualidad de acuerdo al siguiente tenor:

“Toda función, actividad, competencia, proyecto, empresa o activo que no hubiera sido asignado expresamente a otros niveles de gobierno corresponde al Poder Ejecutivo.”

De estas sentencias citadas queremos relieves el siguiente extracto contenido en el Fundamento Jurídico 48 de la STC 00020-2005-PI/TC. Así y a partir de una simple interpretación literal, lo dispuesto en tal Fundamento Jurídico y en lo que se refiere a la cláusula de residualidad, gatillaría, como veremos, que esta guarde un cercano aire de familia con la cláusula de prevalencia tal como la hemos venido estudiando. El *quid* de este aserto lo encontramos en la siguiente frase cuando se alude a las competencias controvertidas:

*“(...) competencias que no se encuentren claramente definidas por el bloque de constitucionalidad, de manera tal que bajo una cláusula de residualidad, prima facie, la competencia corresponderá al Gobierno Nacional”.*

Al respecto, es de indicar lo siguiente:

- a) Creemos que el Tribunal ha “surfeado” al definir qué se entiende por Cláusula de residualidad. Así, no se ha detallado suficientemente la naturaleza y alcance de dicha cláusula. Al Tribunal le ha faltado detallar más el concepto.
- b) El Tribunal al definir a la Cláusula de residualidad no ha hecho mención expresa al interés superior general o a la rectoría, conceptos que sustentan y en parte constituyen la *ratio* de

una institución que podría bien ser equivalente a la Cláusula de prevalencia. Sin embargo, se ha de reconocer que el Tribunal sí alude al principio de unidad.

- c) Tampoco precisa si la norma territorial no prevalente, como efecto de la activación de la Cláusula de residualidad, resultará inaplicada, desplazada o abrogada (derogación por interpretación).
- d) Pese a lo indicado, somos de la idea que el aludido Fundamento Jurídico 48 resulta parcialmente suficiente (aun cuando estas palabras se asemejen a un “oxímoron”) para equiparar la Cláusula de residualidad con la Cláusula de prevalencia, relevando para tal efecto, y una vez más, el fraseo “*competencias que no se encuentren claramente definidas (...) prima facie, la competencia corresponderá al Gobierno Nacional*”.
- e) Y decimos “parcialmente suficiente”, pues no basta para nosotros la definición hecha en el fundamento jurídico citado, el cual es casi un *susurro*. Se requiere también y necesariamente, y esto es imprescindible, tomar en cuenta la esforzada hermenéutica que se ha hecho de la Constitución, el Bloque de constitucionalidad y otras sentencias del Tribunal constitucional pese a que no aluden de modo expreso a la Cláusula de prevalencia, para reconocer en nuestro sistema jurídico la vigencia de la misma.

- f) Así las cosas, resultaría válido sostener que en el ordenamiento jurídico constitucional peruano, teniendo como fuente la Carta de 1993, el Bloque de constitucionalidad y ciertas sentencias del Tribunal Constitucional, tal como lo hemos elaborado a lo largo de este texto, la Cláusula de prevalencia detentaría “carta de ciudadanía”.
- g) La activación de la Cláusula de prevalencia es aún más necesaria dada la manera desordenada en que se aprobaron e implementaron las normas, sumado al desorden también en materia de aplicación de las diferentes fases del proceso para el ordenamiento de las competencias y funciones de los tres niveles de gobierno, *lo que ha generado que hasta el momento no se tenga una claridad respecto de lo que le corresponde cumplir a cada nivel de gobierno, es decir, no quedan claras la competencias que le corresponden al Poder Ejecutivo y su articulación con los Gobiernos Regionales y Locales.* (Contraloría General de la República-2016:85) ( Las cursivas son nuestras)
- h) No cabe duda que de haberse activado la Cláusula de prevalencia en la acepción que aquí proponemos y que ha sido dispuesta, muy parcialmente, por el fundamento jurídico de la sentencia del Tribunal Constitucional citado, hubiese facilitado la solución de sonados y

controvertidos casos llevados ante tal Alta Corte, en los cuales las competencias de los entes involucrados no estaban claramente determinadas o distribuidas. Por poner algunos ejemplos, las sentencias STC 0020-2005-PI/TC, STC 0021-2005-PI/TC (Acumulados) y 006-2008- PI/TC; todas ellas relativas a la legalización del cultivo de la hoja de coca.

## **7) Cláusula de prevalencia y control difuso.**

En primer lugar y como efecto de la activación de la Cláusula de prevalencia, hemos de descartar la figura de derogación de la norma territorial no prevalente de que se trate, pues como bien dice García de Enterría (1983:246), “las técnicas de desplazamiento o prevalencia, por las que nos inclinamos resueltamente, dispensarían de la artificiosa necesidad, de una nueva promulgación de las antiguas normas, las cuáles recuperarían automáticamente su espacio una vez que el Estado lo abandonase”. Asimismo, y como bien dice Jiménez Campo, se ha de tomar en cuenta el hecho que una vez derogada la norma nacional materia del conflicto, recobrará plena vigencia la norma territorial que fuera desplazada.

Entrando de lleno al control difuso, es de indicar que el mismo se encuentra recogido en el artículo 138, *in fine*, de la Constitución. Su texto es el siguiente:

“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”

Por su parte, el artículo VII, *ab initio*, del Código Procesal Constitucional preceptúa sobre el control difuso que:

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

Hemos venido sosteniendo que la norma territorial, pese a ser una ejecución impecable del supraordenamiento y por tanto válida, pues el ente que la emite actúa dentro de su ámbito de competencia, resultará siendo inaplicada o desplazada en virtud de la activación de la Cláusula de prevalencia. Tal norma territorial no prevalente será ineficaz.

Cabe plantear si acaso puede inaplicarse a través del control difuso una norma territorial virtualmente desplazada siendo la misma válida.

Así, en el Derecho nacional el control difuso está construido para cautelar y mantener indemne a la Constitución y a la legalidad. Y esto es, para defenderla, sea por inconstitucionalidad directa o indirecta, de forma o de fondo, parcial o total. En el caso de la cláusula de prevalencia, esta se encuentra diseñada, no para la defensa específica de los preceptos de la Constitución, sino para que el ordenamiento jurídico se reivindique y mantenga su sistematicidad, compatibilidad y coherencia. Pero no puede negarse que tales atributos del ordenamiento son un valor superior recogido por la Constitución. Y sin embargo, es también verdad que la antinomia que da lugar a la activación de la Cláusula de prevalencia y con aquélla la norma territorial, agravan la sistematicidad, coherencia y compatibilidad del ordenamiento, forzando de este modo a los ciudadanos, como diría García de Enterría, a una suerte de esquizofrenia jurídica, pues estos no sabrán a cuál norma, materia de conflicto de colisión, sujetarse.

De otro lado, sabemos bien que la seguridad jurídica resulta siendo también un principio constitucional de primer orden. Nuestro Tribunal Constitucional define el Principio de seguridad jurídica como aquel que asegura, "a todos los individuos una expectativa razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos y, en general, los individuos al

desarrollarse e interactuar en la vida comunitaria" [STC 0001-0003-2003-AI/TC, FJ 3].

Y este principio es atacado cuando se suscita la así aludida “esquizofrenia jurídica”. Pero y con todo, creemos que la activación de la cláusula de prevalencia puede constituir un supuesto valedero para el ejercicio del control difuso. Y ello porque la norma territorial objeto de la indicada cláusula si bien resultará siendo válida, materialmente será una norma ineficaz, pero para que ello se dé, debe ser previamente inaplicada a través del control difuso. Queda claro que en lo que se refiere a la cláusula de prevalencia, el control difuso también se ejerce en caso de normas válidas.

La inaplicación, a través del control difuso, de la norma territorial obedecería pues, a la cautela o salvaguarda de valores superiores como es la seguridad jurídica y otros ya mencionados. Esto es, la eventual inaplicación de la norma territorial podrá ser llevada a cabo de acuerdo al artículo 138 de la Constitución, pues es de la mayor importancia preservar tales valores dado su carácter imprescindible para la operatividad del ordenamiento.

La norma territorial no prevalente, reiteramos, es una norma válida que bien puede suponer una ejecución impecable del supraordenamiento, y que por razones de sistematicidad, compatibilidad, coherencia y notablemente, seguridad jurídica, valores en suma,

que configuran la finalidad de la activación de la cláusula de prevalencia, decimos que tal norma territorial debe ser inaplicada o, si se prefiere este término, desplazada.

Con todo, creemos que la ineficacia de la norma territorial desplazada o inaplicada no responde a un vicio que anida en la misma, tal ineficacia responde más bien a algo así como un *efecto colateral*, el cual es producto únicamente de un defectuoso reparto de competencias y con este, de la forma como opera la cláusula de prevalencia.

## **8) A modo de conclusión**

El Estado diseñado por la Carta de 1993 es unitario y descentralizado (complejo). Es por ello que dentro de su estructura se configura una pluralidad de entes, algunos de naturaleza territorial como son las Regiones y Municipalidades, que detentan personalidad jurídica, autonomía y *un ámbito de competencias* dentro del cual desenvuelven, entre otras, su potestad normativa.

Sin embargo, la distribución de competencias, llevada a cabo por la Constitución y el Bloque de constitucionalidad, no siempre es perfecta. Así, podrá darse el caso que las competencias distribuidas se solapen o superpongan, situación esta que produciría, paradójicamente, que el Gobierno nacional y el ente

territorial de que se trate, resulten igualmente competentes para regular una materia. Esto es, ambas normas, la nacional y la territorial, serían válidas.

Ante ello, resulta de aplicación la Cláusula de prevalencia, como regla de colisión, la misma que hará primar la norma nacional sobre la territorial siendo esta última desplazada o inaplicada. Tal primacía de la norma nacional se fundamenta en el interés general superior que la misma supone y en el principio de unidad del Estado. La norma territorial no prevalente será válida pero ineficaz.

La relación normativa en la que operaría la cláusula de prevalencia estaría dada fundamentalmente por una normatividad “básica”, de una parte, y de “desarrollo” del otro. Las bases serán reguladas por el Gobierno nacional (ente rector) y el desarrollo de estas estaría a cargo de los entes territoriales. Estas normas versarían mayoritariamente sobre políticas públicas. Las bases y las normas de desarrollo tendrían un ámbito de actuación definido y delimitado por las competencias materiales e intereses respectivos de cada instancia. Ninguna instancia debería actuar más allá de su ámbito competencial y funcional. Caso contrario estaríamos frente a un conflicto de competencia y no de colisión (Cláusula de prevalencia). Está de más precisar que el principio de jerarquía resultaría del todo ajeno para informar la relación internormativa aquí detallada. Entendemos que según el artículo 3 de la LBD, con el diseño de

esta relación internormativa o más precisamente interordinamental de que trata este párrafo, se cumpliría una de las finalidades de la descentralización que preceptúa tal dispositivo, esto es, “*el equilibrado ejercicio del poder*”.

Y sin embargo, debe quedar claramente establecido que lo dicho en el párrafo precedente es de *lege ferenda*. En efecto, sabido es que de *lege lata*, son legión las normas positivas, primarias y reglamentos, que dotan a las políticas nacionales y sectoriales del atributo de ser de *cumplimiento obligatorio* para las Regiones y Municipalidades. En suma, la política nacional, dada por el ente rector, siempre regirá y primará aun cuando se trate de regular aspectos de la realidad que conciernen única y exclusivamente a los intereses respectivos de la Región o Municipalidad de que se trate. Ello supone vaciar de contenido no solo la capacidad de tales entes territoriales de darse sus propias políticas públicas, sino también y notablemente, la noción más elemental de lo que configura una auténtica autonomía política, administrativa y económica en un Estado unitario y descentralizado.

Asimismo, sostenemos que la Cláusula de prevalencia encuentra de modo muy relativo, su correlato en el Derecho nacional en lo que se refiere a la Cláusula de residualidad. Pero es de indicar que tal supuesta identidad entre ambas cláusulas, no está expresamente positivada ni reconocida por la

Constitución y el Bloque de constitucionalidad. Igualmente, la normatividad aplicable y las sentencias del Tribunal Constitucional consultadas están muy lejos de reconocer de modo absoluto tal identidad. Es a partir de una esforzada hermenéutica aplicable a tales fuentes que puede establecerse la cláusula de prevalencia como un principio de colisión en buena cuenta ajena a la Cláusula de residualidad. Exclusivamente en la Cláusula de residualidad no vamos a encontrar el suficiente basamento para reconocer en nuestro ordenamiento la vigencia de la Cláusula de prevalencia. Dejamos establecido que las sentencias del Tribunal Constitucional que reconocen la existencia de la Cláusula de residualidad, en modo alguno son suficientes para derivar de esta a la Cláusula de prevalencia.

La inaplicación, a través del control difuso, de la norma territorial, obedecería a la cautela o salvaguarda de valores superiores y constitucionales como son la seguridad jurídica, la coherencia, la compatibilidad y otros ya mencionados, necesarios todos ellos para articular la funcionalidad del ordenamiento. Asimismo, la ineficacia de la norma territorial no prevalente y desplazada no responde a un vicio que anida en la misma, sino más bien como efecto de un defectuoso reparto de competencias y con este, de la forma como opera la cláusula de prevalencia.

## Bibliografía

Alberti Rovira, Enoch. (1986) “Leyes medidas y distribución de competencia: Un paso más en la interpretación extensiva de las “bases normativas” en la jurisprudencia constitucional”. Revista Española de Derecho Constitucional.

Alonso Mas, María José. (2003) “La prevalencia del Derecho del Estado y la inaplicación judicial de las leyes autonómicas: el caso de las cesiones de aprovechamiento en suelo urbano”. Revista de Administración Pública.

Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN) <https://www.ceplan.gob.pe/politicas-nacionales-y-sectoriales/>

Congreso de la República (2018)- Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado. (2018) “Evaluación del Proceso de Descentralización Relaciones Intergubernamentales. Informe Anual Periodo de Sesiones 2017-2018”. Lima, Perú.

Contraloría General de la República. (2016). “Análisis de la función rectora y sancionadora del Poder Ejecutivo “. Lima, Perú.

De la Quadra-Salcedo Janini, Tomás. (2004) ¿Es el estatuto de autonomía una norma capaz de modular el alcance de la legislación básica del Estado? Revista Española de Derecho Constitucional Año 24. Núm. 72. Septiembre-Diciembre 2004.

De la Quadra-Salcedo Janini, Tomás. (2009). “Los principios de competencia y prevalencia como reglas de resolución de conflictos en el estado autonómico”. .RJUAM 20, 2009-II.

De la Morena y de la Morena, Luis. (1983) “Derecho administrativo e interés público. Condiciones básicas”. Revista de Administración Pública. Nos. 100-102

Delgado Silva, Ángel. “Elementos de referencia para un nuevo enfoque sobre la descentralización peruana”. En Revista Peruana de Derecho Constitucional, N° 7, Nueva Época.

De Otto y Pardo, Ignacio. (1981) “Prevalencia del derecho estatal sobre el regional”. Revista Española de Derecho Constitucional.

Diez –Picazo, Luis María. (1989) “Ley autonómica y ley estatal.” Revista Española de Derecho Constitucional.

García Cobián Castro, Erika. (2014). “Control externo del gasto público y descentralizado en el Estado constitucional”. En Revista Peruana de Derecho Constitucional, N° 7, Nueva Época.

García de Enterría, Eduardo. (1982). “Las competencias exclusivas del Estado”. Revista Española de Derecho Constitucional.

García De Enterría, Eduardo. (1983) “El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones. Revista de Administración Pública. Nos. 100-102.

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

Fernández Miranda, Jorge. (2020). “El principio de Prevalencia del ordenamiento estatal”. Madrid: Editorial Dykinson.

Jiménez Campo, Javier. (1989) “¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el estado autonómico”.

Revista Española de Derecho Constitucional.

Kelsen, Hans. (1995) “Teoría general del derecho y del estado”. México: Universidad Autónoma de México.

Leguina Villa, Jesús. (1993) “Notas sobre los principios de competencia y de prevalencia en la

legislación compartida”. Reala 258 (abril-junio, 1993).

Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social. (2011) “Elementos y consideraciones para una Gestión Descentralizada”. Lima, Perú.

Montilla Martos, José Antonio. (2006). “La legislación básica tras las reformas estatutarias”. Revista Española de Derecho Constitucional. núm. 78, septiembre-diciembre (2006).

Muñoz Machado, Santiago. (1983). “Los principios constitucionales de unidad y autonomía”. Revista de Administración Pública. Nos. 100-102.

Paredes Morales, Luis Gabriel. (2011). “La implementación de políticas nacionales y sectoriales en el nivel regional: un análisis neoinstitucional”. Tesis para optar el título de abogado. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, Perú.

Pedraza Severo, Sergio Leonardo. (2014) “Principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en el reparto de competencias”. En Revista Peruana de Derecho Constitucional, N° 7, Nueva Época.

Peñarrubia Iza, Joaquín. (1999) “Preferencia, coordinación y prevalencia en el ejercicio de competencias concurrentes”. Revista de Administración Pública. Núm. 149. Mayo-agosto 1999.

Rubio Correa, M. (2006). El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima, Fondo Editorial PUCP.

Ruiz López, Miguel Ángel. (2013) “La cláusula de prevalencia del Derecho estatal y la colisión entre jurisdicciones”. Revista de Administración Pública. Núm. 192 (2013).

Ruiz Miguel, Alfonso (1988). “El principio de jerarquía normativa”. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8. Núm. 24. Septiembre-Diciembre 1988.

Salas, Javier (1983) “Estatutos de autonomía, leyes básicas y leyes de armonización”. Revista de Administración Publica, Nos. 100-102.

Tafur Charun, Emilio. (2018). “La potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico peruano”. Fondo Editorial del Congreso del Perú”.

Tafur Charun, Emilio. (2019). “Diseción del artículo VIII del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades”. En *ACTUALIDAD JURIDICA, TOMO 306 (MAYO 2019)*

Tornos Mas, Joaquín. (1991) “Ley de Bases y Legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la Ley de Bases. La

cláusula de prevalencia”.\_Revista Española de  
Derecho Constitucional.

