

LA DELEGACION DE POTESTADES NORMATIVAS EN EL AMBITO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

POR

EMILIO TAFUR CHARUN

“Some cause happiness wherever they go; others,
whenever they go.”

Oscar Wilde

EXORDIO

A partir de la Constitución de 1979 y replicando la misma tendencia, aun cuando con mayor énfasis, en la Constitución de 1993 y esto a partir de la reforma del 2002, el modelo de Estado se reestructura mediante un nuevo tipo de relación entre los poderes clásicos, así como con la aparición de lo que válidamente podría llamarse una “pluralidad institucional”, diseñada la misma tanto a nivel territorial como funcional. Por fuerza, ello se va a traducir en la forma cómo se manifiesta la voluntad del Estado. (Tafur Charun -2023)

Esta pluralidad institucional no supone otra cosa que “ordenamientos” que detentarán un sistema de

fuentes normativas propio así como privativas competencias de ejecución. Existirá en principio, una relación de separación, si cabe el oxímoron. Esto es, cada ordenamiento o institución estará dotado de un acervo de competencias en algunos casos exclusivas, compartidas o delegadas, pero siempre dotado de autonomía y todo ello a efectos de obtener la consecución de los fines e intereses que les corresponde y que han sido trazados y reconocidos por el supraordenamiento. Algunas de estas instituciones tendrán naturaleza territorial (Regiones y Municipalidades), las mismas que serán materia de estudio en el presente texto. También pueden estas instituciones ser catalogadas como Administraciones públicas –sin perjuicio de su substrato político- dado que las mismas son sujetos de derecho (personas jurídicas), con un patrimonio propio, capaces de celebrar contratos, responsables por los actos ilícitos en que incurran, dotadas para efectos de la consecución de sus ya mencionados fines e intereses, de privilegios y *ius imperium*. (García de Enterría) Asimismo, debe quedar en claro que pese a tratarse de una pluralidad de instituciones o Administraciones públicas autónomas, la separación que todo ello supone, reiteramos, en modo alguno es absoluta. Entre el proceder del Gobierno nacional y de las distintas instituciones –territoriales en este caso- existirá coordinación, articulación, concertación,

lealtad mutua y colaboración. Una vinculación positiva que permitirá que el Estado, complejo y plural, pueda hallar la sistematicidad necesaria e imprescindible para su adecuado funcionamiento. Uno de esos modos de “armonización” será la delegación de competencias del centro a la periferia.

Desde una perspectiva positivista lo aquí dicho encuentra su correlato en el artículo 49.1 de la Ley de Bases de la Descentralización (LBD) cuyo texto es, “El gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades”.

De similar tenor es el artículo V.2 del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) al prescribir que las entidades del Poder Ejecutivo, “Coordinan y cooperan de manera continua y permanente con los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales en el marco de la Ley y la Constitución Política del Perú.”

Así las cosas y para efectos del desarrollo del presente trabajo, es menester tomar en cuenta determinados artículos de la Constitución y del Bloque de la Constitucionalidad (BC).

El artículo 43 de la Carta de 1993 preceptúa que, “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.”

De acuerdo con el artículo 188 de la Constitución, 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.

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

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

local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados.”

El artículo 191, *ab initio*, de la Constitución establece que, “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.”

Por su parte, el artículo 192, *ab initio*, de la Constitución indica que, “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”.

En cuanto a las Municipalidades respecta, el artículo 194 de la Carta de 1993 dispone que, “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. La estructura orgánica del gobierno local la conforman el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador y la Alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la ley.”

Y, en fin, el artículo 195 preceptúa que, “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”.

A nivel del BC, esto es en un “escalón primario”, tenemos los siguientes preceptos:

El artículo 3 de la LBD prevé que la descentralización tiene como finalidad el desarrollo integral, armónico y sostenible del país, mediante la separación de competencias y funciones, y el equilibrado ejercicio del poder por los tres niveles de gobierno, en beneficio de la población.

El artículo 5 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales (LOGR) prescribe que, “La misión de los gobiernos regionales es organizar y conducir la gestión pública regional de acuerdo a sus competencias exclusivas, compartidas y *delegadas*, en el marco de las políticas nacionales y sectoriales, para contribuir al desarrollo integral y sostenible de la región”. (Las cursivas son nuestras)

El artículo I del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) indica 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 municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno promotores del desarrollo local, con personería jurídica de derecho público y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”.

Ahora bien, ¿qué supone la delegación de competencias?

Según el DRAE la delegación de competencia significa la “Asignación del ejercicio de la competencia a un órgano distinto del titular de la misma, reteniendo este dicha titularidad, en los casos y en los términos previstos en la ley”. (Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/delegaci%C3%B3n-de-la-competencia>)

Tomando en cuenta esta definición hemos de indicar que la dación de decretos legislativos configura en el Derecho patrio el modo emblemático de delegar potestades o competencias normativas.

En efecto, según el artículo 104, *ab initio*, de la Carta de 1993, “El Congreso puede *delegar* en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo

determinado establecidos en la ley autoritativa.” (Las cursivas son nuestras)

El mismo artículo añade que, “No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.”

El artículo 11 de la LOPE alude a los Decretos Legislativos del modo siguiente:

“Son normas con rango y fuerza de ley que emanan de autorización expresa y facultad delegada por el Congreso. Se circunscriben a la materia específica y deben dictarse dentro del plazo determinado por la ley autoritativa respectiva. Son refrendados por el o los Ministros a cuyo ámbito de competencia corresponda. Los Decretos Legislativos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria del mismo Decreto Legislativo que postergue su vigencia en todo o en parte. Los Decretos Legislativos relativos a tributos de periodicidad anual rigen a partir del uno de enero del año siguiente a su publicación”.

Pero los decretos legislativos no son una novedad absoluta aportada por la Carta de 1993. Aun cuando de manera menos prolija la Constitución de 1979 en su artículo 188 preceptuaba que, “El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia y por el término que especifica la ley autoritativa. Los decretos legislativos están sometidos en cuanto a su promulgación, publicación vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.”

Y es precisamente bajo la vigencia de la Carta de 1979 que a mediados de la década de los ochenta se ensaya un proceso de regionalización –abruptamente concluido en 1992- en el que se diseña un sistema de fuentes donde la delegación de competencias o potestades normativas del Gobierno nacional a las Regiones va a cumplir un rol de la mayor importancia.

Ello se pone en relieve con lo que se denominó Leyes Regionales Extraordinarias. Estas leyes regulaban materias que en principio eran ajenas a las Regiones pero las mismas se activaban a través de una delegación de competencias originarias del ámbito central. Queda claro que al tratarse, *prima facie*, de materias ajenas a la Región, la delegación que llevaba a cabo el Congreso de la República suponía una excepción al normal reparto de competencias llevado

a cabo por la Carta de 1979. Dicha delegación de competencias o potestades importaba, simple y llanamente, una asunción singular por parte de la Región de materias que le era vedado regular de un modo “espontáneo”. Una asunción singular de competencias, en fin, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 57, incisos 1 y 2, de la ya hoy derogada Ley de Bases de la Regionalización. Esto es, la ley autoritativa precisaba la materia, el plazo para el ejercicio de la delegación, así como su objeto y el alcance de la misma. La Ley regional extraordinaria entonces, podía ocuparse solo del objeto específicamente determinado por la ley nacional autoritativa, y en la oportunidad que esta disponga.

Este diseño de fuentes, *prima facie*, no tiene nada que ver con el régimen de descentralización territorial vigente. Veremos por qué.

Para tal efecto trataremos los siguientes aspectos contenidos en sus respectivos numerales:

- I) Qué tipo de competencias se pueden delegar. Esto es, competencias exclusivas, compartidas, concurrentes.
- II) Cuál es el alcance de las competencias a delegar. Esto es, legislativas, reglamentarias, ejecutivas.

.

I

El artículo 52 de la LBD preceptúa que, “El Poder Ejecutivo puede delegar a los gobiernos regionales o locales, funciones de su competencia, en forma general o selectiva, mediante convenios suscritos por ambas partes, sujetos a las capacidades de gestión requeridas para ello, la coparticipación en el desarrollo de las mismas, la factibilidad de optimizar la prestación de servicios públicos a la ciudadanía, y las normas establecidas en la presente Ley.”

A su vez el artículo 78.1 del TUO de la Ley 27444 (LPAG) prevé que, “Las entidades pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente. Procede también la delegación de competencia de un órgano a otro al interior de una misma entidad”.

En lo que al tipo de competencias se refiere, según el artículo 13 de la LBD, serían las siguientes:

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

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

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

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha definido las distintas clases de competencias del siguiente modo:

(i) exclusivas, cuando son asignadas en exclusividad, aunque pueden ser a su vez positivas si son susceptibles de ser delegadas, o negativas si ello no es posible, en cuyo caso serán también excluyentes; (ii) compartidas, cuando se reparten responsabilidades sobre una materia entre dos o más niveles de Gobierno; o (iii) delegadas, si un nivel de Gobierno realiza una delegación de competencias a otro nivel distinto, conforme a ley, y se abstiene de tomar decisiones sobre la materia o función delegada. (FJ 21-Expediente 0021-2018-PI)

A estos tipos de competencias, por nuestra parte, agregaríamos el criterio de “conurrencia”, cuya operatividad resulta de la mayor importancia para efectos de la sistematicidad y funcionamiento del sistema jurídico sobre todo en lo que se refiere a la ejecución de competencias compartidas. En efecto, el artículo 14.2.d, *ab initio*, de la LBD define el criterio de concurrencia de la siguiente manera:

“En el ejercicio de las competencias compartidas *cada nivel de gobierno debe actuar de manera*

oportuna y eficiente, cumpliendo a cabalidad las acciones que le corresponden y respetando el campo de atribuciones propio de los demás (...).” (Las cursivas son nuestras)

Según el artículo 26.1 de la LBD, son competencias exclusivas del gobierno nacional:

- a) Diseño de políticas nacionales y sectoriales.
- b) Defensa, Seguridad Nacional y Fuerzas Armadas.
- c) Relaciones Exteriores.
- d) Orden Interno, policía nacional, de fronteras y de prevención de delitos.
- e) Justicia.
- f) Moneda, Banca y Seguros.
- g) Tributación y endeudamiento público nacional.
- h) Régimen de comercio y aranceles.
- i) Regulación y gestión de la marina mercante y la aviación comercial.
- j) Regulación de los servicios públicos de su responsabilidad.
- k) Regulación y gestión de la Infraestructura pública de carácter y alcance nacional.
- l) Otras que señale la ley, conforme a la Constitución Política del Estado.

Según el artículo 4.2 de la LOPE son, entre otras, competencias exclusivas del Poder Ejecutivo, *pudiendo desconcentrarlas mas no delegarlas*, a) Relaciones Exteriores; b) Defensa, Seguridad Nacional y Fuerzas Armadas; c) Justicia, con excepción de la Administración de Justicia; d) Orden Interno, Policía Nacional del Perú y de

Fronteras; e) Administración Tributaria de alcance nacional y endeudamiento público nacional; f) Régimen de Comercio y Aranceles; g) Regulación de la Marina Mercante y Aviación Comercial; h) Regulación de los Servicios Públicos de su responsabilidad; i) Regulación de la infraestructura pública de carácter y alcance nacional; j) Otras que le señale la ley conforme a la Constitución Política del Perú.

Una digresión: más adelante trataremos sobre el deslinde entre los conceptos de “desconcentración” y “delegación”.

Retomando, diremos que no obstante lo indicado en el citado artículo 13.1 de la LBD, el legislador tautológicamente en el artículo 26.2 de la misma ley ha señalado que, “No son objeto de transferencia ni *delegación* las funciones y atribuciones inherentes a los sectores y materias antes señaladas.”

Pero hay más. Según el artículo VI.2 de la LOPE, “El Poder Ejecutivo ejerce sus competencias exclusivas, *no pudiendo delegar ni transferir las funciones y atribuciones inherentes a ellas.*” (Las cursivas son nuestras)

Pero cabe cuestionarse si esta “interdicción” opera de modo absoluto.

En primer lugar es de indicar, siguiendo a Muñoz Machado (2015:259) que se pretendería, por tanto, a través de las delegaciones de intensificar o ampliar la participación de las Regiones y Municipalidades ya consagrada en el BC. Ampliación que puede también consistir en la apertura de la participación legislativa donde solo la había de carácter ejecutivo. En todo caso, con dos limitaciones: primera, las delegaciones no pueden romper el equilibrio territorial de los poderes constitucionalmente consagrado; y segundo, que el Gobierno Nacional no puede desprenderse mediante delegaciones de competencias que debe ejercer él precisamente por precisar la materia una regulación uniforme, estar en juego el principio de igualdad o no poder Regiones y Municipalidades, desde su perspectiva territorial limitada, atender adecuadamente el asunto.

Además debemos tomar en cuenta el principio de “Unidad”. Este principio es reconocido por una pluralidad de artículos constitucionales así como por normas integrantes del BC. Así, se puede aludir a los artículos constitucionales 43 y 189. Y en el escalón del BC el artículo 7.1 de la LBD, el mismo que preceptúa 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*". (Las cursivas son nuestras)

Según el Tribunal Constitucional, "El principio de unidad se desprende del artículo 43 de la Constitución, que establece, entre otras cosas, que el Estado es uno e indivisible, pero que su Gobierno es descentralizado. Por otro lado, el artículo 189 de la Constitución señala que en el territorio de la República "se constituye y organiza el Gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado" (FJ 24). Agrega el alto tribunal que, "De allí se deriva, a su vez, el principio de cooperación y lealtad regional y local, *según el cual los Gobiernos regionales y locales no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con las políticas nacionales*, deben colaborar entre sí y con el Gobierno nacional, y no deben realizar actos o adoptar medidas que comprometan las competencias o el cumplimiento de los fines

constitucionales asignados a otros entes estatales.
(FJ 25) (Expediente 0021-2018-PI)

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

Ahora bien, y en lo que se refiere a las competencias compartidas partimos de la premisa que estas pueden ser delegadas en su integridad material a las Regiones y Municipalidades.

Tal como se ha indicado precedentemente las competencias compartidas se definen como “aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. *La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel*”. (Las cursivas son nuestras)

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

Reiteramos que el criterio de concurrencia es definido por el artículo 14.2.d de la LBD de la siguiente manera:

“En el ejercicio de las competencias compartidas cada nivel de gobierno debe actuar de manera oportuna y eficiente, cumpliendo a cabalidad las acciones que le corresponden y respetando el campo de atribuciones propio de los demás. (...)” (Las cursivas son nuestras)

De esto deriva que tanto al Gobierno Nacional como las Regiones y Municipalidades, en el ejercicio de competencias compartidas, les corresponde un “campo de atribuciones propio”. Cada instancia –y esto se refleja de un modo nítido en la relación internormativa entre políticas nacionales, sectoriales y subnacionales– tiene un ámbito de actuación competencial y privativo que no podrá ser invadido por otra instancia. De tal suerte, al Gobierno nacional corresponderá la dación de “bases” (políticas nacionales y sectoriales), correspondiendo a los entes territoriales el “desarrollo” de tales bases dentro de su ámbito de competencias. Tal dación de “bases” y “desarrollo” responderá a los fines e intereses de cada parte según el supraordenamiento. Intereses y fines, decimos, que se materializarán en sus respectivas

competencias. Así, el binomio “bases-desarrollo”, se desplegará, pues, a través de la relación que suponen las competencias compartidas y a la vez concurrentes. Las competencias del Gobierno nacional encontrarán su elemento basilar en el interés general y superior de la nación, mientras que las entidades territoriales lo harán en lo que a sus peculiaridades, fines e intereses respectivos corresponda. En suma: funciones diferenciadas sobre distintos aspectos de una misma materia.

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

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

Dado todo lo expuesto, creemos firmemente que las competencias compartidas al configurar el

ejercicio de funciones privativas y diferenciadas sobre distintos aspectos de una misma materia, también detentan la naturaleza de exclusivas. Así las cosas, las competencias compartidas no podrán ser materia de delegación.

Queda en pie la interrogante sobre qué tipo de competencias pueden ser delegadas del centro a la periferia.

Creemos, *prima facie*, que bien podrían ser delegables las competencias contenidas en cláusulas residuales. Y hemos de confiar al lector que esta propuesta no es una novedad absoluta, pues parte de la doctrina española adoptó esta solución ante una problemática en alguna medida similar a la que hoy afrontamos.

Con todo, queremos reforzar nuestra propuesta citando la sentencia del Tribunal Constitucional la misma que resuelve que, “El principio de unidad resulta determinante al momento de evaluar la atribución de competencias que no se encuentren definidas normativamente de manera clara y precisa. Conforme a este principio, los gobiernos regionales y locales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido, correspondiendo el resto de las competencias al gobierno nacional bajo una cláusula de

residualidad. A esto se conoce como el principio de taxatividad, el cual se desprende del artículo 192 de la Constitución, que establece cuáles son las competencias de los gobiernos regionales”. (FJ 33)

“Del principio de taxatividad se desprende que los gobiernos regionales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les han concedido. Es decir, los gobiernos regionales se encuentran sometidos al principio de taxatividad, de modo tal que aquellas competencias que no les han sido conferidas expresamente les corresponden al gobierno nacional (cláusula de residualidad)”. (FJ 34) (Expediente 00001-2019-CC/TC)

En otra sentencia el Tribunal Constitucional ha señalado, de modo reiterativo, que, “El principio de unidad resulta determinante al momento de evaluar la atribución de competencias que no se encuentren definidas normativamente de manera clara y precisa. Conforme a este principio, los Gobiernos regionales y locales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido, correspondiendo el resto de las competencias al Gobierno nacional bajo una cláusula de residualidad. A esto se conoce como el principio

de taxatividad, el cual se desprende del artículo 195 de la Constitución, que establece cuáles son las competencias de los Gobiernos locales”. (FJ 27-Expediente 0021-2018-PI)

Finalmente pero no por ello menos importante, es de citar el artículo 4, in fine, de la LOPE cuyo texto es como sigue:

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

II

Según el artículo 78.2 de la LPAG, son indelegables las atribuciones para emitir normas generales.

Queda claro que estamos frente a una norma restrictiva y como tal hay que interpretarla. Para tal efecto, resulta imprescindible determinar si la LPAG, en lo que se refiere a este específico precepto, resulta aplicable a las Municipalidades y Regiones.

Tal parece que la respuesta a esta cuestión es muy simple, pues el artículo I de la LPAG define su ámbito de aplicación a todas las entidades de la

Administración Pública, incluyendo expresamente en su incisos 4 y 5, a los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales, respectivamente.

Pero el asunto no es tan simple, dada la naturaleza tan especial de la LPAG. Y es así como su ámbito de aplicación, elemento básico para todo efecto, resulta siendo un aspecto marcadamente controvertido.

No cabe la menor duda que el Derecho positivo patrio reconoce la delegación como un tipo de competencia. Ello es precisado en la LBD, la LOGR y la LOM. Como hemos visto, el artículo 52 de la LBD preceptúa que, “El Poder Ejecutivo puede delegar a los gobiernos regionales o locales, funciones de su competencia, en forma general o selectiva, mediante convenios suscritos por ambas partes, sujetos a las capacidades de gestión requeridas para ello, la coparticipación en el desarrollo de las mismas, la factibilidad de optimizar la prestación de servicios públicos a la ciudadanía, y las normas establecidas en la presente Ley.” Sin embargo, y como también hemos visto, el artículo 78.2 de la LPAG interdice la posibilidad de delegaciones que supongan atribuciones para emitir normas generales. Existe pues, *prima facie*, un conflicto entre dos normas de igual jerarquía, siendo una de ellas, la LBD, de naturaleza especial, y la LPAG de naturaleza general. Quizá lo dicho podría poner fin a la antinomia así

suscitada. Ha de prevalecer la norma especial sobre la norma general. Pero la LBD no distingue cuál es el alcance de la competencia a ser delegada. Esto es, si es materia de delegación la dación de leyes, reglamentos o actos de mera ejecución. Se podría sostener que no cabe distinguir donde la ley no distingue. Esto habilitaría a que, en el presente caso, resulte válida la delegación de competencias normativas.

Y es que, como venimos diciendo, la aplicación de la LPAG resulta siendo controversial. Al respecto, el profesor Danós Ordóñez (Ministerio de Justicia y Derecho Humanos - 2019:6) manifiesta que:

“Enfatizar que la LPAG contiene las normas comunes para todos los procedimientos administrativos porque establece las garantías básicas de los privados en sus relaciones con las entidades administrativas, razón por la cual los preceptos que regulan los derechos de los administrados, el régimen de simplificación administrativa y los principios de la potestad sancionadora, entre varias otras, *son normas que requieren ser aplicadas obligatoriamente por todas las entidades públicas cualquiera sea su marco legal especial.*” (Las cursivas son nuestras) (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2019)

Tampoco se debe olvidar que estamos en el ámbito del Derecho público. Y el Derecho público es

rigurosamente atributivo. Ello es recogido por el Principio de Legalidad. Principio de Legalidad que paradójicamente está contemplado de modo preciso en la LPAG.

La LPGA se refiere así al principio de legalidad:

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

- 1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, *dentro de las facultades que le estén atribuidas* y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.
- 1.2. 1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder.- *La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas* para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general. (Las cursivas son nuestras)

Asimismo, el artículo I de la LOPE dispone que, “Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del

ordenamiento jurídico. *Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas.*”
(Las cursivas son nuestras)

Entendemos que la *ratio* de esta interdicción a que se refiere el artículo 78.2 de la LPAG, obedece a la naturaleza “ordinamental” de las normas jurídicas (leyes y reglamentos) y a la naturaleza de “ordenados” de los actos administrativos. De esta manera y como sostienen García de Enterría & TR Fernández (2001: 199, 200) aludiendo al caso de los reglamentos, que una injusticia en su seno multiplicará y amplificará sus efectos injustos en el tiempo, en la extensión, en la intensidad, a través de la infinidad de actos aplicativos del mismo, alcanzando, pues, un grado de injusticia incomparablemente superior al que quepa esperar de la ilegalidad de un solo acto. La exigencia de una garantía de justicia material y de fondo se acrecienta por naturaleza en el caso de los Reglamentos sobre la que es común imponer en los meros actos administrativos. (...) *Los Reglamentos constituyen hoy, sin duda, la mayor amenaza de la libertad.*

Por esto es que resulta de la mayor importancia el artículo III de la LPAG el mismo que prescribe que la finalidad de esta ley es establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública *sirva a la protección del interés general,*

garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

Sin embargo, existe otra antinomia o conflicto normativo que vuelve a involucrar al ya tantas veces citado artículo 78.2 de la LPAG. Esta vez se trata del artículo 23. 1. b de la LOPE. Según este artículo es función de los ministerios, “aprobar las disposiciones normativas que les correspondan”. Agrega este artículo –y he aquí el *quid* del asunto- que para la *delegación* de esta función se requiere norma expresa.

Como se podrá apreciar se trata de una norma que rompe frontalmente la sistemática que hemos pretendido plantear a lo largo de este trabajo. Se trata en fin, del precepto de una ley especial, como es la LOPE en contraste con la LPAG, que vincula positivamente a los ministerios con la capacidad o atributo de poder *delegar* “funciones” (sic) de naturaleza normativa.

Sin embargo y con todo, al reconocer, como lo hace la cita precedente que *los Reglamentos constituyen hoy, sin duda, la mayor amenaza de la libertad*, ha de prevalecer la interdicción preceptuada en la LPAG. Ello debido a que, una de las finalidades que han inspirado el conjunto de las reformas realizadas a la LPAG lo constituye la preocupación porque la actividad de las entidades administrativas se realice

conforme a reglas y normas que cumplen un doble objetivo: de una parte asegurar la eficacia del funcionamiento de las entidades administrativas, para que puedan cumplir los cometidos de satisfacción de los intereses públicos cuya tutela tienen encomendados por la Constitución y el respectivo marco legal sustantivo, y *de otra parte, garantizar que el ejercicio de las competencias y facultades administrativas no afecte ilegítimamente los derechos de los particulares.* La regulación de todo procedimiento administrativo tiene o debe tener como regla indispensable para su diseño, de una parte, el procurar armonizar la necesidad de establecer instrumentos o prerrogativas para asegurar la eficacia de la actuación administrativa en orden a la protección de los intereses públicos y, *por otra, la garantía de los derechos de los ciudadanos.* (Las cursivas son nuestras) (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos- 2021:10)

Por esto, no es de extrañar que la LPAG contenga una interdicción como la prescrita en su artículo 78.2. Y en tal sentido, y como colofón, entendemos que es válido indicar que solo pueden ser delegadas por el Gobierno nacional a favor de Regiones y Municipalidades, competencias atribuidas con carácter residual y que sean de ejecución.

BIBLIOGRAFIA

García de Enterría, Eduardo. Fernández, TR. (2001) Curso de Derecho Administrativo. Décima Edición. CIVITAS Ediciones SL.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2019) TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444 Disponible en: <https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/10/TUOLeyN-27444.pdf>.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2021) MANUAL SOBRE EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444 – LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Muñoz Machado, Santiago. (2015) TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PÚBLICO GENERAL. Tomo VI AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. MADRID

Tafur Charun, Emilio. (2023) "El Concepto de Ley en el Sistema Jurídico Peruano". Estudio Mario Castillo

Freyre.

Disponible

en:

<https://castillofreyre.com/.../el-concepto-de-ley-en-el.../>