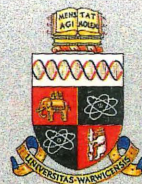


UNIVERSITY OF WARWICK
School of Law



Capítulo 6

DESAFIOS CONSTITUCIONALES CONTEMPORANEOS

César Landa y Julio Faúndez
(editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FACULTAD DE DERECHO
Maestría en Derecho Constitucional 1996
FONDO EDITORIAL

Primera edición, marzo de 1996

Carátula: Sandra Bigio

Cuidado de edición: Carlota Casalino

Corrector de estilo: Eduardo Toche

Desafíos Constitucionales Contemporáneos

Copyright © 1996 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Av. Universitaria, cuadra 18. San Miguel. Apartado 1761. Lima 100, Perú. Telfs.: 462-6390, 462-2540, anexo 220.

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-007-8

Impreso en el Perú - Printed in Peru



César Landa

LÍMITES Y POSIBILIDADES DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993

Un tema que siempre ha estado presente en el debate sobre el establecimiento de un Estado constitucional y democrático, ha sido el de la distribución territorial del poder, a través de los gobiernos descentralizados, que son las unidades básicas de todo sistema democrático. Sin embargo, en toda la historia republicana de nuestro país la política de descentralización a nivel normativo de las constituciones, como en la práctica gubernamental, evidencian lo contrario. Es decir, no obstante que algunos modelos constitucionales permitían ciertos niveles de descentralización administrativa o fiscal, no se logró construir esas unidades básicas de la democracia, que dieran asiento a las instituciones propias de carácter local o regional.

Una causa fundamental de esta falta de establecimiento democrático de gobiernos descentralizados a nivel local y regional, ha sido la falta de un consenso nacional, primero, para definir la voluntad gubernamental, de carácter política y económica, que permita implementar en un horizonte temporal, de corto, mediano y largo plazo, los lineamientos básicos de la descentralización.

En segundo lugar, se ha carecido también de un elemento de orden local –municipal y regional– como es la convicción, capaci-

tación y participación ciudadana de que muchos de los problemas del desarrollo económico e institucional, pasan por la solución que ellos mismos puedan darles conjuntamente a la que pueda prestarle el gobierno central.

Esta perspectiva histórica se reprodujo de algún modo en el debate constituyente que se tuvo en 1993, tanto en la Comisión de Constitución, como en el pleno del Congreso Constituyente Democrático; en donde, antes de ser aprobada la Constitución, mediante referéndum el 31 de octubre de ese año, hubieron tres anteproyectos constitucionales del Congreso Constituyente Democrático. Y en esos tres anteproyectos la descentralización fue variando de manera radical. Así, por ejemplo, en el primer y segundo anteproyecto de Constitución la descentralización a nivel regional fue eliminada, sustituyéndola por el sistema anterior a la Carta de 1979, es decir, a la de los departamentos. También en el primer y segundo anteproyecto se establecieron las figuras del gobernador y del prefecto departamental, respectivamente; sustituyendo a las autoridades que eran electas directamente por el pueblo en el esquema de la regionalización.

En consecuencia, hemos asistido a un debate carente de concepciones sobre políticas públicas en materia de descentralización; lo cual supone una orfandad tanto a nivel técnico como político acerca de la descentralización del Estado. Me refiero al modelo de descentralización que necesita el Perú y en consecuencia plasmar, por consenso, los lineamientos básicos en el texto constitucional.

Ciertamente, el consenso necesario para establecer este tipo de políticas de desarrollo constitucional, no ha existido en la composición del Congreso ni en el debate constituyente. La falta de participación en el Congreso Constituyente de por lo menos dos grandes partidos, como Acción Popular y el APRA, que han estado en el gobierno entre 1980-1985 y 1985-1990, respectivamente, pone en evidencia la carencia de un necesario consenso básico; que no significa la unidad absoluta de todas las voluntades representadas, sino

un juego de mayorías y minorías sobre principios democráticos de pluralismo y tolerancia comunes.

Pero no es solamente esa falta de consenso en el origen y práctica del Congreso Constituyente Democrático, la que pone en evidencia la falta de armonía que se requiere para estas políticas, sino también una práctica gubernamental en la cual los temas de la descentralización han sido soslayados de la agenda de los asuntos gubernamentales y del Estado, reduciendo cada vez más las competencias e incluso recursos económicos, a los órganos gubernamentales existentes a la fecha en que se dicta la Constitución.

Me refiero concretamente, en primer lugar, a la clausura de los gobiernos regionales a partir del autogolpe de Estado de Fujimori, el 5 de abril de 1992 y su sustitución por unos organismos transitorios llamados Consejos Transitorios de Administración Regional.

En primer lugar, si bien se mantuvieron los gobiernos locales de carácter municipal, el gobierno de facto les redujo sus competencias constitucionales, así como sus recursos económicos como veremos más adelante.

Este panorama casi desolador sobre el estado de la descentralización, es un indicador de un problema concreto: la crisis de legitimidad constitucional del Estado. Es decir, la falta de políticas públicas de descentralización del Estado, no obstante el marco constitucional, están señalando que el actual gobierno no concibe a la redistribución descentralizada del poder como un principio y un medio para dar solución a los problemas latentes del desarrollo socio-económico e institucional, para lo cual se diseñaron los gobiernos locales, en su versión municipal y regional.

Precisamente, porque el Estado peruano atraviesa por una crisis de legitimidad constitucional, es que nuevamente la descentralización se convierte en una necesidad política, pero también técnica; por cuanto la descentralización continúa siendo el mejor sistema que permite a la población directamente interesada, organizar y

administrar los asuntos públicos de su localidad. Por ello, aunque con un carácter relativo, se puede plantear la tesis de que los países que han logrado cierto nivel de desarrollo, por lo menos en América Latina, se caracterizan precisamente por un alto nivel de descentralización no exento de muchas limitaciones, obviamente.

En segundo lugar, la descentralización se convierte en un instrumento político propio del proceso de democratización, que ayuda a superar la crisis de legitimidad del Estado centralista; en tanto significa participación, es decir, movilización ciudadana en las unidades básicas del Estado peruano: los municipios y las regiones.

Es en ese contexto que me voy a permitir hacer un breve comentario de los aspectos centrales que la Constitución peruana de 1993 trae en materia de descentralización. Usualmente podemos distribuir cuatro aspectos fundamentales en materia de descentralización. En primer lugar, el ordenamiento territorial, es decir, las unidades físicas en las cuales se asientan los gobiernos descentralizados. En segundo lugar, un aspecto de orden político, referido a las nociones de gobierno y autonomía que tienen estas unidades, las competencias que les confieren o no la Constitución y la forma de elección y control de las autoridades locales. En tercer lugar, el aspecto económico, es decir, los recursos e ingresos económicos que tienen los gobiernos locales en general. Y en cuarto lugar, y no por ello menos importante, el tema de la integración jurídica de los distintos niveles de gobierno y administración nacional.

1. ORDENAMIENTO TERRITORIAL

La Constitución de 1993 reconoce cuatro unidades territoriales físicas, en las cuales se asientan los distintos tipos de organización del Estado peruano. Primero, las unidades distritales y provinciales de carácter municipal. En segundo término, se han restablecido los departamentos que ya habían sido superados por la Constitución de 1979 y, por último, se dispone la creación de unidades regionales sobre la base de los departamentos.

Es el nuevo ordenamiento territorial constitucional se divide al país en departamentos, provincias, distritos y regiones, en cada una de las cuales se establecerá un nivel de gobierno. Así, en el ámbito distrital y provincial se asientan las municipalidades distritales y provinciales; mientras que en el ámbito de los departamentos y regiones, la Constitución no define claramente qué unidades de gobierno se van a crear. La Constitución ha eliminado toda mención a los gobiernos regionales y tampoco se refiere a gobiernos departamentales, tan sólo habla de regiones como unidad física territorial y como organización administrativa. La omisión de los gobiernos regionales es significativa, por cuanto la palabra gobierno significa la capacidad que tiene un organismo de gobierno para poder organizar y aplicar un orden jurídico propio a una comunidad; es decir, de imprimir una direccionalidad jurídica a una comunidad determinada. En consecuencia, a nivel constitucional tenemos departamentos y regiones, pero no tenemos unidades gubernamentales. ¿Qué significa esto? Que tendremos autoridades regionales y departamentales con algunas atribuciones, pero no con esa potestad fundamental que es el *ius imperium*, es decir la capacidad de ejercer el poder de dictar el derecho.

2. ORDENAMIENTO POLITICO

La Constitución de 1993 ha sido bastante prolífica en establecer el carácter de la autonomía política, económica y administrativa de las municipalidades e, inclusive, de las regiones mientras que la Constitución descentralista de 1979 no llegaba a reconocerles explícitamente autonomía política, aunque sí la consagraba implícitamente según la define Hans Kelsen; es decir como la capacidad que tiene una población para elegir directamente a sus autoridades y que éstas tengan la capacidad de poder diseñar las normas fundamentales que rijan a esa sociedad.

Si bien la Constitución de 1993 ha establecido la capacidad de la población local para elegir a sus autoridades y éstas la potestad de dictar algunas normas básicas; habría que preguntarse sobre el

ámbito de acción que tienen la competencia de las regiones y los gobiernos municipales. Es precisamente aquí donde encontramos una primera fractura en cuanto a esta lógica constitucional nominal de otorgar plena autonomía, y es que las competencias no están consagradas en la Constitución; lo que está establecido tan sólo es un conjunto de atribuciones que son distintas a las competencias en tanto éstas señalan un conjunto de materias como energía, comunicaciones, industria, comercio, infraestructura física, transporte, salud, educación, vivienda.

¿Qué es lo que establece entonces la Constitución de 1993? Atribuciones para dictar las normas de organización interior, administrar los fondos obtenidos, planificar su desarrollo socio-económico, ejecutar o gestionar en su territorio los servicios públicos del gobierno central. Pero la Constitución no define qué servicios públicos son, qué materia o aspectos concretos serán de competencia de las municipalidades y regiones. Toda esa definición de las competencias la va a desarrollar la ley, según dispone la Constitución.

Un tema también de orden político, es el de las autoridades. El esquema de las autoridades de los gobiernos municipales se mantiene, en cuanto que los alcaldes y los regidores electos directamente por el pueblo conforman el Concejo municipal. El cambio fundamental es que el período de la administración municipal de tres años pasa a cinco años, y además que las autoridades –alcaldes y regidores– ahora pueden ser revocadas; es decir, se instaura el derecho de la población a pedir que una autoridad municipal, por causa que la ley establecerá, pueda ser destituida de su cargo.

En cuanto a las regiones, se consagra la figura del Presidente de la Región y de un Consejo de Administración Regional. El Presidente de la Región es electo directamente por la población regional, también por un período de cinco años, mientras que el Consejo de Administración Regional lo integran los alcaldes de las provincias que pertenecen a la región y demás miembros que señale la ley. En este caso, también se faculta a que los ciudadanos de la región

puedan demandar la revocatoria del mandato de las autoridades regionales; en caso de que éstas incumplan sus atribuciones y funciones para las cuales fueron electos, según la ley.

3. RECURSOS ECONOMICOS

En materia económica la Constitución de 1993 es bastante parca, en tanto no define los tributos que deben usufructuar los gobiernos municipales, al igual que las regiones. En el caso de las regiones se ha dejado a que la ley señale, cuáles serán sus recursos. En tanto que para los municipios se establecen denominaciones tributarias de carácter genéricas, que no aseguran concretamente cuáles van a ser los impuestos que garantiza la Constitución.

Por otro lado, se crea un fondo de compensación municipal el cual, señala la Constitución, se compondrá de los ingresos que obtengan los municipios por el cobro de los tributos que les sean destinados, de acuerdo a ley. Ese fondo redistributivo, sin embargo, no tiene una base real, por cuanto no especifica qué tributos concretamente van a poder administrar, dado que no se les ha otorgado potestad tributaria, sino tan sólo capacidad para crear contribuciones, derechos y mejoras. Tan sólo cabe recordar que el 80% de los ingresos de los municipios proviene del financiamiento del gobierno central.

Para perfilar un esquema de la integración jurídica nacional, diría que la administración de carácter local y de carácter regional supone objetivos comunes; es decir, administran fondos públicos comunes que pertenecen al Estado en sus diferentes administraciones y que no pueden ir ejecutando sin un marco de referencia general, que antes estaba dado por los lineamientos del plan nacional de desarrollo socio-económico.

Sin embargo con la Constitución de 1993, se ha extirpado cualquier atisbo de planificación de desarrollo de carácter de nacional y, por el contrario, se adopta una concepción ciertamente liberal en lo económico, que se asienta en la iniciativa privada, en la igualdad

jurídica de las partes, la seguridad jurídica a través del contrato entre las partes en la libre competencia en el mercado, si bien con regulaciones antimonopólicas, de defensa del consumidor. Se deja entonces a la Constitución sin un referente general, que permita desagregar y ejecutar los objetivos del desarrollo y las maneras en que se pueden maximizar y racionalizar el gasto público hacia ciertos fines generales comunes relativos al bienestar general de estas localidades.

4. INTEGRACION JURIDICO-ADMINISTRATIVA

La Constitución tampoco prevé instancias administrativas del gobierno central, que permitan integrar decisiones gubernamentales y administrativas de las instancias municipales y regionales. Asimismo, una figura adecuada hubiera sido recrear el Consejo de Estado, tal como la tuvo el Perú con la Constitución de 1920, la misma que existe en algunos países europeos.

Entonces, ¿qué podemos hacer para que las decisiones gubernamentales de carácter nacional, regional y local estén acordes entre sí y que por lo menos armonicen o concuerden con el ordenamiento jurídico nacional? La solución podríamos derivarla ya no al ámbito administrativo, sino al de la justicia constitucional, que busca resolver ante el Tribunal Constitucional los conflictos de atribuciones que existan entre los distintos poderes del Estado y sus administraciones, así como también los conflictos que puedan derivarse entre los distintos niveles de gobiernos: municipal, la región y el gobierno central.

Si bien no tenemos una tradición que utilice un sistema de justicia constitucional para resolver conflictos entre poderes o entre administraciones, creo que se abre una posibilidad pero también una brecha constitucional porque la función de un Tribunal Constitucional es cautelar, garantizar la continuidad de los actos y también de la legislación que se emita y ciertamente el referente de control para ello es la Constitución. Pero si ella no ha establecido

concretamente cuáles son las competencias, los recursos económicos, las atribuciones, de las regiones y municipios, el Tribunal Constitucional no tendrá un referente claro y tangible para hacer valer el mejor derecho; ya sea el derecho de la región, del gobierno central o de una municipalidad.

Entonces ese nuevo proceso constitucional, denominado el conflicto de competencia, queda librado al desarrollo legislativo del Congreso, pero sobre todo a la experiencia jurisprudencial que logre establecer el Tribunal Constitucional; para lo cual hay que apelar a la doctrina franco-española del llamado bloque de constitucionalidad, que permite integrar las leyes orgánicas de desarrollo constitucional con las normas de la Constitución, a efecto de dar contenidos a estas normas abiertas de la Constitución.

Finalmente, la Constitución de 1993 al igual que la Constitución de 1979, ha establecido la posibilidad de que se pueda entablar la acción de inconstitucionalidad contra las normas de carácter local, llamadas ordenanzas, o contra las normas regionales de carácter general que dicten las administraciones regionales. Esto, dentro del esquema de vigencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1982 a 1992, no tuvo ninguna aplicación; es decir, ninguna administración, ni el gobierno central, ni las autoridades intermedias, ni tampoco los que tenían la llamada legitimidad procesal activa para demandar contra una norma local—ordenanza—o regional que fuese, presumiblemente contraria a la Constitución por el fondo o por la forma, plantearon alguna acción de inconstitucionalidad. En otras palabras, con la Constitución de 1993 dada su naturaleza escueta será más factible su violación, ya sea por voluntad, por desconocimiento o simplemente por error, al no haber un referente constitucional claro.

5. PERSPECTIVAS

Dadas estas pinceladas sobre los problemas que presenta el modelo constitucional referentes a la desconcentración y descentra-

lización en los aspectos de ordenamiento territorial; orden político, como autonomía, competencia y atribuciones; recursos económicos, de carácter estrechos y exiguos, y; de integración jurídica; caben señalar algunas posibilidades o alternativas para poder encauzar este proceso desde una perspectiva obviamente positiva de descentralización y de democratización.

Si bien es cierto que la fórmula gubernamental y administrativa que se ha diseñado en la Constitución de 1993, está reproduciendo lo que en la práctica sucede en el país, es decir el centralismo no solamente actual sino secular; por otro lado, el modelo constitucional del 93 nos vuelve a poner en evidencia, como lo señalaba al inicio, la necesidad de reconocer que la democracia es viable a partir de la participación ciudadana y la gestión eficiente de los recursos públicos, que nos conduce a la fórmula de la descentralización, con sus distintos matices y modalidades que responden a las particularidades de cada país y que es el mejor instrumento para lograr un desarrollo sustentable para satisfacer las necesidades de la población.

Pero si bien es cierto que la Constitución de 1993 planteó un esquema que, siguiendo al profesor Karl Lowenstein, está calificada como una constitución semántica, en tanto establece casi una ficción jurídica en cuanto a la autonomía política, económica y administrativa de los entes descentralizados; también es cierto que dicha Constitución se puede asimilar a una suerte de norma nominal, por cuanto se está encubriendo jurídicamente una forma de administración y gestión de asuntos públicos centralista, que se vienen aplicando con sumo empeño desde hace unos años.

Frente a esas situaciones, si bien la Constitución no crea realidades de libertad y desarrollo por sí misma; abre una perspectiva mínima en los temas de la descentralización, base sobre la cual se deben encaminar las propuestas descentralistas auténticas.

La Constitución debe al menos establecer ciertos parámetros, ciertos límites, pero también ciertas posibilidades por donde deben

discurrir los procesos, de carácter social, que buscan precisamente más democracia y más bienestar y desarrollo. Y ese proceso hacia el desarrollo y el bienestar, deben estar encauzado jurídicamente en la Constitución.

En materia de descentralización, la Constitución ofrece eso, límites, pero también posibilidades, que abren un espacio no sólo a la reflexión jurídico-académica, sino también para una práctica legislativa, sin perjuicio de una reforma constitucional o de una interpretación jurisprudencial que realicen los tribunales para orientar este proceso hacia los grandes fines democráticos y constitucionales: la libertad y la igualdad.

Lima, marzo de 1994.

La reciente transición a la democracia en América Latina y en otros países del mundo ha revivido el interés por el estudio de las instituciones y procedimientos políticos. Esto es un hecho positivo ya que hasta hace poco las ciencias políticas no consideraban este aspecto importante de los estudios políticos y por lo tanto lo dejaban en manos de sus colegas de otras disciplinas, como el derecho. A medida que varios países comienzan a establecer gobiernos democráticos, académicos de diversas disciplinas comienzan a involucrarse en los temas constitucionales y en el estudio de las instituciones y procedimientos políticos. Este libro es el resultado de un taller de trabajo que se realizó en el mes de marzo de 1994 en Lima, Perú, con la participación de los señores José María Sánchez y José María Sánchez, profesores de la Universidad de Lima, Perú, y de los señores José María Sánchez y José María Sánchez, profesores de la Universidad de Lima, Perú. Este taller de trabajo se realizó en el mes de marzo de 1994 en Lima, Perú, con la participación de los señores José María Sánchez y José María Sánchez, profesores de la Universidad de Lima, Perú, y de los señores José María Sánchez y José María Sánchez, profesores de la Universidad de Lima, Perú.

Los organizadores más entusiastas de este taller de trabajo fueron los señores José María Sánchez y José María Sánchez, profesores de la Universidad de Lima, Perú, y de los señores José María Sánchez y José María Sánchez, profesores de la Universidad de Lima, Perú. Este taller de trabajo se realizó en el mes de marzo de 1994 en Lima, Perú, con la participación de los señores José María Sánchez y José María Sánchez, profesores de la Universidad de Lima, Perú, y de los señores José María Sánchez y José María Sánchez, profesores de la Universidad de Lima, Perú.