

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

DESCENTRALIZACIÓN:
RETOS Y
PERSPECTIVAS



CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

CONTENIDO

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i>	15
Descentralización: retos y perspectivas	19
SAMUEL B. ABAD YUPANQUI <i>¿Puede un Presidente Regional ser Presidente del Consejo de Ministros?</i>	21
CÉSAR LANDA ARROYO <i>Descentralización y jurisprudencia constitucional</i>	41
ELENA C. ALVITES ALVITES <i>El estado actual del proceso de descentralización. La reforma constitucional incompleta: la reforma descentralista</i>	55
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO / DANTE PAIVA GOYBURU <i>La representación política. A propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano</i>	79
ERIKA GARCÍA COBIÁN CASTRO <i>Control externo del gasto público y descentralización en el Estado constitucional</i>	95
ÁNGEL DELGADO SILVA <i>Elementos de referencia para un nuevo enfoque sobre la descentralización peruana</i>	117
BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES <i>Descentralización, conflictos territoriales y proceso competencial</i>	133
Entrevista	155
JORGE LEÓN VÁSQUEZ <i>Entrevista al profesor Peter Häberle</i>	157

Tribunal Constitucional	185
ÓSCAR URVIOLA HANI <i>El deber de ingratitud</i>	187
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA <i>Acceso a los jueces y juezas constitucionales y ejercicio de sus competencias en el desarrollo de los procesos constitucionales de la libertad. Por un mejor posicionamiento de las labores propias del Tribunal Constitucional peruano. Reflexiones al amparo de lo resuelto en la sentencia emitida en el caso «Francisca Vásquez Romero»</i>	195
JAVIER TAJADURA TEJADA <i>El guardián de la Constitución en la obra de E. Sieyès. Un precedente de la Justicia Constitucional en Europa</i>	217
Miscelánea	253
FRANCISCO A. TÁVARA CÓRDOVA <i>El garante de la voluntad popular expresada en el voto</i>	255
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE <i>Entre la Constitución y la ley. Una delgada línea divisoria que rara vez se aprecia</i>	271
ANTOINE GARAPON <i>Justicia transicional y justicia reconstitutiva</i>	277
RAÚL CHANAMÉ ORBE / SIMÓN ALEJANDRO VERÁSTEGUI GASTELÚ <i>El neoconstitucionalismo en un Estado semiconstitucional</i>	297
Jurisprudencia comentada	313
SUSANA TÁVARA ESPINOZA <i>Los arbitrios como atributo constitucional municipal y como manifestación de la descentralización fiscal. Comentario a la STC 0030-2007-PI/TC, de fecha 12 de marzo de 2009</i>	315
NADIA PAOLA IRIARTE PAMO <i>Sobre la distribución de los recursos en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional. Comentario a la STC N° 0002-2005-PI/TC, de fecha 18 de febrero de 2005</i>	323

KARINA BERENNISE DE LA O TAMEZ <i>Invalidez del artículo 291° de la legislación penal para el Estado de Aguascalientes. Comentario a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación N° 29/2012</i>	331
SERGIO LEONARDO PEDRAZA SEVERO <i>Principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Comentario a la sentencia C-123, de fecha 5 de marzo de 2014</i>	337
Reseña	343
MANUEL MIRANDA CANALES <i>«Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano»</i>	345

EL DEBER DE INGRATITUD*

ÓSCAR URVIOLA HANI**

Presidente del Tribunal Constitucional

U n teatro es, de acuerdo con su raíz etimológica, un lugar para contemplar. Así se deriva del griego *theatron*. Hoy, gracias a la gentileza de la Ministra de Cultura Diana Álvarez-Calderón, que ha autorizado el uso del gran Teatro Nacional para esta ocasión, hemos contemplado un acto de la mayor relevancia para la vida democrática del país: la juramentación de seis nuevos magistrados del Tribunal Constitucional.

Y esta elección es relevante por varias razones. En primer término porque le ha permitido al Congreso de la República cumplir con el mandato constitucional, reivindicando así su rol como poder del Estado llamado a elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional.

Es cierto que la demora en que incurrió el Congreso indujo a algunas personalidades a sugerir, de manera frontal o indirecta, que se evalúen otros mecanismos que desplacen a este en el cumplimiento de dicha obligación, pero ello no prosperó.

Entiendo que no prosperó porque fue calando en la opinión pública la convicción de que desconocer la titularidad del Congreso en esta materia implicaba reformar la Constitución y dilatar aún más el relevo.

187

* Palabras del Presidente del Tribunal Constitucional del Perú, con motivo de la juramentación de los seis nuevos magistrados del Tribunal Constitucional, el 3 de junio de 2014.

** Abogado, Doctor en Derecho y Maestro en Derecho de la Empresa por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Se ha desempeñado como Profesor Ordinario Principal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María en la cátedra de Derecho Tributario y de la Escuela de Posgrado de la misma universidad, en las Maestrías de Administración de Empresas y Derecho de la Empresa, así como en el Doctorado de Derecho. Ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María. Fue elegido Diputado por el departamento de Arequipa (1990-1992) y Decano del Colegio de Abogados de Arequipa.

Quizá un argumento más contundente que ese, fue que con esa propuesta de cambio en la forma de elección de magistrados, se estaba poniendo en tela de juicio que el Congreso es el depositario de la voluntad popular y que, como tal, goza de la legitimidad necesaria para nombrar a quienes administrarán justicia constitucional en nombre del pueblo. Nadie mejor que él para hacerlo. Y es que no debemos olvidar que una eventual crítica a las personas que integran una institución no debe llevarnos a descalificar a esta última.

En segundo lugar, esta elección es relevante porque le demuestra al país que, independientemente de las rivalidades políticas existentes, el Congreso fue capaz de hallar consensos, para lo cual no faltó quien depusiera alguna legítima expectativa personal o colectiva. Estoy convencido de que las próximas generaciones sabrán apreciar el desprendimiento de aquellos que, con su sacrificio, facilitaron el camino de esta renovación institucional.

En tercer término, debo reconocer que ese consenso se vio favorecido por la notable trayectoria de mis seis colegas magistrados, quienes son ampliamente conocidos en el campo del derecho. Todos ellos gozan de impecables credenciales democráticas, profesionales y académicas, lo que les augura una magnífica *performance* como magistrados del Tribunal Constitucional. Seguiré haciendo todo lo que esté a mi alcance para estar a la altura de lo que se espera de un juez constitucional, a fin de conformar un colegiado que cumpla a cabalidad con la defensa de los derechos fundamentales y la primacía de la Constitución.

188

En cuarto lugar, esta elección ha sido significativa porque ha permitido realizar una transición ordenada en la que se ha reemplazado a quienes fueron mis colegas, sin que en ningún momento se paralice el Tribunal Constitucional.

Hemos sido testigos de una ceremonia que grafica exactamente la letra y el espíritu de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que en su artículo 10° señala que «los magistrados del Tribunal continúan en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes han de sucederles», y es que como ustedes habrán advertido, solo cuando los magistrados electos tomaron juramento, mis ex colegas dejaron el cargo, como debe ser.

Más allá de encuentros y desencuentros, de coincidencias y discrepancias, de aciertos y errores, deseo renovar mi gratitud a mis ex colegas, quienes

permitieron que el Tribunal Constitucional prosiga administrando justicia constitucional hasta el último minuto de ejercicio de su cargo, razón por la cual les agradezco por la colaboración brindada y les deseo éxito en esta nueva etapa que hoy inician.

Sin más pretensión que la de enunciar en voz alta mis reflexiones sobre los deberes que debe afrontar un Magistrado del Tribunal Constitucional, es que desarrollaré a continuación algunas ideas sobre dichos deberes que en mi concepto son: ciudadanía, responsabilidad, rigurosidad, independencia, imparcialidad, transparencia, tolerancia, objetividad y el deber de ingratitud.

Ciudadanía.- Un juez constitucional es ante todo un ciudadano que administra justicia de acuerdo con, y en nombre de, la Constitución. El juez no es un privilegiado, tampoco alguien que esté por encima de la Constitución y de las leyes, ni de las demás personas. Es ciertamente un funcionario público, pero ello no le convierte en un ciudadano de superior categoría.

Por lo contrario, es una persona a quien se le debe exigir, ante todo, ser un auténtico ciudadano, esto es, una persona comprometida con los valores democráticos de honestidad, lealtad constitucional y protección de los derechos de quienes merecen especial atención por parte de la comunidad y el Estado.

189

Enfatizo esto porque nuestra democracia requiere hoy más ciudadanía y menos personalismo, más institucionalidad y menos informalidad. El juez constitucional debe razonar como un estadista, puesto que las competencias que la Constitución confiere al Tribunal Constitucional así lo exigen.

Responsabilidad.- Un juez constitucional es alguien que debe ser muy consciente de que los conflictos constitucionales que tiene que resolver implican siempre dimensiones sociales y políticas que no deben ser omitidas. Las controversias constitucionales se resuelven en un contexto concreto, y el juez constitucional debe conocer esa realidad. Sus decisiones siempre tienen efectos en ella.

De ahí que su tarea no consiste en la interpretación de las leyes de acuerdo con un simple razonamiento silogístico; es mucho más que eso porque la Constitución no es solo norma, sino también sistema de valores de una sociedad. El juez constitucional está llamado a concretizar dicho sistema de valores constitucionales en un determinado lugar y tiempo.

Ello implica una altísima responsabilidad, no solo con nosotros mismos, sino también con la sociedad, porque nosotros decidimos en nombre de la Constitución y la Constitución regula no solo la actividad del Estado sino también de la sociedad.

Rigurosidad.- El juez constitucional es una persona y por ello no es infalible, pero debe procurar no incurrir en error, pues sus decisiones afectan nada menos que a ese catálogo de derechos fundamentales que son esenciales, que están recogidos en la Constitución, y que caracterizan hoy en día a una sociedad democrática.

El hecho de evitar el error también se explica en que las decisiones de un Tribunal Constitucional afectan a la ley, que es el acto de expresión concreta del legislador democrático.

Es cierto que las controversias constitucionales exigen muchas veces adoptar una perspectiva proveniente de otras ramas del derecho y por ello muchas veces recurrimos a estas para resolver las controversias. Pero, sobre todo, el conocimiento y la aplicación del derecho constitucional son esenciales en su tarea.

190

El derecho constitucional, al ser la materialización de la Constitución misma, influye ineludiblemente en las demás disciplinas jurídicas y no a la inversa. De ahí que se hable con razón de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Considero que un juez constitucional tiene menos posibilidades de equivocarse cuando resuelve con el dominio adecuado del derecho constitucional, complementado con las demás disciplinas jurídicas.

Independencia.- Las decisiones de un juez constitucional nunca deben ser el resultado de motivaciones ajenas a la Constitución. Esto garantiza que su legitimidad democrática no sea cuestionada a título individual, ni colectivo, pues es conveniente precisar que esas decisiones también influyen en el propio *status* del Tribunal Constitucional como órgano constitucional.

Cuando un juez constitucional permite una intromisión, ya sea por comisión u omisión en su ámbito de independencia, se otorgan argumentos suficientes para deslegitimar al Tribunal frente a la ciudadanía. Un Tribunal Constitucional sin la confianza ciudadana difícilmente podrá cumplir, con legitimidad, su tarea de defender la Constitución y los derechos fundamentales. El

juez constitucional, con sus comportamientos manifiestos y tácitos, debe dar siempre muestra de su independencia frente a todo poder público y privado.

Denunciar cualquier acto que directa o indirectamente agrede su independencia no es solo una obligación jurídica, sino también un deber moral. Se afecta la independencia de los otros magistrados incluso cuando un juez constitucional interfiere en las decisiones que libremente debe adoptar cada uno de sus colegas. La fuente más importante de legitimidad que tiene un juez constitucional es, por lo tanto, la confianza plena que una sociedad democrática deposita en una institución como el Tribunal Constitucional.

Imparcialidad.- Un juez constitucional debe mantener una distancia equitativa de las partes en los procesos constitucionales. A fin de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, el acceso de los ciudadanos a la justicia constitucional debe estar desprovisto de discriminación alguna. Esta exigencia es válida y aplicable también durante el desarrollo del proceso constitucional, así como en la decisión misma.

El derecho a la igualdad excluye, por sí mismo, de favoritismo a cualquiera de las partes. El juez constitucional no está desvinculado de la Constitución que precisamente garantiza este derecho fundamental. Como afirma el artículo 10° del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial: «El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio».

Transparencia.- Un Estado constitucional se rige por el principio de publicidad. Solo excepcionalmente puede recurrirse al secreto o a la reserva de los actos de los funcionarios públicos. El principio de publicidad se concretiza en la conducta individual de los jueces constitucionales a través de la transparencia.

El juez constitucional está siempre sujeto al escrutinio público. Es necesario para una democracia que los medios de comunicación y la opinión pública no pierdan de vista nunca los actos individuales de los jueces constitucionales y de aquellos que se adoptan de manera colegiada. Si hay un ámbito en el cual el concepto «transparencia» cobra una importancia incuestionable, ese es

el ámbito judicial. Y esto es exigible no solamente para los magistrados del Tribunal Constitucional, sino también para todos los jueces en general.

El secretismo y la reserva que no tenga respaldo constitucional o legal no ayudan a la construcción de una democracia con auténticos ciudadanos. Por eso al juez constitucional le están vedadas conductas públicas o privadas que den lugar a suposiciones o sospechas, sean estas fundadas o infundadas, y que lleven a las partes del proceso a considerar su conducta como parcializada.

Tolerancia.- Los conflictos en el derecho constitucional no se resuelven apelando a soluciones matemáticas. Las decisiones de los jueces constitucionales deben ser producto de una deliberación abierta, amplia y plural entre ellos. No existen soluciones únicas a los conflictos, sino respuestas mejor argumentadas o más plausibles que otras.

El juez constitucional tiene que tener capacidad de persuasión en la defensa de su postura, pero al mismo tiempo apertura y tolerancia para aceptar argumentos mejor razonados, o quizá que respondan de manera óptima a los mandatos de la Constitución.

192

No son siete sabios los que dirimen los procesos constitucionales, sino siete jueces que, apoyados en el valor de la argumentación y el razonamiento objetivo, asumen una posición para dar respuesta a los problemas constitucionales. El análisis de las diferentes alternativas o soluciones de un caso, conlleva también a una valoración flexible de las consecuencias que traería la ejecución de cada una de esas alternativas.

Aparte de ello, esta tolerancia hacia adentro del Tribunal debe exigirse también hacia afuera, es decir, tolerancia en relación con el derecho que tienen los ciudadanos de analizar y criticar las decisiones de los jueces. Ello enriquece la discusión pública de las sentencias y ayuda también a controlar «al controlador de la Constitución».

Objetividad.- Ser juez constitucional implica, por un lado, una lucha permanente contra nuestras subjetividades y prejuicios, propios de nuestra condición de seres humanos y, por otro lado, un esfuerzo constante para adoptar decisiones objetivas, basadas en la razón y en el derecho.

La única forma de que los ciudadanos asuman como objetivas nuestra decisiones, y por ende carentes de todo viso de arbitrariedad, se logra a través de hacer explícitos los argumentos que sustentan nuestras resoluciones.

Argumentos y contraargumentos deben ser expresados claramente en los fundamentos de las sentencias, apoyados en un lenguaje sencillo y comprensible para todos. Porque el Tribunal Constitucional no habla para los juristas, sino y sobre todo para los ciudadanos. Los argumentos excesivamente abstractos no siempre son sinónimos de justificación, sino de una argumentación falaz, que nosotros como jueces constitucionales estamos obligados a evitar.

Ingratitud.- El deber de ingratitud aparentemente encierra una contradicción en sus propios términos, pues mientras la idea de deber alude a una dimensión positiva, la idea de ingratitud implica, por lo contrario, una connotación negativa.

Es lo que en retórica se conoce como un oxímoron, lo que según la Real Academia de la Lengua Española es la «combinación en una misma estructura sintáctica de dos palabras o expresiones de significado opuesto, que originan un nuevo sentido».

En un juez constitucional, el deber de ingratitud constituye un deber a observar respecto de quienes lo eligieron como tal. El concepto fue formulado por Robert Badinter, cuando fue elegido en 1986 por el presidente François Mitterrand como presidente del Consejo Constitucional francés. Efectivamente, durante su periodo de nueve años como magistrado en el Consejo Constitucional, Badinter ejerció con entereza ese deber de ingratitud. Él tenía lazos previos con Mitterrand muy sólidos, pues no solo le había acompañado en sus campañas presidenciales, sino que también había sido su ministro de Justicia entre 1981 y 1986; y fue además un ministro muy destacado, pues impulsó una de las reformas más importantes de ese primer gobierno de Mitterrand, que fue la abolición de la pena de muerte. Pero esos vínculos estrechos de antaño no impidieron a Badinter mantener, como juez constitucional, una clara independencia frente a Mitterrand¹.

Debemos apuntar incansablemente hacia la consolidación de un juez constitucional que ostente esa virtud democrática, y la refrende día a día con la emisión de sus pronunciamientos jurisdiccionales. Quiero decir con esto que, una vez elegido, el juez constitucional no se debe más que a la Constitución y al derecho.

¹ R. UPRIMNY YEPES, «El deber de ingratitud», consultada el 25 de mayo de 2014, en «<http://www.elespectador.com/columna135677-el-deber-de-ingratitud>».

Ni obligación ni deuda asume él respecto de quienes lo eligieron o lo promovieron. Y los parlamentarios así como los líderes políticos deben saber que la elección de un juez constitucional no les da derecho a pretender influir en su conducta o en la valoración de las controversias. El deber de ingratitud es, en cierto modo también, un factor que asegura la independencia y la imparcialidad del juez constitucional.

En suma, como puede apreciarse, son muchos los deberes que nos impone la naturaleza de este cargo, pero al mismo tiempo es una tarea gratificante, porque no hay acto más noble que el de impartir justicia constitucional, lo que en el fondo no es otra cosa que contribuir desde nuestra posición de jueces constitucionales a la paz social y a la convivencia democrática, en tolerancia y en pluralismo.