

REVISTA PERUANA DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL

DESCENTRALIZACIÓN:  
RETOS Y  
PERSPECTIVAS



CENTRO DE ESTUDIOS  
CONSTITUCIONALES

## CONTENIDO

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i>	15
<b>Descentralización: retos y perspectivas</b>	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
<b>Entrevista</b>	155
JORGE LEÓN VÁSQUEZ <i>Entrevista al profesor Peter Häberle</i>	157

<b>Tribunal Constitucional</b>	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
<b>Miscelánea</b>	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
<b>Jurisprudencia comentada</b>	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
<b>Reseña</b>	343
MANUEL MIRANDA CANALES <i>«Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano»</i>	345

## ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY

## Una delgada línea divisoria que rara vez se aprecia

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE\*

Hace algunos años, el eminente maestro José León Barandiarán presentó en un Congreso de Abogados en el Callao (1969) un proyecto de creación de un Tribunal de Control de la Constitucionalidad y de la Legalidad. Según esta propuesta, debería existir a este alto nivel también un control de la legalidad. No tenemos mayores referencias sobre las fuentes que utilizó León Barandiarán, pero lo cierto es que la doctrina, la dogmática y los experimentos tribunalicios han ido en otro sentido. O sea, concebir un tribunal constitucional tan solo como defensor de la Constitución—custodio o guardián, como reza el título que dio Schmitt a su famoso libro de los años treinta del siglo pasado, tan descuidadamente traducido—y en tal caso, lo que hace un Tribunal Constitucional es defender la Constitución y más en concreto, la constitucionalidad del mundo infraconstitucional.

271

Es decir, en la mayoría de los casos, órganos concentrados, y el nuestro por cierto, tiene esa misión excelsa. Pero lamentablemente, esto no ha sido bien comprendido, por lo que vemos en diversa jurisprudencia, que es de fácil acceso, así como en textos doctrinarios no siempre bien inspirados.

Es cierto que contra esto se puede levantar la objeción de que todo el ordenamiento jurídico está constitucionalizado, y se ha convertido en referente en todas las áreas del saber, como señaló en la década de los sesenta el constitucionalista francés Louis Favoreu. Y mucho antes, Pellegrino Rossi, el jurista italiano que enseñó durante años en la Universidad de París a mediados del ochocientos, lo expresó gráficamente al indicar que la Constitución contiene los tí-

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fundador y Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

tulos o el nombre de los capítulos de todo el ordenamiento jurídico. Esto era un atisbo precursor en el siglo XIX, donde las constituciones existentes eran parcas, pero se ha vuelto realidad a mediados del siglo XX, en donde el 80 % de constituciones vigentes son extensas y, en todo caso, detalladas en temas que hace unos cien años, no hubieran llamado la atención. Y tendríamos así una dificultad en hacer tal distinción.

Pero es preciso distinguir entre lo que es la *ley* y lo que es la *Constitución*. El punto de partida del jurista contemporáneo debe ser la Constitución y no la ley, como todavía hacen algunos. Es decir, para muchos la ley sigue siendo objeto de respetuoso análisis y de veneración. Pero con tal visión, es obvio que podemos desviarnos de nuestro objetivo y llegar a conclusiones absurdas, como lo vemos con relativa frecuencia. Dicho en otras palabras: para resolver un caso hay que ver cuáles son sus elementos fácticos y realizar una operación de ida y vuelta. Ver en qué ley se apoyan, analizar su sustento constitucional y aplicar estos criterios para interpretar la ley. Esto es totalmente distinto de interpretar la Constitución desde la ley, como todavía se estila en gran parte del mundo forense.

272

Por otro lado, hay que tener en cuenta que las leyes pueden tener como referencia a la Constitución de manera directa o de manera indirecta. Si es de manera directa, es obvio que la violación puede ser más clara y sobre todo más apreciada y quizá evidente. Pero si lo es de manera indirecta, el asunto se puede complicar. Veamos un ejemplo: el impuesto a las ventas (IGV o IVA en otros países) puede variar de 10 % a 15 %, a 20 % y quizá más... ¿Es inconstitucional la existencia de una tasa alta? No necesariamente. Hay normas que no son del todo razonables y quizá absurdas, y sin embargo son constitucionales. Aún más, en este punto, como en otros, existen las políticas públicas, que se ven, por ejemplo, en otros ámbitos del Derecho, como el penal, en donde las penas varían de acuerdo con los tiempos y las corrientes doctrinarias. Igual puede decirse de las multas de orden administrativo que a veces son excesivas. Lo que sucede en estos casos es que los excesos tienen a veces efectos contraproducentes (multas excesivas, por ejemplo, incentivan la corrupción e impuestos muy altos, fomentan la evasión tributaria). Pero en materia de impuestos, existe siempre el factor de «confiscatoriedad», que es el límite razonable que se pone al legislador. Este criterio se aprecia de diversas maneras: si es un impuesto a las ventas o a la transferencia de inmuebles, a la herencia o a la ganancia de capital. Hay que distinguir, por cierto, entre un impuesto alto y un impuesto confisca-

torio. Y esto no es fácil, si bien solo en fecha reciente ha sido abordado correctamente en materia de expropiaciones y esperamos que así permanezca en el futuro (STC N° 0319-2013 PA/TC).

De ahí la necesidad de distinguir el aspecto legal del aspecto constitucional, que es factible con un mínimo de esfuerzo. Veamos dos situaciones, que además han sido resueltas por nuestro Tribunal Constitucional de manera sorprendente, si bien aquí nos limitamos a señalarlas escuetamente. Ambas transitaron por la vía del amparo.

La primera es el caso de una conocida universidad, que interpuso un amparo frente a eventuales amenazas que venían de un tercero, que ponían en riesgo diversos derechos, en especial el de propiedad (STC N° 3347-2009-PA/TC). Estos bienes venían de una herencia, la cual es considerada, como se sabe, un derecho fundamental. En efecto, nuestra Constitución, así como los instrumentos internacionales, consagran el derecho a la propiedad y a la herencia. Pero en el caso de la herencia, esta se regula por el Código Civil, que precisa lo relativo a los testamentos, a los legados, al albacea, al tercio de libre disposición y las mandas testamentarias, entre otros. Se trataba pues de dos aspectos claramente definidos: por un lado un derecho constitucional a la herencia, y por otro derechos legales, como son los que contempla el derecho sucesorio, incluso la preterición que pudiera existir contra algún heredero o las cargas que soporta una herencia.

273

En esta oportunidad, el amparo no era procedente, pero la mayoría del Tribunal Constitucional lo declaró infundado y, para hacerlo, se basó en los testamentos existentes y en un largo *excursus* sobre derecho sucesorio que era totalmente irrelevante. Es decir, fueron orientados y guiados por el Código Civil y no por la Constitución.

La segunda era un problema societario (STC N° 0228-2009-PA/TC). Se llevó a cabo una junta general de accionistas, en la que al parecer hubo alguna irregularidad y uno de los socios no pudo aportar una cantidad adecuada en el aumento de capital social requerido, con lo cual luego del acuerdo, resultó que su porcentaje en el capital social se redujo a casi cero. El interesado consideró esto como un atentado contra su derecho a la propiedad, su derecho a contratar y a la igualdad ante la ley. El Tribunal Constitucional hizo un largo como meditado estudio de la situación creada y se respaldó en abundante doc-

trina y práctica mercantil y en la respectiva legislación de sociedades. Todo muy interesante, por cierto. Pero es sabido que si bien lo que aparentemente sucedió en esa junta de accionistas pudo tener quizá un remoto sustento en un principio constitucional, en la práctica afectaba prácticas y legislación mercantil, y nunca debió llegar al Tribunal Constitucional ni menos aún que este resolviese en tal sentido y de la manera como lo hizo. Las vías ordinarias eran las adecuadas para hacerlo.

Un caso similar por lo insólito lo tenemos en la STC N° 4378-2012-PA/TC, en donde se presentaba un agudo problema societario y en donde el Tribunal Constitucional llegó al extremo de ordenar que se reponga en su cargo a un gerente general cesado, pese a tratarse de un funcionario de confianza, lo que involucraba un problema laboral.

Es cierto que en contra de todo esto se puede señalar que existe jurisprudencia muy clara y reiterada en el sentido de que las causas que resuelve el máximo colegiado son solo cuando tenemos una clara, directa y manifiesta violación de un derecho constitucional y no otra cosa (STC N° 4028-2012-PA/TC). Pero esto se queda en el marco de las buenas intenciones, pues no siempre se cumple, pese a que desde hace años estos criterios constituyen precedente vinculante (STC N° 2877-2005-AA). Pero sobre esto volveremos más adelante.

274

Lo importante es que lo estrictamente constitucional, de afectación directa y sobre todo cuando no hay otra vía, es cuando se abre el proceso constitucional, teniendo en cuenta que el Código Procesal Constitucional, a diferencia de su predecesora, la Ley N° 23506, optó por el carácter residual del amparo. Este aspecto, sin embargo, merece un estudio aparte.

La consecuencia de no distinguir entre la ley y la Constitución, es que a la larga la vía procesal constitucional se ensancha innecesariamente y se vuelve un sustitutorio de las vías ordinarias. Como principio general, lo legal va a las vías judiciales ordinarias, mientras que lo constitucional, con determinadas características, va a la vía constitucional.

Naturalmente existen casos límites que siempre son atendibles, pero en vía de excepción. Esto se ve claramente en asuntos previsionales, en donde la conocida política de «perro muerto» que practica el Estado peruano ocurre a menudo. Y aun así, hay que actuar restrictivamente.

Dentro de este universo de pretensiones, las que más necesitan atención son, sin lugar a dudas, las de amparo, pues son generalmente muy genéricas y cubren muchos derechos. Distinto es el caso del hábeas corpus, pues el valor que protege es más importante y muchas veces se juega la libertad y la dignidad de la persona humana. Por ello Carnelutti, con algo de ironía, escribió alguna vez que el derecho civil es la ciencia del haber y el derecho penal es la ciencia del ser.

\*\*\*

Un problema procesal que se presenta con antelación a la llegada de un expediente al más alto Tribunal, es lo que pasa en las instancias judiciales previas. *Grosso modo*, diremos que apreciamos lo siguiente:

a) Jueces que apuestan por la improcedencia. Es más fácil y no hay mucho que argumentar. Esta decisión normalmente se apela y llega a los jueces superiores, quienes generalmente ratifican lo decidido.

b) Los jueces están desbordados de trabajo y generalmente no leen, les hacen las sentencias y ni siquiera revisan el expediente. Con esta actitud, se puede llegar a lamentables errores.

c) Jueces que no tienen idea de lo que es la materia constitucional. En este supuesto, tramitan todo y todo lo aprueban, bajo la falsa idea de un supuesto garantismo. O quizá todo lo niegan, pues no entienden de qué se trata.

Por cierto que hay excepciones y algunas notables, pero son pocas y además no modifican las líneas tendenciales existentes. Aquí tenemos en realidad dos problemas, que en cierto sentido pueden separarse. Por un lado, el Estado no tiene ningún aprecio por el sistema de justicia y le exige mucho dándole muy poco o nada. Por otro, el juez por lo general hace muy poco esfuerzo o quizá ninguno, para aliviar este enorme problema que le plantea la jurisdicción constitucional.

\*\*\*

Otro cuestionamiento serio que mereció nuestra atención hace algunos años, es lo que la doctrina conoce como «guerra de las cortes». Y que motivó

muchas polémicas por las invasiones –en muchos casos palpables– que hacía el Tribunal Constitucional afectando a otros poderes del Estado, en especial el Poder Judicial. Y si bien el problema ha amainado notablemente, tiende a aparecer en forma recurrente, como se ve en el reciente caso STC N° 3116-2012-PHC/TC, que mereció un rechazo contundente de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, como puede verse en los medios de la época (en el diario *El Comercio* aviso de página entera de 6 de octubre de 2013).

Y si bien las aristas del problema se han matizado notablemente, por una especie de prudencia institucional, dista mucho de haber sido resuelto, y amerita un esfuerzo doctrinario y académico para señalar territorios en forma pacífica. Es decir, cuándo y en qué circunstancias el Tribunal Constitucional puede ejercer la delicada atribución de revisar resoluciones judiciales firmes. Y en qué circunstancias no debe hacerlo.

\*\*\*

276

Una fórmula en la cual se ha pensado para aligerar la carga procesal constitucional, es denegar de plano y en el Tribunal Constitucional, los recursos de agravo constitucional (RAC) que no resistan un buen análisis; es decir, que carezcan de una adecuada fundamentación, que no tengan especial relevancia constitucional o contradigan precedentes vinculantes o resoluciones en casos análogos. Es decir, un *certiorari* criollo y *sui generis* que impedirá, por un lado, el exceso y, por otro, el abuso en el empleo de los procesos constitucionales. Y a su vez no abordar problemas que son más bien de orden legal y son carga procesal que corresponde a la jurisdicción ordinaria. Así lo establece la reciente STCN° 0987-2014-PA/TC de 6 de agosto en curso, mediante la así denominada «sentencia interlocutoria denegatoria» y que se hará «sin más trámite» [*sic*]. Y si bien esto último en sustancia reitera lo expuesto anteriormente, tiene la novedad de que será expedida sin escuchar al quejoso, lo cual puede lindar con la inconstitucionalidad y crear indefensión. Con todo, siendo tan reciente este nuevo precedente, nos falta perspectiva para ver si realmente funciona. Y sobre todo, la manera cómo funciona.