

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

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**

KARINA BERENNISE DE LA O TAMEZ
Universidad Autónoma de Nuevo León

1. Materias constitucionalmente relevantes

Teniendo como marco el carácter federal del Estado¹, se ha señalado que, en base al artículo 124° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), las facultades que no se atribuyan expresamente por esta Constitución a los funcionarios de la Federación se encuentran favorables para los Estados (cláusula de *residualidad estatal*, no federal²).

331

Tal definición se configura como base del reparto de competencias establecido constitucionalmente, aunque también por disposiciones que establecen claramente lo que no pueden hacer en ningún caso los Estados³ (o por lo menos, sin aprobación del Congreso de la Unión⁴). Existe así una relación entre

¹ «Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental» (artículo 40° de la CPEUM).

² En el Perú, por lo contrario, se ha establecido de la siguiente manera: «En un Estado como el nuestro, el principio de unidad resulta determinante al momento de evaluar la atribución de competencias que no se encuentren claramente definidas por el bloque de constitucionalidad, de manera tal que bajo una cláusula de residualidad, *prima facie*, la competencia corresponderá al gobierno nacional». STC N° 0020-2005-PI/TC / N° 0021-2005-PI/TC (acumulados), fundamento 48.

³ Artículo 117° de la CPEUM.

⁴ Artículo 118° de la CPEUM.

legislaciones locales y federal de reparto de competencias, no estrictamente de jerarquía⁵. En este orden de ideas, y en el ámbito de las competencias del Congreso, de acuerdo al artículo 73º, fracción XXI, inciso b, de la CPEUM, este tiene facultades «[...] para expedir la legislación que establezca los delitos y las faltas contra la federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada».

Bajo estas consideraciones previas es importante analizar este reparto de competencias materializada en una legislación penal que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) analizó en virtud de una demanda de inconstitucionalidad, siendo importante examinar exactamente qué competencias les corresponden a los Estados en materia de *arraigo* (detención). A lo largo del presente trabajo, por tanto, se observará la necesidad de fortalecer a las entidades federativas (también obligadas a utilizar el principio *pro homine*) sin enfocarse tanto en quién «gana» o quién «pierde» competencias.

2. Contexto histórico-político de la sentencia

332

En su momento (exactamente el 2005, como resultado de una acción de inconstitucionalidad), la SCJN⁶ calificó la figura del *arraigo* como violatoria del derecho a la libertad personal que establecen los artículos 16º, 18º, 19º, 20º, y 21º de la Carta Magna y del derecho a la libertad de tránsito⁷.

En este mismo sentido, del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia del 11 de diciembre de 2007, se desprende que la acción de inconstitucionalidad antes señalada fue tomada en cuenta en la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, en la regulación de la figura de «*arraigo*»⁸ y «*arraigo domiciliario*»⁹, a fin de regular el nuevo sistema acusatorio adversarial y oral.

⁵Tesis 3ª./J.10/91.

⁶Véase, Acción de Inconstitucionalidad 20/2003, resuelta el 6 de septiembre de 2005.

⁷Derecho consagrado en el artículo 11º de la Constitución.

⁸Artículo 16º de la Constitución.

⁹Artículo Décimo Primero Transitorio de la Constitución.

En el año 2012 se emite la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes, que en su artículo 291^{o10} vuelve a regular el tema del «arraigo», artículo objeto de cuestionamiento constitucional y cuya sentencia es motivo del presente comentario jurisprudencial.

3. Análisis

En el año 2013, el demandante (presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos) solicitó se declare inconstitucional el artículo 291° de la Legislación Penal¹¹, estimando violados los artículos 11°, 16^{o12} y 73°, fracción XXI, constitucionales, ya que la disposición local introduce la figura del arraigo por delitos graves.

En primer lugar, es preciso explicar que, presentada la demanda, la disposición de la cual se solicita su invalidez fue derogada¹³. Pese a ello, la SCJN declaró la procedencia de la acción de inconstitucionalidad planteada, toman-

¹⁰ Reformado mediante Decreto N° 179, publicado en el periódico oficial de la entidad el 5 de marzo de 2012.

¹¹ Señala que «El arraigo es la medida cautelar, autorizada por la autoridad judicial, para que el indiciado permanezca a su disposición en el lugar, bajo la forma y los medios de realización solicitados por el Ministerio Público, con la vigilancia de este y sus órganos auxiliares; que se prolongara por el tiempo estrictamente indispensable probado para culminar la investigación del hecho, y que en ningún caso y bajo ningún concepto podrá exceder de cuarenta días. A petición del Ministerio Público, la autoridad judicial deberá pronunciarse dentro de un plazo no mayor a doce horas contadas a partir del momento de la recepción de la solicitud de arraigo del indiciado, de manera fundada y motivada, siempre que se trate de hechos punibles que puedan ser adecuados en figuras típicas calificadas como graves y cuando exista riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia o para la protección de personas o bienes jurídicos, a fin de lograr el éxito de la investigación».

¹² Permite a la autoridad judicial decretar el arraigo de una persona tratándose de delitos de delincuencia organizada.

¹³ Por el Decreto N° 331, publicado en el periódico oficial del Estado el 20 de mayo de 2013, se derogó la legislación penal de la entidad, para regular el Código Penal y el Código de Procedimientos, este último con carácter temporal y a su vez otro distinto con el fin de regular el procedimiento penal acusatorio adversarial oral con incorporación gradual. Los primeros cobraron su vigencia el 19 de julio de ese año.

do en cuenta que en materia penal la declaratoria de invalidez puede surtir efectos dentro del proceso penal respectivo, además que dicha disposición fue trasladada íntegramente al nuevo Código de Procedimientos (temporal) en su artículo 129°.

Ingresando al tema de fondo, vale la pena señalar, como marco general, que la figura del arraigo ha resultado ser uno de los temas más controversiales en el Estado mexicano, ya que ha sido fuertemente criticado por los defensores de los derechos humanos a partir de su incorporación mediante reforma constitucional de 2008, extendiendo potestad a los jueces para concederlo y prevista además en diversos códigos de procedimientos. Se ha entendido que esta figura es contraria al principio de «*presunción de inocencia*» (pilar del sistema acusatorio) y «*pro homine*»¹⁴, considerada además una afectación a los tratados internacionales en materia de derechos humanos¹⁵.

Respecto al caso planteado, tomando en cuenta el reparto de competencias existente en México, la SCJN señaló que a través del artículo Décimo Primero Transitorio de la Carta Magna (disposición que introduce la figura del arraigo domiciliario por delitos graves)¹⁶, en ningún momento se está modificando la competencia federal para emitir esa orden de arraigo, ni permite que

¹⁴ Artículo 1° párrafo segundo de la CPEUM.

¹⁵ Sobre la validez de los tratados véase la sentencia de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Amparo penal en revisión (7798/47). Vale recordar que la SCJN había establecido que los tratados internacionales se ubicaban por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto la Constitución (*vid.* Tesis P. LXXVII/99). Posteriormente, mediante Tesis: XI.10.A.T.45 K, se indicó que cuando los conflictos se susciten en relación con derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución, superada por contradicción de Tesis 233/2011 de la que derivaron las tesis jurisprudenciales P./J. 20/2014 y P./J. 21/2014.

¹⁶ A la letra dice: «En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días. Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de las personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia». El fundamento es expresado por el Congreso, Órgano Ejecutor y el Procurador del Estado de Aguascalientes, así como «confusión del legislador local» según el máximo Tribunal.

los ministerios públicos o jueces locales participen en tal decisión. Lo que modifica es temporalmente el alcance del arraigo y permite una mayor extensión de la facultad de emisión de órdenes de arraigo por razón de materia, pero nunca por razón de competencia. De lo antepuesto se puede desprender que se queda en una «mera intención»¹⁷ de tener una visión uniforme en pro de los Estados federados, sosteniendo que a través de la disposición transitoria no se habilita a los Congresos locales a legislar sobre «aquella»¹⁸. Esta figura se valida con posterioridad ya que mediante el artículo transitorio se indica «*en tanto que entra en vigor el sistema procesal acusatorio [...]*».

A modo de conclusión, es indiscutible que el legislador local no debió plasmar la figura del arraigo, sino la del arraigo domiciliario, ya que la primera está reservada a delitos de delincuencia organizada (competencia federal). No obstante, la SCJN se dedicó a contender que con el artículo transitorio no figuraba una competencia local, con lo cual, resulta claro que se faculta a los agentes del Ministerio Público a requerir y al juez a consentir el arraigo domiciliario.

En ese sentido, el ministro Franco González apunta, en su voto particular, al artículo 124° de la Constitución, por lo que considera que no se expresan facultades reservadas a las autoridades federales y que lo que hay son dos arraigos diferentes, si bien de la misma especie como lo es el arraigo, de distinto género, siendo uno permanente y el otro transitorio. Si bien, a través de la disposición transitoria se puede observar la intención de trabajar coordinadamente, con miras a enfrentar los desafíos de los Estados a la hora de regular en pro de las consecuencias derivadas de los cambios constitucionales, resulta más obvia la primacía del Poder Judicial de la federación.

¹⁷En referencia al Juicio de Protección de derechos humanos del estado de Veracruz, la SCJN consideró que la facultad del Tribunal local para resolver dicho juicio, no invade la esfera federal, ya que se limita solo a los derechos humanos del ordenamiento local (*vid.* Tesis P. XXXIII/2002). Al hilo de estas ideas, cabe mencionar que la SCJN sostuvo que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que diga el texto constitucional (*vid.* Tesis P./J. 20/2014).

¹⁸Entendiéndose esta como «arraigo en materia penal». *Vid.* Tesis P./J.32/2014.