

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**  
PLENO JURISDICCIONAL

002-2005-PI/TC

**SENTENCIA  
DEL PLENO DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**Miguel Ángel Mufarech, en representación de cinco mil  
setecientos dieciséis ciudadanos (demandante) c. Congreso de la  
República (demandado)**

**Resolución del 18 de febrero de 2005**

**Asunto:**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Miguel Ángel Mufarech Nemy, en representación de cinco mil setecientos dieciséis ciudadanos contra el artículo 2 de la Ley N.º 28374.

Magistrados presentes:  
ALVA ORLANDINI  
BARDELLI LARTIRIGOYEN  
GONZALES OJEDA  
GARCÍA TOMA  
VERGARA GOTELLI  
LANDA ARROYO

**EXP. N.<sup>o</sup> 002-2005-PI/TC**

**LIMA**

**MIGUEL ÁNGEL MUFARECH NEMY Y MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS**

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los dieciocho días del mes de febrero de 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, González Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli, y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

#### **I. ASUNTO**

Demandada de Inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra el artículo 2 de la Ley N° 28374, publicada el 5 de noviembre de 2004.

#### **II. DATOS GENERALES**

Tipo de proceso	: Proceso de Inconstitucionalidad
Demandante	: Miguel Ángel Mufarech Nemy y cinco mil setecientos dieciséis ciudadanos
Normas sometidas a control	: Artículo 2 de la Ley N° 28374, Ley que regula la distribución de los recursos en el caso de la adjudicación directa de predios en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional, publicada el 5 de noviembre de 2004.
Bienes demandados	: Naturaleza de la Ley (artículo 103 de la Constitución), proceso de descentralización (artículo 188 de la Constitución), principio de autonomía regional (artículo 191 de la Constitución), ámbito de las competencias regionales (artículo 192 de la Constitución) en lo referido a la administración de bienes y rentas (artículo 192 inciso 3), en concordancia con las normas de desarrollo constitucional de descentralización (artículos 3, 14, 35 y demás pertinentes de la Ley N° 27783, Ley de Bases de Descentralización) y de las regiones (artículos 4, 5, 8, 10 y demás pertinentes de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales).
Petitorio	: <b>Se declare la inconstitucionalidad parcial del artículo 2 de la Ley N° 28374.</b>

#### **III. NORMA CUESTIONADA**

**LEY N° 28374 – Ley que regula la distribución de los recursos en el caso de la adjudicación directa de predios en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional**

**Artículo 2.- Distribución de recursos**

Tratándose de predios de titularidad del Estado ubicados en el ámbito de desarrollo de proyectos declarados de interés nacional y necesidad pública, cuya jurisdicción sea reclamada por más de un Gobierno Regional debido a un conflicto limítrofe, el Gobierno Nacional mantendrá la administración de dichos predios en tanto se ponga fin al conflicto.

En los casos en que existan conflictos limítrofes y el Gobierno Nacional efectúe actos de disposición de conformidad con la normatividad vigente, luego de definido el conflicto limítrofe, la Dirección Nacional de Tesoro Público deberá transferir al Gobierno Regional correspondiente un monto igual a los ingresos que ésta hubiera percibido producto de la venta a terceros de predios ubicados en la zona de conflicto durante la existencia del mismo. El monto transferido al correspondiente Gobierno Regional deberá ser destinado a obras de impacto local y/o regional.

## **IV. ANTECEDENTES**

**1. Demanda**

Con fecha 28 de enero de 2005, los demandantes interponen demanda de inconstitucionalidad, contra el artículo 2 de la Ley N° 28374, publicado el 5 de noviembre de 2004, manifestando que se trata de una norma particular, que tiene como único objeto perjudicar los intereses del Gobierno Regional de Lima, al pretender otorgar al Gobierno Nacional, aquellos bienes y rentas que constitucionalmente pertenecen al Gobierno Regional de Lima. Señalan que la norma sometida a control constitucional, adolece de una inconstitucionalidad desde su origen, y que sienta un precedente que permitiría al Gobierno Nacional dejar sin efecto aquellos parámetros que la Constitución Política del estado ha establecido entre los órganos del estado entre sí.

**a. Argumentos de hecho**

- Los demandantes refieren que la Provincia de Cañete pertenece a la jurisdicción de la Región Lima, en consecuencia, en función al inciso j del numeral 1 del artículo 10 de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, aquellos terrenos eriazos y urbanos de propiedad del Estado deben ser administrados y adjudicados por el Gobierno Regional de Lima.
- En ese sentido señalan que uno de dichos terrenos es el correspondiente a las Pampas de Concón, Valle de Topara en los límites de la Provincia de Cañete y con la Provincia de Chincha, cuyo dominio está a favor del Ministerio de Agricultura, pero cuya posesión real recae en terceros. La importancia para el Gobierno Nacional del terreno referido, adjudicado por venta directa a la empresa Hunt Oil Company of Perú L.L.C. – Sucursal del Perú, mediante Resolución Suprema N° 168-2003-EF, publicada el 27 de julio del 2003. En tales terrenos se instalará la Planta de Licuefacción de Gas Natural provenientes de los yacimientos de Camisea.
- Los demandantes alegan que la referida ‘adjudicación’ del terreno mencionado es ineficaz debido a que la entidad estatal que podía realizar dicho acto jurídico es el Gobierno Regional de Lima. En ese sentido, expide la Ordenanza Regional N° 011-2003-CR/RL publicada el 25 de setiembre de 2003, donde se declara la Nulidad de todos aquellos actos realizados a partir del 1 de enero de 2003 o por realizarse por entes públicos o privados, que pretendan administrar o adjudicar terrenos urbanos y eriazos de propiedad del estado y cuya jurisdicción están bajo la Región Lima.

- Refieren que en este contexto el 28 de abril de 2004, la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros expide el informe Técnico N° 001-2004-PCM/DNTDT relativo a la definición de los límites territoriales entre las provincias de Chincha (Ica) y Cañete (Lima), señalando que los terrenos materia de conflicto, se encuentran dentro de los límites de la Provincia de Cañete, del Gobierno Regional de Lima. En virtud del mismo, el Presidente de la República y el presidente del Consejo de Ministros, someten al Congreso de la República un Proyecto de Ley; que no ha sido aprobado ni sometido a consideración del pleno.

#### **b. Argumentos de derecho**

- Los demandantes alegan que el parámetro de control constitucional del artículo 2 de la Ley N° 28374, no sólo está compuesto por las normas referidas al Capítulo XIV del Título IV de la Constitución Política del Estado, De la descentralización, las regiones y las municipalidades, sino también de aquellas normas legales que desarrollan dicha parte del texto constitucional, éstas son la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, y la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Ambas normas tienen la naturaleza de interpuestas y forman parte del bloque de constitucionalidad de la parte de la Constitución referida a la Descentralización.
- Refieren que la inconstitucionalidad de la norma impugnada se funda en que el Gobierno Nacional pretende arrogarse de *motu proprio* una facultad que constitucionalmente le pertenece a los Gobiernos Regionales, especialmente al Gobierno Regional de Lima.
- Los demandantes alegan que se ha vulnerado el principio consagrado en el artículo 103 de la Constitución, en la medida que la ley especial sometida a control constitucional ha sido expedida por la diferencia de las personas, y no por la naturaleza de las cosas, a efectos de perjudicar específicamente al Gobierno Regional de Lima, enervando una competencia constitucional conforme lo establece el artículo 192 de la Constitución; pues no existe otro supuesto de conflicto territorial para la instalación de Gas Natural, que no sea el referido al aparente surgido entre la región Lima (Provincia de Cañete) y la Región Ica (Provincia de Chincha).

#### **2. Contestación de la Demanda**

Con fecha 8 de febrero de 2005, Carlos Mesía Ramírez, se apersona al presente proceso en calidad de apoderado del Congreso de la República en mérito de la Resolución N° 060-2004-2005-P/CR, para solicitar se declare infundada la Acción de Inconstitucionalidad promovida por el señor Miguel Ángel Mufarech Nemy y más de cinco mil ciudadanos, contra el artículo 2 de la Ley N° 28374, Ley que regula la distribución de los recursos en el caso de la adjudicación directa de predios en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional, por cuanto no contraviene la Constitución por el fondo, ni en lo referido a su aprobación, promulgación publicación; no configurándose las causales establecidas en el artículo 75º del Código Procesal Constitucional.

#### **a. Argumentos de hecho**

- Si bien conforme al inciso j del numeral 1 del artículo 10º de la Ley N.º 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, es a la Región Lima a quien correspondería decidir acerca de la venta de los terrenos situados en las Pampas de Concón, Valle de Topara en los límites de la provincia de Cañete con la provincia de Chincha, existe un hecho objetivo que no se puede desconocer, y es que actualmente ha surgido una disputa limítrofe que involucra los referidos terrenos. En consecuencia no se sabe cual es la región que debe adjudicar los terrenos.

- La delimitación de la Región de Lima e Ica, supone un conflicto que requiere una solución discrecional legislativa y no judicial, conforme lo dispone la Constitución en el inciso 7 del artículo 102. Y el hecho de que el Ejecutivo proponga la demarcación territorial, no supone que dicha propuesta deba ser aprobada por el Parlamento de modo integral y sin modificaciones, y tampoco que no pueda archivarla si la considera inoportuna o inconveniente desde un punto de vista político. Estamos ante un acto político no justiciable.

**b. Argumentos de derecho**

- La definición de Estado unitario que ofrece el demandante es incompleta por interesada, pues desconoce que esta forma estatal se rige no sólo por la Constitución sino que también por un único centro de decisión con fuerza legislativa: el Congreso de la República, cuyas leyes valen, rigen y son de cumplimiento obligatorio en todo el territorio de la República.
- La demanda confunde los conceptos de autarquía y autonomía de las entidades descentralizadas, sobre los cuales el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de distinguir en la sentencia del 7 de agosto de 2003 recaída en la acción de inconstitucionalidad contra a Ley N° 27580 referida a las autonomías municipales. En el sentido que, la autonomía no significa autarquía funcional o autonomía absoluta, sino que dichas funciones deben ejercerse en el marco de la Constitución y las leyes, que la condicionan y que exigen que en determinados supuestos la autonomía deba graduarse en intensidad en función del tipo de interés que se persigue con el ejercicio de las competencias distribuidas.
- Ésta concepción constitucional de la autonomía regional se ve reforzada por las leyes de desarrollo en la materia, que conforman el bloque de constitucionalidad en función del cual se debe resolver el presente proceso de inconstitucionalidad: artículos 5, 7, 8, 9, 11, 36 y 45 de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.
- De una lectura adecuada del inciso j del numeral 1 del artículo 10 de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, se desprende que no se pude desconocer las competencias compartidas, como las que tiene el Gobierno Nacional en virtud del inciso c numeral 2 del artículo 10 de la Ley N.º27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, correspondientes a los sectores de energía, hidrocarburos y minas.
- En virtud de principio “ley posterior modifica ley anterior”, la Ley N° 28374, Ley Orgánica que regula la Distribución de los Recursos en el Caso de la Adjudicación Directa de Predios en el ámbito de desarrollo de Proyectos de Interés Nacional, que es materia del presente proceso de inconstitucionalidad, matiza los efectos y alcances del inciso j del numeral 1 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y se coloca ante la eventualidad de los problemas limítrofes no sólo vigentes, sino de los que pudiesen presentarse.
- La norma sometida a control constitucional se trata de una ley que busca evitar de modo razonable un perjuicio a los intereses nacionales y los objetivos del proceso de descentralización, como son el de garantizar las inversiones, el orden público y la seguridad. En consecuencia la supuesta inconstitucionalidad de la ley por violación del artículo 103 de la Constitución tampoco puede estimarse, ya que el mismo permite la aprobación de leyes especiales cuando así lo exige la naturaleza de las cosas.
- La Ley N.º 28374, no contraviene los fines del proceso de descentralización descritos en el Capítulo III de la Ley N.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización, los cuales deben ser analizados en sede política, económica, administrativa y democrática, sobre la base del principio de razonabilidad.

## **V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES**

En atención a la importancia que tiene la norma sujeta a inconstitucionalidad, se procederá al estudio desde un punto de vista formal y material. Por tal motivo, este Colegiado en las siguientes líneas se pronunciará sobre lo siguiente:

⦿ Respecto al ámbito de actuación del Tribunal Constitucional

- (a) Ante todo, es importante señalar cuál es el marco competencial que tiene el Tribunal Constitucional para resolver en el presente caso. En tal sentido,
  - i. Qué tipo de proceso es el de inconstitucionalidad
  - ii. Cuáles son las normas aplicables en un proceso como éste

⦿ Respecto a la cuestión de admisibilidad

- (b) En segundo lugar, es necesario analizar algunos cuestionamientos a la forma en que la demanda fue presentada.

⦿ Respecto al fondo del proceso

- (c) Como tercera parte, como elemento genérico, si el contenido de la ley es conforme con lo que el proceso constitucional de descentralización demanda para el país. Por tanto,
  - i. Cómo ha sido definido el proceso descentralizador.
  - ii. De qué forma aparecen las regiones como parte de la descentralización
  - iii. Cuál es la configuración correcta de las autonomías gubernamentales.
- (d) Como cuarta cuestión, cuáles son los criterios básicos en que debe desarrollarse la descentralización. De esta forma,
  - iv. De qué manera debe conjugarse con el principio de unidad estatal.
  - v. Hasta qué punto puede considerarse válido el principio de subsidiariedad
- (e) En quinto término, si una ley como la dada se encontraría afectando las competencias regionales, por lo que es necesario observar:
  - i. De qué manera se realiza la distribución competencial entre los distintos gobiernos.
  - ii. Cuál es la dificultad de la competencia territorial.
  - iii. Cómo debe entenderse la competencia funcional.
  - iv. De qué manera se realiza la distribución accesoria.
- (f) En sexto lugar, si la ley cumple todos los requisitos que necesita para que sea considerada como válida. En este sentido:
  - i. Cuál debe ser el grado de generalidad que debe tener.
  - ii. Si ha sido realizada por un órgano competente.
  - iii. Cuándo corresponde la dación de una ley orgánica

## VI. ÁMBITO DE ACTUACIÓN

### **1. La necesidad de desarrollar el ámbito de actuación en el caso concreto**

Es imprescindible que en el presente caso, el Tribunal pueda definir cuál va a ser el marco en el que actuará, sobre todo tomando en cuenta la particularidad de la demanda y de los alegatos presentados en la Audiencia realizada el día quince del presente mes.

Por tanto, debe quedar establecido cuál debe ser la función de este Colegiado cuando resuelve un proceso de inconstitucionalidad, tomando en cuenta la naturaleza de la ley y el verdadero carácter que tiene la Constitución, así como el parámetro normativo que tiene para poder actuar.

#### **A. EL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD**

### **2. Tribunal Constitucional y proceso de inconstitucionalidad**

El proceso de inconstitucionalidad si bien es de naturaleza abstracta tiene una doble dimensión: objetiva y subjetiva. En reconocimiento de la dimensión objetiva se debe ejercer un control de constitucionalidad acorde con los valores y principios consagrados por la Constitución Política; es decir, que no se reduce, únicamente, a un mero examen de la ley, sino que se orienta a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional. Esto es promoviendo la superación de las situaciones reales conflictivas de los diversos intereses que coexisten en el marco del Estado Constitucional de Derecho, a fin de otorgar una razonable aplicación de las normas constitucionales.

En mérito a la dimensión subjetiva, el Tribunal Constitucional puede valorar la constitucionalidad de los actos concretos realizados al amparo de la norma legal impugnada, lo cual definitivamente no supone la resolución del problema en un caso concreto; sino otorgarle un canon valorativo constitucional–función de valoración, para la resolución del presente proceso de inconstitucionalidad.

### **3. Control político y jurídico del Tribunal Constitucional**

Este Colegiado para poder determinar la verdadera naturaleza de la descentralización en el país debe tomar en consideración el marco adecuado que le brinda la Constitución para su actuación, dejando claro que su mandato es de un control político y jurídico. En tal sentido,

“a diferencia de los otros ámbitos jurídicos-técnicos, el objeto del derecho constitucional estriba en proceso vital del Estado como un todo. Este proceso, en cuanto duradera renovación y progreso de la voluntad comunitaria estatal como unidad vital y real, es regulado por la Constitución”<sup>1</sup>.

Para poder entender el verdadero significado de la Constitución es necesario partir de su concepción como norma fundamentadora de todo el Sistema Jurídico y su cometido como guía primordial del Ordenamiento (en un sentido básicamente político). De ello se desprende que la construcción constitucional proclama una dualidad jurídico-política de la norma suprema, a guisa de advertir cómo la realidad de un país condiciona la vigencia constitucional, en una interacción constante de sociedad y ley, que es importante descubrir y manejar con acierto de modo permanente; mientras la realidad se encuentra en constante evolución, la normatividad envejece con el paso del tiempo. Este binomio de

---

<sup>1</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política). Madrid, Reus, 1985. p. 206, siguiendo el pensamiento de Smend.

acción plantea que la Constitución aparte de tener un ámbito normativo, posea uno meramente político.

En tal sentido, también es una guía para este Tribunal, como parte del Estado, una búsqueda constante, a través de sus resoluciones, de

“promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”<sup>2</sup>.

Este Colegiado buscará dotar de contenido positivo y real a tal norma a través de la resolución de la presente demanda de inconstitucionalidad referida al fomento de la inversión privada en un tema tan importante como los proyectos referidos al gas de Camisea.

#### **4. Proceso de inconstitucionalidad y problemas abstractos**

Este criterio se presenta en el sentido que se hace necesario sustentar la legitimidad o ilegitimidad de los actos de aplicación de la ley, dada su especialidad, en atención a algunas de las funciones adicionales que han sido reconocidas al proceso de inconstitucionalidad, las que se despliegan en el marco constitucional establecido, entre las que tenemos la función ordenadora y pacificadora, que según este Colegiado,

“está orientada a crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias”<sup>3</sup>.

Pues es sólo en el ejercicio de estas funciones del control constitucional, que se logrará juridificar los conflictos sociales y políticos basándose en la propia Constitución, encontrando soluciones sustentables a los mismos.

Es de esta forma que se da contenido a la *praxis* del Tribunal Constitucional, en la garantía de las instituciones que subyacen al cuerpo constitucional y en la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales, lo que configura el parámetro básico de la labor jurídico-política concreta de la justicia constitucional. Así, al afirmarse el principio jurídico de la supremacía jurídica y valorativa constitucional y el rol del Tribunal Constitucional como supremo intérprete, se ve reforzado el principio político de la soberanía popular, que es la base material que da impulso al proceso de maduración democrático-constitucional.

### **B. EL PARÁMETRO NORMATIVO DE ACTUACIÓN**

#### **5. Necesidad de actuación del Tribunal Constitucional**

Para que una demanda por inconstitucionalidad pueda ser resuelta por este Colegiado se requiere cumplir con dos criterios básicos, los mismos que deben quedar claramente establecidos en este acápite de la sentencia.

Uno es que la norma materia de inconstitucionalidad posea un rango de ley. Otro es que el parámetro normativo que debe usar este Tribunal para resolver. A través de ambos se llegará a cumplir las tres funciones básicas del control constitucional abstracto: de valoración, pacificadora y ordenadora<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Artículo 44 de la Constitución.

<sup>3</sup> Sentencia del Expediente 0021-2003-AI/TC, Colegio de Biólogos y Colegio de Arquitectos del Perú, fund. 2.

<sup>4</sup> Claro análisis de estos cometidos en Jiménez Campo, Javier. Qué hacer con la ley inconstitucional. En: Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Madrid, CEC, 1997, pp. 24, ss.

## 6. La norma materia de inconstitucionalidad

En la Norma Fundamental, el proceso de inconstitucionalidad puede ser interpuesto:  
“contra las normas que tienen rango de ley: ley”<sup>5</sup>.

Es decir, es correcto que en el presente caso se está impugnando el artículo 2 de una ley como es la 28374, con un objetivo básico, cual es

“la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa”<sup>6</sup>.

De lo expresado, a partir de este reconocimiento expreso de la supremacía constitucional<sup>7</sup>, se permite aseverar que la Constitución está alcanzando una calidad imprescindible de guía de las leyes que se emitan, a la luz de ser considerada como

“la realización de algo vivido, formador y conformador de la realidad histórica, pudiendo cumplir su función en la vida de la comunidad”<sup>8</sup>.

Las funciones del control constitucional desarrolladas en los párrafos precedentes, para ser ejercidas necesitan que la demandan de inconstitucionalidad plantea con claridad la pretendida inconstitucionalidad. Es el caso que el recurrente peticiona la declaratoria de inconstitucionalidad parcial del artículo 2 de la Ley Nº 28374, de lo que no se puede deducir que parte de la norma pretende impugnar, ni tampoco se desprende con claridad que si la inconstitucionalidad parcial está referida al primer o segundo párrafo de la norma, o a la disposición contenida en dicho artículo., supuesto éste último que no constituye una petición parcial de inconstitucionalidad.

## 7. La Constitución como norma jurídica y política

Tal como se señalara *supra*, para conectar correctamente realidad y norma es fundamental un sentido compacto de lo que la Constitución significa. Según la teoría institucional, una Constitución democrática ya no podrá pensarse

“como centro del que todo derivaba como irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger”<sup>9</sup>.

El ámbito político de la Constitución, relacionada con el alto grado de consenso requerido entre las distintas fuerzas políticas y sociales de un país para aprobarla, intenta asimismo limitar el poder público para comprometerse con la vigencia de los derechos fundamentales. El intérprete no debe olvidarse de que toda Constitución refleja un acuerdo político determinado y duradero<sup>10</sup>, es decir, una fórmula de expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social y en un particular momento histórico rodeado de singulares características que, debido a la dinámica comunitaria, pueden variar, aunque la idea es que el acuerdo sea duradero.

Por tal razón, cuando este Colegiado resuelva las causas, no puede hacerlo tomando en consideración la Constitución simplemente como una norma jurídica, sino además entendiéndola también como una con un carácter político.

<sup>5</sup> Artículo 200 inciso 4 de la Constitución.

<sup>6</sup> Artículo 75 del Código Procesal Constitucional.

<sup>7</sup> Básicamente establecida a partir del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y del artículo 138 *in fine* de la Constitución.

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 112.

<sup>9</sup> Tal como lo ha precisado ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid, Trotta, 1995. p. 14.

<sup>10</sup> Orientación doctrinal en DE VEGA, Pedro. La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Madrid, Tecnos, 1985. p. 56; y en SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial, 1<sup>a</sup> ed., 1<sup>a</sup> reimpr. pp. 80 y ss.

## **8. El desarrollo legislativo de la descentralización constitucional**

Pero, aparte de la Constitución, también se debe resolver analizando las normas que la desarrollan. Por lo tanto, en el presente caso, tomando en consideración el modelo autonómico de descentralización, se ha venido a señalar que

“una actividad expresa postconstitucional, a través de la cual se efectuaría el desarrollo del correspondiente mandato de la Constitución, abriéndose de esta manera las puertas a las Comunidades Autónomas para que ejercieran, dentro de dicho marco básico, las competencias que hubieran asumido en sus Estatutos de Autonomía”<sup>11</sup>.

Este tema es de capital importancia para el caso nacional. Es a través de leyes como las de descentralización y de gobiernos regionales, como el contenido de las normas constitucionales se ven concretizados y producen efecto a la luz del proceso que se ha iniciado hace unos años.

## **9. El parámetro en el proceso de constitucionalidad**

Superado el primer criterio de la intervención de este Colegiado en la inconstitucionalidad de la Ley 28374, cabe un punto a ser analizado: cuál es el parámetro que debe utilizarse para determinar si una norma como ésta es constitucional o no.

Según el propio Código Procesal Constitucional,

“para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona”<sup>12</sup>.

Por tanto, como parte del desarrollo de la parte de descentralización de la Constitución, se han dado una serie de normas que aparecen como pertinentes dentro del presente proceso en virtud de su reconocimiento explícito por parte de la Constitución<sup>13</sup>.

## **10. El reconocimiento del bloque de constitucionalidad**

Sobre todo, relacionando y armonizando la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional, se puede entender como bloque de constitucionalidad todo el conjunto de disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para apreciar los vicios de constitucionalidad de una ley sujeta a su control.

De lo expresado se puede entender que el Tribunal Constitucional debe analizar la presente demanda a partir de un canon interpretativo integrado por las normas de la Constitución, y en tanto desarrollan su contenido, la Ley N.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización y de la Ley N.º 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Esto es así, en mérito del principio de interpretación establecido en el artículo 79 del Código Procesal Constitucional, que ha sido señalado en el fundamento 8.

## **11. La resolución de un problema de índole constitucional**

En conclusión, en el presente caso, el Tribunal deberá pronunciarse sobre la titularidad de la competencia controvertida entre el Gobierno Central y el Regional, tomando como base para su actuación la inconstitucionalidad de una ley.

“Pero a la vez la decisión sobre la validez de tal acto o norma puede producirse como consecuencia de un pronunciamiento previo sobre la titularidad de la competencia”<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> PÉREZ ROYO, Javier. Las fuentes del Derecho. Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1985. p. 158.

<sup>12</sup> Artículo 79 del Código Procesal Constitucional.

<sup>13</sup> Octava Disposición Final y Transitoria acápite 1 de la Constitución (“son materia de leyes de desarrollo constitucional... las normas de descentralización”).

Para ello, el juez constitucional debe hacer uso de las técnicas interpretativas coadyuvantes “a clarificar el sentido de los preceptos constitucionales y a concluir, por tanto, acerca de la titularidad efectiva de las competencias y los condicionamientos a su ejercicio”<sup>15</sup>.

En tal sentido, a través de la presente sentencia, este Colegiado debe determinar la inconstitucionalidad de una norma como la que está siendo sujeta a control, sobre la base en que su rango es legal y que se debe analizar según el bloque de constitucionalidad. Éste es el parámetro de actuación que debe existir.

## VII. CUESTIÓN DE ADMISIBILIDAD

### **12. Legitimidad procesal activa, según una interviniente en la audiencia**

Tras la solicitud por parte del defensor de la parte demandante del uso de la palabra a uno de los promotores de la demanda, el Presidente Regional de Lima Provincias, este Colegiado por principio de equidad consideró pertinente consentir, a pedido del demandado, la intervención de la Alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Cañete para esclarecer los argumentos fácticos vertidos por el primero. En su alegato, la alcaldesa criticó la actuación del promotor de la demanda de inconstitucionalidad, al señalar que no obstante accionar a título personal y en representación de más de 5 mil ciudadanos, había utilizado recursos públicos del Gobierno Regional de Lima, para lograr interponerla, así como para sufragar los gastos del abogado defensor. Esto fue lo que señaló:

“Se ha venido recolectando las firmas engañando a la gente... diciendo que esto es para defender los límites de Cañete; no sabían que era para paralizar la inversión, y lo digo con testigos, porque firmó mi cuñada y mi sobrina...

Ahora lo que yo pregunto, no soy abogada, no se mucho de leyes, pero tengo entendido que el señor Mufarech presentó esta acción de inconstitucionalidad a título personal. Pero si lo presentó a título personal, por qué salió publicado en El Peruano con una resolución regional, pagándole al señor Aníbal Quiroga más de treinta mil soles para la defensa del problema de límites. Y cuando lo hemos visto hoy día se presentó como Presidente de la Región”<sup>16</sup>.

Es así como este Colegiado toma conocimiento de la Resolución Ejecutiva Regional N.º 328-2004-PRES, dada en Huacho el 22 de diciembre de 2004.

### **13. Sobre la resolución de admisibilidad**

Tras haberse presentado la demanda y luego de un estudio formal de la misma, este Colegiado resolvió admitirla

“Atendiendo a

Que la demanda satisface los requisitos formales de los artículos 101° y 102° de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional”<sup>17</sup>.

Esta providencia permite que en estos momentos se pueda estar resolviendo las cuestiones de fondo sobre la materia de la inconstitucionalidad. Sin embargo, tras las críticas vertidas en la audiencia

<sup>14</sup> GÓMEZ MONTORO, Ángel. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid, CEC, 1992. p. 255.

<sup>15</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. Madrid: Civitas, 1982. tom. I, p. 328.

<sup>16</sup> Intervención de la Alcaldesa de la Provincia de Cañete, Audiencia del 15 de febrero del 2005.

<sup>17</sup> Resolución del Tribunal Constitucional 0002-2005-PI/TC, Más de cinco mil ciudadanos, Motivaciones (se decide “admitir la demanda de inconstitucionalidad presentada”).

respecto al *modus operandi* en que el demandante ha actuado en esta oportunidad, es necesario que este Colegiado señale algunas consideraciones al respecto.

#### **14. Fin de la inconstitucionalidad y demanda**

La demanda de inconstitucionalidad busca básicamente impedir que la indemnidad de la Constitución se vea afecta. Y, ¿cómo se logra ello? A través del control de las normas con rango de ley, según está expresamente señalado en la Constitución<sup>18</sup>.

De este axioma general se colige que no se puede presentar una demanda afectándose derechos fundamentales ni principios generales constitucionales. Es decir, no se puede buscar proteger la Constitución vulnerándola.

#### **15. El derecho fundamental a la participación política de la nación**

Cuando constitucionalmente se ha reconocido que

“toda persona tiene a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen el derecho, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, iniciativa legislativa y de referéndum”<sup>19</sup>.

se está señalando que cualquier persona puede promover la dación de una ley. Sin embargo, esta formulación positiva de iniciativa legal se debe ver complementada con la posibilidad -también constitucional- de que se declare su inconstitucionalidad, y retirarla del ordenamiento jurídico<sup>20</sup>. Es así como a los ciudadanos también se le reconoce esta capacidad cuando se señala que

“están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones”<sup>21</sup>.

#### **16. La participación política de la nación y recolección de firmas**

Este derecho no puede verse vulnerado a la hora de la recolección de firmas, tal como lo ha venido a afirmar la Alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Cañete.

Pese a no existir norma procesal constitucional expresa sobre la materia, cabe la posibilidad del Tribunal como supremo intérprete de la Constitución, solicitar a las autoridades competentes investigar sobre la materia conforme a Ley.

#### **17. El correcto manejo de los fondos regionales**

Según la Constitución, los gobiernos regionales tienen autonomía económica<sup>22</sup>. De otro lado, se señala que estos están compuestos por diversos órganos, como son el Consejo Regional, la Presidencia y el Consejo de Coordinación Regional<sup>23</sup>.

De la conjunción de tales normas se puede comprender que tal capacidad de manejo económico no puede corresponder tan sólo a uno de los órganos en detrimento de los otros.

<sup>18</sup> Artículo 200 inciso 4 de la Constitución.

<sup>19</sup> Artículo 2 inciso 17 de la Constitución, complementado en el artículo 31 de la Constitución (participación en los asuntos públicos).

<sup>20</sup> Sobre el valor de la inconstitucionalidad de la ley, se puede observar el artículo 103 de la Constitución.

<sup>21</sup> Artículo 203 inciso 5 de la Constitución, reproducido en el artículo 99 del Código Procesal Constitucional.

<sup>22</sup> Artículo 191 de la Constitución.

<sup>23</sup> Explicación somera de sus funciones en el artículo 191 de la Constitución.

## **18. La titularidad para demandar por inconstitucionalidad de una ley**

Como se ha dejado sentado, quien ha presentado la demanda de inconstitucionalidad, ha sido una pluralidad de más de cinco mil ciudadanos. Por más que el promotor de la demanda sea Miguel Ángel Mufarech Nemy, Presidente Regional de Lima, éste no la ha interpuesto utilizando el cargo que ostenta, sino en su calidad de ciudadano peruano, y con toda la defensa que la propia Constitución le ofrece.

En caso contrario, hubiese sido necesario la presentación de la

“certificación del acuerdo adoptado en el Consejo Regional de Coordinación Regional”<sup>24</sup>, documento que no ha sido presentado y que no es necesario en virtud de la independencia del accionante con el Gobierno Regional de Lima. Para este Colegiado la demanda ha sido presentada correctamente por más de cinco mil ciudadanos.

## **19. El pago de los honorarios del demandante**

Por lo tanto, relacionando el concepto de autonomía regional económica y la titularidad del derecho a demandar por inconstitucionalidad, no es posible pasar por alto, a criterio de este Colegiado, el hecho que sean las arcas del Gobierno Regional de Lima las que sufraguen los gastos de pago de los honorarios del demandante.

En una resolución Ejecutiva Regional, emitida a finales de diciembre del 2004 y firmada únicamente por Miguel Ángel Mufarech Nemy, al ser Presidente Regional de Lima, se señala lo siguiente:

“VISTOS; la Resolución Ejecutiva Regional N° 327-2004-PRES, el Informe N° 181-2004-GRL/SGRAJ a través del cual se sustenta la configuración del supuesto de servicios...  
CONSIDERANDO;

Que, es necesario contratar el servicio de Asesoría Legal y Consultoría Especializada para la Procuraduría Pública Regional del Gobierno Regional de Lima para la defensa, análisis y conducción de todas las estrategias legales, judiciales, administrativas y constitucionales, para el inicio de cuento proceso y/o acción en defensa de la intangibilidad y propiedad de las tierras eriazas, sus límites y extensión, que se encuentren dentro de la jurisdicción territorial del Gobierno Regional de Lima, específicamente entre las provincias de Cañete (Región Lima) y (Región Ica) hasta su finalización, incluyendo la solicitud y/o pedido de inconstitucionalidad parcial o total de toda norma legislativa y/o administrativa, general o particular, que afecte ese derecho directa o indirectamente;...

Que, el abogado Aníbal Quiroga León, acredita tener especialización en derecho constitucional y procesal constitucional, administrativo y judicial, para brindar la referida asesoría legal y consultoría especializada, dado que ejerce activamente la defensa especializada en materia constitucional y procesal constitucional, así como la docencia universitaria en dichas materias en prestigiosos Centros Superiores de Estudios, además de haber cursado estudios de especialización referidos a dichas especialidades, contando dentro de la cartera de clientes del Estudio “Aníbal Quiroga León & Abogados Soc. Civil R.L.”, del cual es socio principal, con importantes entidades públicas y privadas; por lo que resulta procedente su contratación en vía de exoneración y bajo la causal de servicios personalísimos;...

Que, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 327-2004-PRES se incluyó en el Plan Anual de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Gobierno Regional de Lima, el

---

<sup>24</sup> Artículo 102 inciso 5 del Código Procesal Constitucional.

proceso de Adjudicación Directa Selectiva para la contratación del servicio de Asesoría Legal y Consultoría Especializada en materia de derecho constitucional y procesal constitucional, administrativo y judicial, para la defensa, análisis y conducción de todas las estrategias legales, judiciales, administrativas y constitucionales, para el inicio de todo proceso y/o acción en defensa de la intangibilidad y propiedad de las tierras eriazas, sus límites y extensión, que se encuentren dentro de la jurisdicción del Gobierno Regional de Lima, específicamente entre las provincias de Cañete (Región Lima) y de Chincha (Región Ica); hasta su finalización, incluyendo la solicitud o pedido de inconstitucionalidad parcial o total de toda norma legislativa o administrativa, general o particular, que afecte ese derecho directa o indirectamente; por un valor de S/. 36,000.00 nuevos soles correspondientes a Asesoría Legal y Consultoría Especializada;...

SE RESUELVE:...

Artículo Segundo.- Ordenar la contratación del abogado Aníbal Quiroga León, como servicio personalísimo, de conformidad con el inciso h) del artículo 102 del T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 012-2001-PCM y normas modificatorias, hasta por la suma de S/. 36,000.00 nuevos soles, monto que incluye los impuestos de ley

Regístrese, publíquese y cúmplase.

Miguel Ángel Mufarech Nemy  
Presidente<sup>25</sup>

## **20. Subsistencia de la declaración de admisibilidad**

Pese a lo señalado, y a la preocupación de este Colegiado por la actitud del demandante y su abogado, la declaración de admisibilidad de la demanda debe quedar consentida y no puede ser materia de cuestionamiento, razón por la cual es necesario en las siguientes líneas pronunciarse sobre el fondo de la presente causa.

## **VIII. FUNDAMENTOS DE FONDO**

### **21. El análisis coherente de la descentralización regional**

Es imprescindible que el Tribunal pueda resolver el presente caso según los parámetros constitucionales que le corresponden, sobre todo basándose en la norma sujeta a control de constitucionalidad.

A través de la demanda, los accionantes precisan que la norma es inconstitucional toda vez que “el Gobierno Nacional pretende arrogarse de *motu proprio* una facultad que constitucionalmente le pertenece a los Gobiernos Regionales, especialmente al Gobierno Regional de Lima cuando el terreno al que se refiere en forma genérica la norma citada es el referido a la instalación de la Planta de Licuefacción del Gas Natural de Camisea, el cual se encuentra dentro de la jurisdicción del Gobierno Regional de Lima”<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Resolución Ejecutiva Regional N° 328-2004-PRES, Dispone la contratación de servicio de asesoría legal y consultoría especializada mediante proceso de adjudicación de menor cuantía, dada en Huacho el 22 de diciembre del 2004.

<sup>26</sup> Acápite III.4.3 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 45 del Expediente).

Por tanto, a lo largo de esta sentencia este Colegiado debe tratar de resolver la existencia o no de coherencia de la norma impugnada respecto a la Constitución, tanto desde un punto de vista material (relacionado con su correspondencia con el proceso descentralizador existente en el país, que será materia de los dos primeros acápitones) como desde uno formal (relacionado con el cumplimiento de los requisitos exigidos para la dación de una ley, que será materia del último acápito).

#### **A. LA VERDADERA NATURALEZA DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN**

##### **22. La descentralización como antinomia del centralismo nacional**

Que hoy el Perú sea un país extremadamente centralista no es cosa del azar. Desde siempre, ha estado ligado a la fuerza centrípeta de una ciudad. Así, en el Incanato, Cuzco era la capital del Imperio, y considerada el ‘ombligo del mundo’. Ya en el Virreynato, Lima, al lado del puerto del Callao, se convertía en el centro de Sudamérica, dejándose de lado a Cusco<sup>27</sup>, tal como sucede hasta ahora.

La causa del problema se encuentra, parece ser, en que el caudillismo nacional, unido a fuertes cimientos oligárquicos, ha impedido la consolidación de partidos y de las instituciones gubernamentales, dejando paso al poder unipersonalizado. Esto ha motivado el interés de las clases dominantes, política, económica y socialmente, en mantener la situación y su condición, a costa de la mayoría de los peruanos. Justamente eso fue lo que se vio en los últimos años con el gobierno de Fujimori, en el cual se desmontaron las regiones del primer proceso descentralista iniciado, traspasándose funciones a los once Consejos Transitorios de Administración Regional – CTAR, dependientes del Ministerio de la Presidencia, como una forma marcada de ‘recentralización’ del poder.

Por eso, es interesante que el proceso descentralizador no sea truncado por los intereses gubernamentales anticonstitucionales. Es más, la etapa antidemocrática de la década pasada debe servir de lección para que las instituciones públicas, desde el rol que cumplen en el Estado, puedan hacer concurrir esfuerzos para cumplir los deberes que el Poder Constituyente ha establecido al Estado democrático y social de derecho, según la normatividad constitucional<sup>28</sup>.

#### **§1. Modelo constitucional de la descentralización**

##### **23. La descentralización como autarquía, según el demandante**

Partiendo de que la descentralización está relacionada con la capacidad de autogobierno de las entidades públicas, el demandante alega que en el ámbito administrativo

“tiene vinculación con el concepto de autarquía y supone la necesidad del Estado Central de delegar funciones específicas en órganos con capacidad suficiente para administrarse a sí mismos” aunque no se puede decir que “existe en términos absolutos”<sup>29</sup>.

En términos nacionales, la descentralización debe significar

“un proceso que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país”<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Este abandono se mantuvo hasta nuestros días, pese a su reciente reivindicación al constitucionalizarse como capital histórica del Perú [artículo 49 de la Constitución].

<sup>28</sup> Claramente establecidos en el artículo 44 de la Constitución.

<sup>29</sup> Acápite I.1.7 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 9 del Expediente).

Es más, la descentralización “pretende la democratización tanto política como económica del gobierno central (y su administración) con la finalidad de lograr las metas de los gobiernos regionales” [acápite III.4.17 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 55 del Expediente)].

<sup>30</sup> Acápite I.2.6 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 13 del Expediente).

#### **24. El fin de la ley es descentralizador, según el demandado**

Con el fin de contradecir los argumentos vertidos por el demandado, en la contestación de la demanda se precisa que

“en uso de competencias a las que no puede renunciar el Parlamento, se establecen los parámetros para garantizar, en caso de conflictos limítrofes, no sólo la administración de los predios sino también los objetivos y principios del proceso descentralizador a cargo de los gobiernos regionales”<sup>31</sup>.

#### **25. El modelo de poder de la matriz**

El poder en un Estado con gobiernos diferenciados debe ser analizado según el grado de relaciones entre ellos, de acuerdo a la naturaleza estatal. En una versión original, el modelo impuesto era el de la pirámide del poder, según el cual en una versión jerárquica del centro-periferia, permitía el control desde la cúspide o núcleo del Estado y del gobierno sobre sus contornos y entes inferiores, tal como ha sido práctica constante en el país, según se acaba de comentar. La búsqueda de democratización implicaba relaciones más directas y de coordinación entre el centro y la periferia.

Sin embargo, las nuevas necesidades del Estado y de la población han impulsado la existencia de un modelo de la matriz, el mismo que debe ser contemplado

“sustituyendo a los niveles o ámbitos jerárquicamente más ‘altos’ y más ‘bajos’ de la pirámide por niveles o ámbitos más extensos o más reducidos cuya extensión no sugiere diferencias en su respectiva importancia sino más bien por su aptitud o idoneidad para desempeñar ciertas tareas o funciones. Una vez que se han convertido en instituciones marco o instituciones delimitadoras, los gobiernos ya no se prestan tan fácilmente a la reificación sino que más bien pueden cambiarse... Abundando en este sentido, dado que todas las autoridades son en definitiva agentes del pueblo, ninguna de ellas puede pretender ser soberana sobre las restantes, sean estas contempladas como los distintos pueblos o como los otros gobiernos”<sup>32</sup>.

A partir de esta nueva configuración, el Estado peruano debe buscar identificar las correctas relaciones de los estamentos del poder sobre la base del proceso de descentralización puesto en marcha. Este elemento de distribución del poder es trascendente para determinar la constitucionalidad o no de la Ley 28374.

#### **26. El modelo de descentralización adoptado**

Son diversos los modelos de descentralización existentes en el Derecho Comparado. Se pueden encontrar las regiones en Italia o las autonomías en España, como esquemas de Estados Unitarios, además de los clásicos modelos de Estados Federales, como puede ser el de Estados Unidos o el de Alemania (con los Länder federados). Perú adoptó, para aplicar su descentralización, el modelo de la regionalización.

Lo que debe quedar claro es la vocación de dotar a los ámbitos internos de un Estado de algún tipo de autonomía, significa transitar entre opciones distintas pero que tienen puntos en común, tanto así que

<sup>31</sup> Acápite 2 de la contestación de la demanda (fs. 97 del Expediente).

<sup>32</sup> ELAZAR, Daniel, Tendencias de desarrollo institucional en España y el mundo. En: AGRANOFF, Robert y Rafael BAÑON I MARTÍNEZ, El Estado de las Autonomías. ¿Hacia un nuevo federalismo? Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. p. 26.

ellas servirán para explicar algunos elementos que son componentes esenciales en el desarrollo de la descentralización peruana.

## **27. Las virtudes del proceso de descentralización**

El Perú, un país con un fuerte arraigo centralista, recientemente ha ingresado en el segundo gran proceso descentralista de su historia republicana, hecho de relevancia indudable. Por eso, para que este proyecto tenga viabilidad y no se constituya en un fracaso anunciado, debe ser entendido y conducido bajo los principios de esperanza y de responsabilidad.

Todo este modelo se enmarca en la configuración de un Estado constitucional de democracia, el mismo que integra contenidos sociales con la búsqueda consecuente de conciliar los intereses de la sociedad. Por eso el proceso descentralizador requiere un Estado sólido y coherente con

“dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social”<sup>33</sup>.

## **28. El objetivo esencial de la descentralización**

Partiendo de que 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”<sup>34</sup>,

debe considerarse 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”<sup>35</sup>.

De esta forma, y esto debe estar en correlación con los intereses del Estado, tal como se puede observar en el caso concreto, la descentralización debe ser entendida como una situación

“en la que la adscripción de la ejecución de los fines públicos se otorga principalmente a personas jurídicas distintas del Estado, y en este caso favoreciendo la participación de la colectividad en el poder público como modo de reestructuración de competencias realizada en favor de las Entidades más próximas a los ciudadanos”<sup>36</sup>.

## **29. Las dificultades del proceso de descentralización**

Esta empresa de reconocimiento constitucional es asaz difícil por la ya destacada tradición centralista el Perú. Se ha de buscar la creación de un Estado unitario y descentralizado, como medio de racionalizar y democratizar el poder, buscándose así el respeto del pluralismo, pues

“el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”<sup>37</sup>,

<sup>33</sup> Sentencia del Expediente 008-2003-AI/TC, Más de cinco mil ciudadanos, fund. 12.

<sup>34</sup> Artículo 188 de la Constitución.

<sup>35</sup> Artículo 3 de la Ley de Bases de la Descentralización.

<sup>36</sup> CALONGE, GARCÍA y GONZÁLEZ. Autonomías y municipios. Descentralización y coordinación de competencias. Valladolid, 1995. pp. 41, ss.

<sup>37</sup> Artículo 2 inciso 19 de la Constitución.

Desde esta perspectiva, no es imposible señalar que es

“atendiendo al objetivo primordial del proceso descentralizador (el desarrollo integral del país) que es posible reconocer los límites del mismo y, por ende, del carácter autonómico de las distintas regiones”<sup>38</sup>.

Es así como la autonomía descentralista de los estamentos estatales, podrá entenderse como “ámbito de poder propio pero limitado en cuanto parte integrante del poder total representado por el Estado globalmente considerado, es decir, el ordenamiento general y originario desde esta perspectiva (de cuyo reconocimiento extrae el poder autónomo su existencia y legitimidad)”<sup>39</sup>.

Ante la incertidumbre y escepticismo inicial sobre el éxito de este proceso, todos los organismos del Estado, entre los cuales debe ubicarse este Colegiado, debe buscar su éxito, y éste es el sentido que debe guiar la presente sentencia.

## §2. Las autonomías en los gobiernos

### 30. La base de la autonomía competencial para las regiones, según el demandante

La política permanente del Estado en materia de descentralización, permite al demandante afirmar que “una forma de expresión de esta autonomía competencial en materia económica y administrativa es permitir que los Gobiernos Regionales puedan administrar por sí mismos sus bienes y rentas, según los parámetros establecidos por su propia ley orgánica. Dicha norma ha establecido que los Gobiernos Regionales (y en específico el Gobierno Regional de Lima) tienen como competencia exclusiva la administración y adjudicación de los terrenos eriazos de propia del Estado en su jurisdicción, con excepción de los terrenos de propia municipal”<sup>40</sup>.

### 31. La descentralización no puede entenderse como autarquía, según el demandado

Partiendo de una distinta forma de analizar la unidad estatal, el demandante ha alegado que “tampoco puede suscribirse lo afirmado por el demandante cuando confunde contradictoriamente los conceptos de autarquía y autonomía de las entidades descentralizadas”<sup>41</sup>.

### 32. La definición de autonomía

En la Ley de Bases de la Descentralización se ha llegado a proponer una definición para autonomía, la misma que debe ser entendida como una garantía institucional<sup>42</sup> que indica que

“es el derecho y la capacidad efectiva del gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. Se sustenta en afianzar en las

De otro lado, se debe reconocer la intervención política de los peruanos, al existir el derecho “a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación” [artículo 2 inciso 17 de la Constitución].

<sup>38</sup> Sentencia del Expediente 0012-2003-AI/TC, Gobierno Regional de Tacna, fund. 3.

<sup>39</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. Constitución, Municipio y Garantía Institucional. Lima, Grijley, 2000. p. 96.

<sup>40</sup> Acápite III.4.13 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 52 del Expediente).

<sup>41</sup> Acápite 1 de la contestación de la demanda (fs. 93, 94 del Expediente).

<sup>42</sup> Sobre este tema, GALLEGOS ANABITARTE, Alfredo. Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local; opinión pública). Madrid, Cívitas, 1994. p. 165.

poblaciones e instituciones la responsabilidad y el derecho de promover y gestionar el desarrollo de sus circunscripciones, en el marco de la unidad de la nación. La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas<sup>43</sup>.

Para hacerlo más claro aún, este Colegiado ha venido a señalar que

“la autonomía es capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento se forma parte, y que está representada no sólo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a éste”<sup>44</sup>.

Lo importante del actual proceso descentralizador es que la autonomía ha sido revisada para el caso de todos los gobiernos reconocidos. Es decir, tanto el Gobierno Nacional como el Regional y el Local poseen autonomía a nivel del Derecho Público Interno, pero sólo el Gobierno Nacional detenta la soberanía a nivel del Derecho Público Internacional.

### **33. La autonomía nacional**

Básicamente la autonomía está relacionada con la actuación del Gobierno Nacional. Entonces, pese a la diversidad de gobiernos reconocida, el Estado se presenta como uno e indivisible<sup>45</sup>, y si bien se propugna el inicio de la descentralización, ésta sigue tal proceso respetando dicha unidad estatal y sin posibilidad de afectarla.

El gobierno nacional se sustenta en los tres clásicos poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), así como en diversas instituciones constitucionalmente protegidas. De otro lado, todo Estado para su subsistencia debe tener una posibilidad real de poseer ingresos suficientes para realizar las labores que le competen. Sin embargo, el Presupuesto de la República, que depende el Congreso deberá buscar un gasto descentralizado y diferenciado.

### **34. La autonomía regional**

Un elemento básico que se ha considerado inteligentemente para que realmente las regiones puedan funcionar y tengan realidad social es su autonomía:

“Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia”<sup>46</sup>.

La autonomía política se traduce básicamente en la elección de sus representantes<sup>47</sup>, así como en la elaboración del Plan de Desarrollo Regional<sup>48</sup>, en virtud de la cual ejercen funciones ejecutiva y normativa. En esta última se percibe la posibilidad de autonormarse.

De otro lado, la autonomía económica es esencial para las regiones, puesto que sin rentas propias y sin una reserva presupuestal mínima, su actuación sólo podría llegar a mostrarse como aparente. Por eso,

<sup>43</sup> Artículo 8 de la Ley de Bases de la Descentralización.

<sup>44</sup> Sentencia del Expediente 0012-1996-AI/TC, 32 congresistas, fundamentos.

Según la Jurisprudencia Comparada, que poseen en el país, aparte del gobierno nacional, el regional y municipal, aparece como aquellos “asuntos que están enraizados en la comunidad local o que tienen una específica relación con ésta y pueden ser resueltos por la misma forma independiente y bajo la propia responsabilidad” [Sentencia del Tribunal Federal Alemán, *BverfGE* 8, 122, sobre acuerdos de los municipios del Land Hessen sobre celebración de referendos sobre armas atómicas].

<sup>45</sup> Artículo 43 de la Constitución.

<sup>46</sup> Artículo 191 de la Constitución.

<sup>47</sup> Artículo 191 de la Constitución: su mandato dura 4 años.

<sup>48</sup> Artículo 192 inciso 6 de la Constitución.

con un mandato constitucional y legal claro, se han establecido los bienes y rentas que le corresponden a las regiones<sup>49</sup>.

Esta definición de autonomía está subyacente en todo el debate que se ha formulado a lo largo de la presente sentencia, pues es el Gobierno Regional de Lima el que asevera que la intromisión supuesta del Gobierno Nacional se encontraría afectando su autonomía, y por tanto sus competencias.

### **35. La autonomía municipal**

En el Perú, el gobierno local recae sobre las Municipalidades, que ejercen su autoridad sobre un ámbito territorial denominado Municipio. Su tema central se puede considerar que es urbano y local:

“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”<sup>50</sup>.

La autonomía, en un triple sentido (política, económica y administrativa) ha sido reconocida constitucionalmente<sup>51</sup>. La administrativa nos permite observar que en la actualidad se reconocen dos niveles en el gobierno local: el provincial y el distrital, cuyas funciones debidamente delimitadas<sup>52</sup>. Adicional y excepcionalmente, por creación legal, se puede crear un gobierno delegado municipal<sup>53</sup>. Dotarle de autonomía política ha sido una innovación de la Constitución de 1993 respecto a la de 1979. Dentro de los órganos que integran las Municipalidades, están el Consejo Municipal y la Alcaldía. Con respecto a la autonomía económica, sus ingresos están claramente establecidos en la Constitución<sup>54</sup>, y desarrollados legalmente. Tampoco se les reconoce la potestad tributaria.

De esta forma,

“los órganos del municipio pueden tener competencia también para establecer normas generales que no tendrán el nombre de leyes, pero que lo serán en el fondo, desde el momento que habrán sido establecidas por el cuerpo colegial representativo, por un concejo municipal o ayuntamiento elegido por los vecinos del municipio”<sup>55</sup>.

### **36. La autonomía y competencias**

Así concebido el país, es interesante que el presente caso se pueda respetar, a partir de la autonomía nacional, sobre todo en el ámbito parlamentario, reconocer y respetar la autonomía regional. Los

<sup>49</sup> Artículo 193 de la Constitución; además, artículo 37 de la Ley de Bases de la Descentralización.

Entre otros, los derechos económicos que generen las privatizaciones y concesiones que otorguen; las asignaciones y transferencias establecidas en la Ley de Presupuesto; los recursos asignados del Fondo de Compensación Regional (sustentado en el carácter redistributivo entre las regiones, con el fin de facilitar recursos a aquellas zonas que no cuentan con ellos, a fin de que sean polos de desarrollo y contribuyan al Producto Bruto Interno); los bienes muebles e inmuebles de su propiedad; los recursos asignados por concepto del canon; el producto de sus operaciones financieras y de crédito interno concertadas con cargo a su patrimonio propio (las operaciones de crédito externo requieren el aval o garantía del Estado, y se sujetan a la ley de endeudamiento público); y, los tributos creados por ley a su favor.

<sup>50</sup> Artículo 195 de la Constitución.

Su carácter de autonomía proviene del origen romano de la institución. En los *municipia* se ejercía un control del Imperio sobre las ciudades conquistadas, motivo por lo cual se les daba cierta autonomía, *municipium*.

<sup>51</sup> Artículo 194 de la Constitución.

<sup>52</sup> Artículos 70 y 71 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

<sup>53</sup> Artículo 194 de la Constitución.

<sup>54</sup> Se explican claramente los bienes y rentas municipales [artículo 196 de la Constitución y artículo 46 de la Ley de Bases de la Descentralización].

<sup>55</sup> KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. México, FCE, 1958. p. 240.

parámetros de esta última deben fijarse de manera correcta, a partir de una distribución de competencias circunspecta, la cual debe basarse en los criterios de unidad y subsidiariedad.

Para este Colegiado, autonomía no puede ser confundida con autarquía, por más que puedan desenvolverse con plena libertad en los aspectos administrativos, económicos y políticos. La autonomía debe ser realizada con pleno respeto del ordenamiento jurídico toda vez que

“no supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél”<sup>56</sup>.

### **37. El verdadero alcance de la autonomía regional**

Es decir, la norma constitucional que reconoce la autonomía regional, al igual como este Tribunal lo ha reconocido respecto a la municipal, debe ser entendida en el sentido que

“tal capacidad para regirse mediante normas y actos de gobiernos se extiende a todas aquellas competencias que constitucionalmente le hayan sido atribuidas. Sin embargo, ello no quiere decir que el desarrollo y ejercicio de cada una de éstas pueda realizarse, siempre y en todos los casos, con idéntica intensidad de autonomía. Es constitucionalmente lícito modularlas en función del tipo de interés que con su ejercicio se persigue. La Constitución garantiza a los gobiernos locales una autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de los intereses locales. Pero no podrá ser de igual magnitud respecto al ejercicio de aquellas atribuciones competenciales que los excedan, como los intereses supralocales, donde esa autonomía tiene que necesariamente graduarse en intensidad, debido a que en ocasiones de esas competencias también coparticipan otros órganos estatales”<sup>57</sup>.

Por tanto, los intereses nacionales deben llegar a modular la eficacia de la autonomía regional, más aún si se tiene en cuenta que ésta está sujeta a parámetros constitucionales que le dotan de validez y eficacia.

Es así como debe entenderse en el presente caso la autonomía del Gobierno Regional de Lima. No se puede pretender argumentar la autonomía como si fuera un elemento casi de soberanía. Las regiones poseen un papel trascendente en la descentralización, tal como se observará *infra*, pero ello no puede dar lugar a un abuso de su posición constitucional.

## **§2. Regionalización y descentralización**

### **38. Las regiones como parte de la descentralización**

---

<sup>56</sup> Sentencia del Expediente 007-2001-AI/TC, fund. 6.

<sup>57</sup> Sentencia del Expediente 007-2002-AI/TC, fund. 9.

Es más, “ello permite concluir que la autonomía no supone una autarquía funcional, o que alguna de sus competencias pueda desvincularse total o parcialmente del sistema político, o del propio orden jurídico en el que se encuentra comprendido todo gobierno municipal” [Sentencia del Expediente 0010-2003-AI/TC, Municipalidad Provincial de Santa, fund. 5].

Como parte del proceso descentralista, existirá una nueva configuración territorial del país. En este marco, aparecen las regiones, las mismas que se presentan como unidades geoeconómicas sostenibles, y cuya creación se ha realizado

“sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente, conformando unidades geoeconómicas sostenibles”<sup>58</sup>.

De esta forma, estas nuevas formas de gobierno permiten el arbitrio del manejo y organización interna de una circunscripción territorial, y en esta primera etapa estarán igualadas a lo que históricamente han sido los departamentos, división administrativa básica del Estado.

### **39. El objetivo regionalizador**

Así, para el Tribunal Constitucional

“el reconocimiento, respeto y promoción por parte del gobierno central de la autonomía política, económica y administrativa de los gobiernos regionales, es consustancial al principio reconocido en el artículo 43º de la Constitución, según el cual el gobierno es descentralizado”<sup>59</sup>.

La regionalización es un componente básico del proceso democrático del Estado, encaminado a institucionalizar un pluralismo político de base territorial; supone la distribución, el reparto y la difusión del poder del Estado por el territorio nacional. En tal proceso, la recuperación de las libertades perdidas es recobrar el protagonismo de su propia historia y una normalización de la vida política de los pueblos. Los procesos de regionalización y autonomía pueden contribuir a garantizar el derecho de los pueblos al reconocimiento de sus particularidades culturales e históricas. Pueden asegurar una mejor adecuación de la acción del Estado a las peculiaridades de los territorios o regiones.

### **40. La real dimensión de la descentralización y regionalización**

En la base de la descentralización existen dos fundamentos: uno político, democratizado; y, otro técnico, de eficiencia en las prestaciones de los servicios públicos, tal como se ha venido a explicar en doctrina:

la descentralización “no sólo es un instrumento democratizador del poder y una garantía para la libertad, sino que, además, puede suponer una mejor técnica de organización para resolver los asuntos públicos”<sup>60</sup>.

Pero tampoco se puede creer que con la sola descentralización y regionalización se van a solucionar rápidamente los problemas que aquejan al país, sino es una propuesta para la mayor participación de la sociedad y de mayor eficiencia en la solución de dificultades estructurales tan graves y complejas como las que se viven. Además, no hay que soslayar que en sede legal se ha reconocido que este proceso debe ser realizado a la luz de los principios de dinamismo<sup>61</sup> y de irreversibilidad<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Artículo 190 de la Constitución.

Su sede “es la capital del departamento respectivo” [artículo 32 de la Ley de Bases de la Descentralización].

<sup>59</sup> Sentencia del Expediente 0012-2003-AI/TC, Gobierno Regional de Tacna, fund. 2.

<sup>60</sup> DE VEGA, Pedro. Poder Constituyente y Regionalismo. En: Trujillo, Gumerindo (comp.). Federalismo y Regionalismo. Madrid, 1979. p. 354.

<sup>61</sup> La descentralización “es un proceso constante y continuo, se ejecuta en forma gradual por etapas, previendo la adecuada asignación de competencias y la transferencia de recursos del nivel central hacia los gobiernos regionales y los gobiernos locales; promueve la integración regional y la constitución de macro regiones. Exige una constante sistematización, seguimiento y evaluación de los fines y objetivos, así como de los medios e instrumentos para su consolidación” [artículo 4 apartado d de la Ley de Bases de la Descentralización].

## B. LOS PRINCIPIOS ELEMENTALES DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN

### 41. Dualidad de principios

Para poder entender correctamente el proceso de descentralización, y dentro de él, la regionalización, es necesario reconocer que cualquier tipo de análisis que se realice de las autonomías que se le reconoce con el subsecuente reparto de competencias, debe respetar de un lado, la unidad del Estado peruano como marco que guíe el proceso, y la subsidiariedad como criterio que guíe la disquisición funcional entre los distintos gobiernos existentes.

#### §1. El principio unitario del Estado

### 42. La descentralización frente al Estado unitario, según el demandante

Para el demandante

“el Estado Peruano es un Estado Unitario que dentro de los últimos años ha estado implementando -a través de un proceso gradual- la descentralización administrativa de su organización interna a través de diversos entes autárquicos denominados Regiones (éstas de reciente data) y Municipalidades, quienes mantienen una serie de competencias internas propias distintas (de índole política, funcional y fiscal) al denominado Estado Central”<sup>63</sup>.

### 43. El Estado es uno con una sola soberanía, según el demandado

Frente a ello, el demandante precisa que

“suponer la existencia Estados con varias soberanías, ya que eso es un imposible jurídico que atenta contra la propia naturaleza del poder estatal que, para poder serlo, tiene que ser siempre uno, indivisible y supremo, cualidad infaltable para gozar de la condición de Estado soberano, independientemente de su forma de descentralización”<sup>64</sup>.

### 44. El gobierno nacional como unitario

El Estado de nuestro país es unitario, pero a la vez, con un gran compromiso hacia el futuro: su descentralización, tal como se presenta en la Constitución:

“Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado”<sup>65</sup>.

Por tanto, por más descentralización que exista el gobierno no puede dejar de ser unitario. La consecuencia de una afirmación como ésta es trascendente para configurar el tipo de Estado que es el Perú. Para no dejar dudas al respecto, se ha señalado 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,

<sup>62</sup> Además, “debe garantizar, en el largo plazo, un país, espacialmente mejor organizado, poblacionalmente mejor distribuido, económica y socialmente más justo y equitativo, ambientalmente sostenible, así como políticamente institucionalizado” [artículo 4 apartado c de la Ley de Bases de la Descentralización].

<sup>63</sup> Acápite I.1.8 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 9 del Expediente).

<sup>64</sup> Acápite 1 de la contestación de la demanda (fs. 93 del Expediente).

<sup>65</sup> Artículo 43 de la Constitución.

Por tanto, se afirma que su significación no es administrativa, sino básicamente constitucional [HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris, 1993, p. 86.]

regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación”<sup>66</sup>.

#### **45. El significado constitucional de la unidad estatal**

Y es en ese sentido, que puede recurrir al Derecho Constitucional comparado como un quinto método de interpretación, en la medida que se torna en una herramienta explicativa necesaria, pues es en el conocimiento de esa diversidad de repuestas en el contexto de procesos de descentralización, que se podrá establecer los criterios y pautas que deben determinar el análisis del juez constitucional en cada caso en concreto.

En el contexto actual puede hablarse de

“la homologación de las soluciones técnicas, con la notable aproximación de los mecanismos formales empleados para hacer posible el reparto de competencias y permitir su ejercicio, articulando los poderes separados en un sistema único capaz de funcionar con eficacia”<sup>67</sup>.

En este marco, la unidad estatal constituye el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado peruano. Respetando su contenido, existe una redistribución funcional y territorial. Es así como se subordina el principio de jerarquía normativa al de competencia: la unidad prima sobre la diversidad.

En tal sentido, el Gobierno constitucional del Perú no puede verse soslayado por una autonomía excesiva que quieran arrogarse las regiones. Por lo tanto, el Gobierno Regional de Lima no está en capacidad de discutir la unidad del Estado, ni tampoco afectar, por una interpretación incorrecta de la misma, su indemnidad.

#### **46. La diferencia con el sistema federal**

Frente al sistema unitario del Perú, existe uno federal. Esta forma de organización política evidencia un alto grado de relación entre integración y autonomía en la sociedad y en la política. Para entender el federalismo se debe partir de la idea de que no hay un modelo único, pues sería un contrasentido. Así, la esencia del federalismo está en la creación de instituciones y procesos que permitan alcanzar una unidad política que acomode y aumente la diversidad durante la solución de los problemas de la vida diaria, en los cuales la democracia, entendida como el gobierno del pueblo, signifique autogobierno. Su objeto se centra en que las naciones-estado como autoridades soberanas y unitarias no pueden gobernar con eficiencia a las sociedad complejas y diversas. Éstas requieren sistemas flexibles y dinámicos de gobierno descentralizado.

En los países que adoptan este sistema, la presunción de la unidad estatal no es de competencia del Estado Federal, sino más bien de los Estados federados (llamados Länder en Alemania), sobre la base de una delicada atribución de competencias. No obstante tal aseveración,

“el reparto competencial de las funciones de soberanía entre la Federación y los Länder parte en general de una esfera de acción de los Länder fundamentalmente unitaria e idéntica... El contenido de las competencias de los Länder no resulta únicamente de esta disposición, sino -como ‘competencia residual’- una vez deducidas las (en general

<sup>66</sup> Artículo 189 de la Constitución.

Sin embargo, que se le califique como unitario no obsta para que en algunos supuestos se reconozca la variedad de gobiernos existentes: “El Estado sólo garantiza el pago de la deuda pública contraída por gobiernos constitucionales de acuerdo con la Constitución y la ley” [artículo 75 de la Constitución].

<sup>67</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago. Derecho Público de las Comunidades Autónomas. p. 318.

unitarias) competencias federales, y a lo que tendría que añadirse las competencias estatales fundadas en disposiciones constitucionales específicas (p. ej. Constataciones de competencias del TC)”<sup>68</sup>.

Este esquema se ve trastocado claramente en un Estado unitario, como es el peruano, pues en el país no son las regiones (como sí lo son los Länder) los que poseen la ‘competencia residual’ de la unidad estatal, sino más bien al Gobierno Nacional.

#### **47. Gobierno unitario frente a la descentralización**

Para zanjar la cuestión, el Tribunal Constitucional ha marcado su posición. Sobre la base de los límites que deben regir al proceso de descentralización, ha llegado a precisar que

“el objetivo principal de dichos límites que, a su vez, actúa como principio informante de toda política descentralizadora, es el reconocimiento de la unicidad e indivisibilidad del Estado.

En efecto, Estado unitario e indivisible de gobierno descentralizado no son, en absoluto, conceptos contrapuestos”<sup>69</sup>.

Por tal razón, la democratización política del gobierno central y su administración constituyen condición ineludible para lograr el desarrollo descentralista, así como la satisfacción de las necesidades urgentes que sean materia de su competencia. De lo expuesto se colige que la unidad es la regla, y la descentralización es la excepción.

#### **48. Primacía del principio unitario**

Cuando un tema es de importancia nacional, surge con toda su fuerza la unidad del Estado, permitiendo la autonomía regional.

Sobre todo el ámbito en el que se desarrolla la descentralización es administrativo, y en cierta forma territorial, judicial y legislativa. Pero es el Estado unidad el que mantiene la función legislativa básica con el fin de mantener la unidad del país. Hablando en estricto del tema legislativo, éste compete al Congreso de la República, salvo en las materias que el bloque de constitucionalidad demande para los gobiernos regionales y municipales.

Por más que la cláusula de residualidad no está expresamente reconocida en la Constitución, a diferencia de lo que sucede en ordenamientos comparados. No obstante esta aseveración, a partir del principio de unidad analizado, cabe señalar que las competencias regionales sólo serán aquellas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes de desarrollo de descentralización, de modo que lo que no esté señalado en ellas, corresponde a la competencia exclusiva del Gobierno Central.

#### **§2. El principio de subsidiariedad**

#### **49. El principio de cercanía para subsidiariedad, según el demandante**

A partir del principio de subsidiariedad, el demandante precisa que ésta asume que

<sup>68</sup> PERNTHALER, Peter. El Estado federal asimétrico. Fundamentos teóricos, consecuencias prácticas y ámbitos de aplicación en la reforma del Estado federal austriaco. Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1999. p. 31

<sup>69</sup> Sentencia del Expediente 0012-2003-AI/TC, Gobierno Regional de Tacna, fund. 3.

“el proceso de descentralización debería tener en consideración que el manejo eficiente de recursos del Estado debería partir de las entidades más idóneas para ello, como en el caso del Gobierno Regional de Lima”<sup>70</sup>.

## **50. El interés nacional y la necesidad pública**

El tema hidroenergético es uno que mayor trascendencia tiene en el mundo de hoy. Por tal motivo, no es ilógico que se haya señalado en la ley:

“Declárase de interés nacional y necesidad pública la instalación y operación de Plantas de Procesamiento de Gas Natural, de conformidad con la Ley N° 28176”<sup>71</sup>,

tanto así que se ha permitido la modificación de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, en el sentido que

“mediante contrato-ley, el Estado podrá otorgar a las plantas de procesamiento de gas natural, los beneficios que la presente Ley y sus normas reglamentarias conceden”<sup>72</sup>.

## **51. El concepto de subsidiariedad**

La subsidiariedad es un principio íntimamente ligado con el tema descentralizador, y aplicable a la determinación correcta de competencias funcionales entre el órgano nacional, regional o autonómico.

Sobre esta base, un principio institucional organizativo como es la subsidiariedad

“exige la atribución de competencias y responsabilidades públicas a las autoridades más próximas a los ciudadanos, que se encuentren en condiciones de ejercerlas, principio que enlaza de modo claro con la exigencia de que los intereses colectivos de ámbito estrictamente local sean expresados por quienes tienen legitimación para ello”<sup>73</sup>.

Sin embargo,

“el principio de subsidiariedad no siempre se encuentra inserto en el texto... se trata muchas veces de orden doctrinario”<sup>74</sup>.

Por lo tanto, y de inicio, este principio tiene por objeto garantizar una toma de decisión lo más cerca posible del ciudadano, comprobándose constantemente que la acción que debe emprenderse a escala nacional se justifica en relación con las posibilidades que ofrece el nivel regional o local.

## **52. La proporcionalidad en la determinación de subsidiariedad**

No obstante estas nociones generales, la subsidiariedad solamente tendrá validez constitucional si está estrechamente vinculado a los principios de proporcionalidad y de necesidad que suponen que la acción del Estado no debe exceder lo que es necesario para lograr los objetivos de la Constitución.

Es decir, una materia solamente podrá ser asignada al gobierno más próximo a la sociedad si a partir del análisis de la competencia discutida, esta concesión favorece realmente a la población en un triple sentido:

- el propósito de la asignación debe ser congruente con los fines de la Constitución, adecuándose la solución concreta a los principios básicos de la descentralización.
- la solución arribada debe ser la más efectiva y adecuada admisible, pues tal prescindibilidad significa elegir entre las medidas posibles, la ‘más benigna’

<sup>70</sup> Acápite III.4.15 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 53 del Expediente).

<sup>71</sup> Artículo 1 de la Ley 28374.

<sup>72</sup> Artículo 1 de la Ley 28176, Ley de Promoción de la Inversión en plantas de procesamiento de gas natural.

<sup>73</sup> BLASCO DÍAZ, José Luis. Ordenanza Municipal y ley. Madrid, Marcial Pons, 2001. p. 54.

<sup>74</sup> DE OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo. *Principio de subsidiariedade. Conceito e evolução*. Río de Janeiro, Forense, 1997. p. 31

- razonablemente, tal determinación de contenidos no debe afectar el funcionamiento de alguno de los gobiernos existentes, por lo que se buscará la conveniencia constitucional del resultado al cual se llegue.

### **53. Correlación entre subditariedad y unidad**

Como se ha venido señalando, la unidad estatal constituye el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado peruano. Respetando su contenido, existe una redistribución funcional y territorial. Es así como se subordina el principio de jerarquía normativa al de competencia: se reconoce la diversidad dentro de la discrecionalidad.

A partir de un concepto como el de unidad estatal, se prevé una suerte de cláusula residual, que en caso de duda razonable sobre la titularidad de la competencia, ésta se determina a partir de un test de la competencia, la misma que será analizada *infra*, pero que se debe establecer a partir del bloque de constitucionalidad (*Vid. Acápite VI*). Pero el criterio básico relacionado con la unidad y las atribuciones nacionales, y su preferencia, es determinar si la materia es de interés general del Estado. Y esto es un elemento trascendente en la resolución del presente proceso de inconstitucionalidad.

De todas formas,

“hay que tener presente que no se trata solamente de acerca el gobierno a los administrados, con una descentralización puramente burocrática y administrativa, sino que se trata de que los administrados puedan participar en las funciones de gobierno”<sup>75</sup>.

### **54. Reversión de la subditariedad por cercanía**

Como se ha podido analizar, la subsidiariedad está en íntima relación con la mayor cercanía del gobierno con la población. Sin embargo, esta normatividad varía de lógica, cuando un interés mayor de la nación se encuentra involucrado en el caso concreto.

Por tanto, ¿puede una empresa privada realizar una actividad de interés nacional y necesidad pública, que a la vez determine la calidad de una ley de carácter especial? La respuesta no es absoluta.

Cuando el Estado es el que realiza una actividad o presta un servicio público es mucho más fácil determinar la importancia estatal de su actividad. Es más, se presume esta calidad. Sin embargo, cuando es una entidad privada quien actúa, por más trascendencia que tenga su intervención, debe realizarse un estudio razonable de su diligencia a fin de determinar si su actividad cumple o no con el carácter de ‘interés nacional y necesidad pública’.

Para llegar a determinar una respuesta correcta, en la doctrina se ha venido señalando que

“no hay que confundir la organización de un servicio que normalmente se somete al Derecho público (normalmente y no siempre, pues cabe utilizar subrogatoriamente el Derecho privado) con su explotación, sometida al Derecho privado. La actividad económica queda, por lo tanto, encuadrada dentro de la actividad privada, con todas las consecuencias derivadas de ello”<sup>76</sup>.

### **55. El papel de la empresa privadas en las plantas de gas licuado**

Tal como ya lo ha expresado claramente este Colegiado *supra*, en este punto se debe dejar de lado la abstracción de la ley, permitiéndose analizar un caso concreto, según lo llegara a proponer la parte

<sup>75</sup> BLASCO DÍAZ, José Luis. Ordenanza Municipal y ley. p. 54.

<sup>76</sup> GARCÍA-TREVIJANO Fos, J. A. Aspectos de la Administración Económica. En: Revista de la Administración Pública. Madrid, N.º 12, 1953. p. 32.

demandante<sup>77</sup>. Además se debe tomar cómo la Constitución es una norma jurídico-política y en tal sentido debe procurar el desarrollo de la nación y su bienestar general, al ser un fin primordial del Estado<sup>78</sup>.

Según la actividad que cumple en el desarrollo del país, la actividad de la empresa Perú LNG, por más críticas que exista sobre su real solidez económica, es de interés nacional, y se subroga en el lugar del Estado para cumplir con una actividad que es necesaria para que el gas de Camisea pueda llegar a sus destinatarios reales: la población peruana.

No obstante lo señalado, el Gobierno Nacional debe tomar todas las providencias del caso para asegurarse sobre la estabilidad financiera de la mencionada empresa, a fin de que la nación no se vea perjudicada con una inversión inadecuada o desproporcionada con la magnitud de la obra requerida, y que ha creado tanto interés en la población.

#### **56. La finalidad de mantener la substancia del Estado**

Pese a existir la subsidiariedad, se puede asumir que en un gobierno unitario existe una presunción de competencia a favor del Gobierno Nacional, a diferencia de lo que sucede en el Gobierno Federal, donde la presunción de la titularidad de las competencias reside en los gobiernos de cada Estado federado.

El interés público nacional es la pauta que guía la relación entre unidad y subsidiariedad. Es así que la cercanía como base de la subsidiariedad se revierte en el ámbito del interés nacional, y esto es lo que se debe analizar para determinar la validez o no de una ley como la 28374, que se autoproclama como seguidora de tal fin.

### **C. EL REPARTO DE COMPETENCIAS**

#### **57. La verdadera magnitud de los efectos de la ley**

La unidad estatal y la descentralización están integradas en la Constitución y las leyes que la desarrollan, permitiendo que la población sea la favorecida con miras al bienestar general de la población. De esta forma,

“es la aplicación armónica de dichos principios la que permite al Estado cumplir con uno de sus deberes primordiales; a saber, ‘la promoción del desarrollo integral y equilibrado de la Nación’ (artículo 44º de la Constitución)”<sup>79</sup>.

Sin embargo, para el demandante

“sustentar la validez constitucional de una norma semejante como la cuestionada, es generar implícitamente un retroceso en el proceso de descentralización del país”<sup>80</sup>.

Por tal motivo, sobre la base de los elementos expuestos *supra*, es posible analizar la cuestión concreta de la ley siguiendo los principios que sustentan la Constitución.

#### **§I. La distribución competencial**

#### **58. La competencia exclusiva de las regiones, según el demandante**

<sup>77</sup> Intervención del apoderado de los demandantes en la Audiencia del día 15 de febrero del 2005.

<sup>78</sup> Sobre estos cometidos, tal como ya se ha expresado, revisar, artículo 44 de la Constitución.

<sup>79</sup> Sentencia del Expediente 0012-2003-AI/TC, Gobierno Regional de Tacna, fund. 3.

<sup>80</sup> Acápite III.4.16 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 54 del Expediente).

Refiriéndose al caso concreto, el demandante propugna la tesis que la zona donde se instalará la ‘Planta de Licuefacción de Gas Natural provenientes de los yacimientos de Camisea’ corresponde al Gobierno Regional de Lima, puesto que éste

“tiene la competencia exclusiva de administrar y adjudicar los terrenos urbanos y eriazos de administrar y adjudicar los terrenos urbanos de propiedad del Estado, con excepción de aquellos de propiedad municipal ubicados en la jurisdicción de la Municipalidad de Lima”<sup>81</sup>.

### **59. La ley cumple seis fines descentralizadores, según el demandado**

Más allá del problema limítrofe entre Lima e Ica, a través de la ley materia de la inconstitucionalidad, el demandante alega que ésta es correcta por los siguientes motivos:

“a) A nivel político, la Ley N.º 28374 garantiza la unidad y eficiencia del Estado al establecer una adecuada relación entre los gobiernos regionales que mantienen conflictos de límites y permite canalizar las disputas por cauces institucionales, a fin de garantizar la formación de gobiernos regionales sólidos, como lo quiere el inciso d) del artículo 6 de la Ley N.º 27783.

b) En el plano económico, permite la competitividad de las regiones al garantizar la disposición de la infraestructura económica y social necesaria que promuevan la inversión. Permite la potenciación del financiamiento regional al conjurar una incertidumbre jurídica que impide la inversión a gran escala.

c) En el plano administrativo, ofrece soluciones destinadas a otorgar garantías de los actos administrativos a fin de asegurar la provisión de los servicios públicos, pues en virtud del principio de las competencias compartidas en materia de energía e hidrocarburos, el gobierno nacional mantiene la administración de los predios hasta que se dirime el conflicto limítrofe.

d) Es democrática, porque establece compensaciones extraordinarias para el gobierno regional perjudicado, si una vez realizada la demarcación territorial, el terreno en disputa no es ubica en su jurisdicción. También porque el dinero que el gobierno nacional recibe por la venta de los terrenos que administra, son transferidos al gobierno regional que por la delimitación territorial aparece como propietaria de dichos terrenos, con lo cual se da estricto cumplimiento al inciso j) del numeral 1 del artículo 10 de la Ley N.º 27867.

e) La ley contribuye al desarrollo integral y sostenible de regiones que tienen problemas de límites.

f) La ley es equitativa, porque promociona la igualdad de acceso a las oportunidades de los sectores sociales ubicados en los límites fronterizos entre una región y otra”<sup>82</sup>.

### **60. La competencia territorial y funcional**

Por tanto, se ha llegado a configurar la competencia sobre la base de atribuciones por el tipo de función (competencia de función), por el tipo de materias atribuidas (competencia *ratione materiae*) y por el ámbito de territorio (competencia territorial)<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Acápite I.1.6.1 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 20 del Expediente).

<sup>82</sup> Acápite 3 de la contestación de la demanda (fs. 100, 101 del Expediente).

<sup>83</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid, Tecnos, 2002. Tom. 1, pp. 321, 322.

Entonces, sobre la base del doble juego de la regla de competencia, ésta existe principalmente sobre la base de la *ratione materiae* y de la *ratione territorii*, lo cual motiva aceptar que una competencia regional

“alcanza, en principio, hasta donde llega el territorio al que se extiende su jurisdicción y qué se detiene, justamente, en la frontera de dicho territorio”<sup>84</sup>.

Cabe señalar que efectivamente la distribución de competencias supone respuestas desiguales y variables según el tiempo y lugar, ya que,

“la vida económica y social, los factores militares y geográficos, todo ello influirá en la determinación de cada arreglo en particular”<sup>85</sup>,

mas este tipo de consideraciones debe entenderse en sus justos límites. Ello, en la medida que la definición constitucional de las competencias, al dejar abierta superposiciones e interconexiones entre las distintas instancias de gobierno, toma una serie de pautas jurídicas de interpretación, para evitar disfunciones en el desenvolvimiento del aparato público.

## 61. El *test* de la competencia

Para determinar de manera correcta, qué competencia corresponde a cada órgano constitucional, el intérprete debe remitirse a un *test* de la competencia<sup>86</sup>.

En primer lugar se debe analizar el principio de unidad, ya estudiado *supra*. Luego, se debe pasar propiamente al análisis del principio de competencia. A partir de este último, se debe utilizar tres fórmulas congruentes con la búsqueda de la certidumbre competencial, las mismas que están relacionadas con la lista de materias (se refiere a la lista pormenorizada explicada en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad) y las cláusulas generales (está relacionada con el reparto de funciones generales entre los distintos órganos constitucionales<sup>87</sup>):

- Competencias exclusivas: Son materias asignadas en exclusividad a favor de organismos constitucionales, ya sea de manera positiva (de manera directa) o negativa (si se impide su delegación).
- Competencias compartidas: Son materias divididas en determinadas áreas de atención, repartiéndose responsabilidades entre dos o más niveles de gobiernos, actividad coherente con la noción de cooperación entre los organismos constitucionales autónomos<sup>88</sup>.
- Competencias concurrentes: Son materias que dan lugar a que dos o más órganos asuman funciones específicas comunes, existiendo una relación complementaria de tutela y control normativo.

## §2. Las competencias territoriales

## 62. El problema subsistente de la demarcación

---

<sup>84</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. tom. 1, p. 276.

<sup>85</sup> FRIEDRICH. *Gobierno Constitucional y Democracia*. Madrid, 1975. tom. I.

<sup>86</sup> Sobre éste, MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. Madrid: Civitas, 1982. tom. I, pp. 318, ss.; PAREJO ALFONSO, Luciano. *La prevalencia estatal sobre el regional*. Madrid, CEC, 1981, pp. 72, 73.

<sup>87</sup> VIVER I PI-SUNYER, Carles. *Materias competenciales y Tribunal Constitucional. La delimitación de los ámbitos materiales de las competencias en la Jurisprudencia Constitucional*. Barcelona, Ariel, 1989. p. 246.

<sup>88</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Cívitas, 1981. tom. 1, pp. 267, ss.

El terreno materia de disputa definitivamente se encuentra en su territorio en virtud de lo señalado por el ente central cuando explícitamente señala que debe establecerse

“como límite territorial definitivo entre la provincia de Chincha – departamento de Ica y la provincia de Cañete – departamento de Lima la siguiente memoria descriptiva, elaborado sobre la base de la carta nacional a escala 1/100,000 HOJAS: TUPE (26 L), CINCHA (27K), TANTARA (27L):

‘Línea que partiendo de la desembocadura de la Quebrada Topará en el Océano Pacífico, en el punto de coordenada UTM (WGS 84): 8526742 Km.N y 365039 Km.E, sigue en dirección Nor Este aguas arriba por el cauce de la Quebrada Topará hasta el Nor Este por línea de cumbre de los cerros Palta rumi, cerro Mesa Rumi, cerro Cullcu Punta, cerro Chitiapunco, cerro Mallunca culminando en la SEÑAL CERRO CHAVÍN (3806 M.S.N.M.) en el cerro Mancohuilca’’<sup>89</sup>.

Sin embargo, la propuesta del Ejecutivo es simplemente eso: una propuesta. No pone fin a un problema de demarcación territorial entre Lima e Ica, sino que se requiere de una actividad parlamentaria final<sup>90</sup>.

### **63. Valor de la propuesta del Ejecutivo**

Este Tribunal ha venido a señalar que el tema limítrofe entre Chincha y Cañete debe ser resuelto en sede parlamentaria<sup>91</sup>, porque

“si bien es cierto que de las instrumentales presentadas en el presente proceso no aparece que el tema de los límites en disputa haya sido, hasta la fecha, definido con la suficiente claridad o precisión, lo que aparentemente justificaría la necesidad de una redelimitación, no lo es menos que el procedimiento seguido por la Municipalidad Provincial de Chincha, al aprobar la redelimitación territorial del distrito de Grocio Prado mediante la Ordenanza cuestionada, no es el señalado ni por la ley de la materia ni por su Reglamento, lo que en el fondo patentiza que se ha tomado una decisión unilateral que, por la forma como se ha producido, equivale a un exceso en el que no solo se termina desconociendo las competencias de las autoridades administrativas, sino las del propio Congreso, que es el que, finalmente, habrá de hacer suya la correspondiente propuesta de redelimitación. En tales circunstancias, no cabe interpretar la redelimitación producida como un procedimiento válido, sino como un indebido recorte o restricción territorial opuesto a lo establecido por la Constitución y a las normas de desarrollo expedidas conforme a ella”<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> Conclusiones del Informe Técnico N.º 001-2004-PCM/DNTDT, de la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros, presentado como Anexo 1-E de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 80 del Expediente).

<sup>90</sup> Proyecto de Ley N.º 10861-2003-PE, referido a la delimitación territorial de las Provincias de Chincha y Cañete, presentado el 22 de junio del 2004.

<sup>91</sup> Proyecto de Ley N.º 10861-2003-PE, referido a la delimitación territorial de las Provincias de Chincha y Cañete, presentado el 22 de junio del 2004.

<sup>92</sup> Sentencia del Expediente 007-2004-AI/TC, Municipalidad Provincial de Cañete – Región Lima, fund. 5.

Además, se ha señalado que “el hecho de que se juzgue indebida la actuación de la Municipalidad demandada, no implica que los gobiernos locales carezcan de facultades para tomar decisiones en el marco de sus competencias que contribuyan a la precisión de límites con relación a eventuales zonas o territorios en disputa; pero en tales circunstancias no se puede, ni se debe, actuar al margen de los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico, pues con ello no se haría otra cosa que fomentar la anarquía al interior del Estado. Lo dicho, por lo demás, no solo es válido para la Municipalidad demandada, sino para cualquier otra corporación descentralizada

Es decir, como lo señala el demandado,

“está claro que todas las atribuciones del Congreso contenidas en el artículo 102 son de naturaleza discrecional porque se trata de un poder del Estado y no de una simple dependencia administrativa, sujeta a las propuestas del Ejecutivo o de las Oficina de Cartografía dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros”<sup>93</sup>.

#### **64. Valor de la propuesta del Ejecutivo**

Por lo tanto, es imprescindible que el Congreso defina con la mayor celeridad posible la demarcación territorial, más aún si existen propuestas sobre la demarcación, reflejadas en proyectos de ley sobre la materia.

Para evitar más confrontaciones entre las regiones, el Parlamento debe señalar qué territorio corresponde a qué región y qué a la otra. De esta manera, el proceso descentralizador del Perú seguirá su rumbo de manera correcta.

#### **§3. Las competencias funcionales**

#### **65. Las competencias de cada nivel gubernamental**

El legislador, inteligentemente, ha determinado que hasta que no se determine cualquier tipo de conflicto territorial, no se puede paralizar el país, con una obra que requiere la inversión correspondiente.

El tema del gas de Camisea necesita de la cooperación de todas las instituciones intervenientes, por lo que era imprescindible que el proyecto no se paralice por una cuestión territorial, tanto así que fue necesario que se diera una norma que tratara de decidir sobre la materia funcional, hasta que no se decidiera el tema territorial. Para eso, debe determinarse con claridad qué corresponde al Gobierno Nacional y qué a los Gobiernos Regionales.

#### **66. Las competencias del gobierno nacional**

Si bien constitucionalmente no se ha establecido expresamente las competencias que les corresponde al gobierno nacional dentro del proceso de descentralización, hay algunas que pueden vislumbrarse a partir de las funciones de los poderes, o por determinación explícita del constituyente, como puede ser el caso de la moneda<sup>94</sup>, el control del gasto<sup>95</sup> y la creación de tributos<sup>96</sup>. Esta falta de previsión de la Constitución puede ser hasta entendible en el contexto centralista en que fue elaborada, pero es preocupante que este aspecto (competencias exclusivas) no haya sido desarrollado hasta la actualidad. Pese a ello, legalmente se han previsto cuáles son estas competencias, sin trastocar el modelo constitucional existente. De esta forma,

“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

que, so pretexto de su facultad normativa, emita disposiciones que, de manera unilateral, desconozcan los procedimientos y competencias determinadas debidamente” [fund. 6].

<sup>93</sup> Acápite 2 de la contestación de la demanda (fs. 99 del Expediente).

<sup>94</sup> Artículo 83 de la Constitución.

<sup>95</sup> Artículo 81 de la Constitución.

<sup>96</sup> Artículo 74 de la Constitución.

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. I) Otras que señale la ley, conforme a la Constitución Política del Estado”<sup>97</sup>.

De otro lado, se ha configurado que

“las competencias compartidas del gobierno nacional se rigen por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y las Leyes específicas de organización y funciones de los distintos sectores que lo conforman”<sup>98</sup>.

En este marco, deben encuadrarse las funciones asumidas por el Gobierno Nacional, así sea de manera provisional, para la dación de la Ley 28374.

## **67. Las competencias del gobierno regional**

A partir de la reforma constitucional, se les han asignado genéricamente diversos temas, y se le asigna a los gobiernos regionales la posibilidad de su promoción y regulación, aunque es recientemente cuando se ha desarrollado con amplitud por medio de ley cada uno de ellos:

“Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley”<sup>99</sup>.

En el ámbito legal, se ha terminado yendo más lejos, al separarse su tipo de competencias. Es así como se ha considerado como exclusivas las siguientes:

“a) Planificar el desarrollo integral de su región y ejecutar los programas socioeconómicos correspondientes. b) Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil de su región. c) Aprobar su organización interna y su presupuesto institucional conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las Leyes anuales de Presupuesto. d) Promover y ejecutar las inversiones públicas de ámbito regional en proyectos de infraestructura vial, energética, de comunicaciones y de servicios básicos de ámbito regional, con estrategias de sostenibilidad, competitividad, oportunidades de inversión privada, dinamizar mercados y rentabilizar actividades. e) Diseñar y ejecutar programas regionales de cuencas, corredores económicos y de ciudades intermedias. f) Promover la formación de empresas y unidades económicas regionales para concertar sistemas productivos y de servicios. g) Facilitar los procesos orientados a los mercados internacionales para la agricultura, la agroindustria, la artesanía, la actividad forestal y otros sectores productivos, de acuerdo a sus potencialidades. h) Desarrollar circuitos turísticos que puedan convertirse en ejes de desarrollo. i) Concretar alianzas y acuerdos con otras regiones para el fomento del desarrollo económico, social y ambiental. j) Administrar y adjudicar los terrenos urbanos y eriazos de propiedad del Estado en su jurisdicción, con excepción de los terrenos de propiedad municipal. k) Organizar y aprobar los expedientes técnicos sobre acciones de demarcación territorial en su jurisdicción, conforme a la ley de la materia. l) Promover la modernización de la pequeña

<sup>97</sup> Artículo 26.1 de la Ley de Bases de la Descentralización.

<sup>98</sup> Artículo 27.1 de la Ley de Bases de la Descentralización. Además, “el gobierno nacional transfiere las competencias y funciones sectoriales a los gobiernos regionales y locales, en la forma y plazos establecidos en la presente Ley” [artículo 27.2].

<sup>99</sup> Artículo 192 inciso 7 de la Constitución, desarrollados desde los artículos 47 al 64 de la Ley de Bases de la Descentralización.

y mediana empresa regional, articuladas con las tareas de educación, empleo y a la actualización e innovación tecnológica. m) Dictar las normas sobre los asuntos y materias de su responsabilidad, y proponer las iniciativas legislativas correspondientes. n) Promover el uso sostenible de los recursos forestales y de biodiversidad. o) Otras que se le señale por ley expresa”<sup>100</sup>.

Frente a las competencias exclusivas de las regiones, se considera que son de índole compartido, tanto con el gobierno nacional como con el local, las siguientes:

“a) Educación. Gestión de los servicios educativos de nivel inicial, primaria, secundaria y superior no universitaria, con criterios de interculturalidad orientados a potenciar la formación para el desarrollo. b) Salud pública. c) Promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, transportes, comunicaciones y medio ambiente. d) Gestión sostenible de los recursos naturales y mejoramiento de la calidad ambiental. e) Preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas regionales. f) Difusión de la cultura y potenciación de todas las instituciones artísticas y culturales regionales. g) Competitividad regional y la promoción de empleo productivo en todos los niveles, concertando los recursos públicos y privados. h) Participación ciudadana, alentando la concertación entre los intereses públicos y privados en todos los niveles. i) Otras que se le delegue o asigne conforme a Ley”<sup>101</sup>.

Como se observa, las funciones confusas entregadas a los gobiernos regionales deben ser interpretadas en su verdadera dimensión para entender la supuesta afectación competencial que ha sufrido el Gobierno Regional de Lima.

## **68. Las relaciones de los gobiernos**

Son varias las formas en que el gobierno nacional va a mantener el contacto con los gobiernos regionales y locales, lo cual es muy importante para el impulso de estos últimos. Un tema importante dentro de este nivel está dado a partir de la función que se le ha dotado a la Contraloría de la República, como parte del Sistema Nacional de Control y como organismo supervisor del gasto de las regiones y municipalidades<sup>102</sup>, aparte de los propios órganos que estos gobiernos tengan para dicho efecto<sup>103</sup>. Asimismo, el Tribunal Constitucional deberá funcionar como el organismo encargado de resolver los conflictos de competencia, al ser ésta una de sus labores constitucionales<sup>104</sup>. Se ha establecido también que será el Consejo Nacional de Descentralización -CND-, el responsable directo de todas las acciones y transferencias, para cuyo efecto hace las evaluaciones correspondientes y coordina su ejecución con los respectivos sectores del Poder Ejecutivo. Dependerá de la Presidencia del Consejo de Ministros<sup>105</sup>.

En el caso de los gobiernos regionales, éstos estarán en constante relación con el nacional y los locales. Así, estará en coordinación con las municipalidades; colaborará bilateralmente con los otros gobiernos (en un triple sentido: intercambio informativo, creación de organismos mixtos y conferencia

<sup>100</sup> Artículo 35 de la Ley de Bases de Descentralización.

<sup>101</sup> Artículo 36 de la Ley de Bases de Descentralización.

<sup>102</sup> Artículo 21 de la Ley de Bases de Descentralización.

<sup>103</sup> Artículo 199 de la Constitución.

<sup>104</sup> Artículo 200 inciso 3 de la Constitución.

<sup>105</sup> Artículo 23 de la Ley de Bases de Descentralización.

permanente entre sí); tendrá el aval del gobierno nacional para los préstamos<sup>106</sup>; y, sus políticas tendrán que estar en armonía con las nacionales y las locales. Pero además de estas relaciones, también estará muy cerca de la sociedad civil, y ello se dará a través de dos instancias: su participación para elaborar el Plan de Desarrollo Regional y su integración en el Consejo de Coordinación Regional<sup>107</sup>.

#### **69. La función de administrar bienes de terrenos destinados a una materia de gas natural**

Constitucionalmente se ha señalado que cuando una región quisiera asumir funciones de índole privativa, es necesario que lo haga

“en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo”, es decir, pueda ejercer “atribuciones inherentes a su función”<sup>108</sup>.

Entonces, si se le asignan competencias exclusivas, éstas deben estar en relación directa con su función y debería ceder para permitir el impulso de planes y políticas de desarrollo nacionales. Así, por más que se haya reconocido como competencia exclusiva

“administrar y adjudicar los terrenos urbanos y eriazos de propiedad del Estado en su jurisdicción, con excepción de los terrenos de propiedad municipal”<sup>109</sup>.

Sin embargo, exclusividad no significa exclusión. Esta facultad no es excluyente, puesto que sobre el mismo tema pueden asignarse funciones concurrentes. Tan cierto es este tema que la propia Ley Orgánica de la Descentralización señala que es una competencia compartida de las regiones con el gobierno nacional la siguiente:

“promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores..., energía, hidrocarburos”<sup>110</sup>.

Por tanto, la ley 28734 sólo se encuentra regulando esta competencia compartida, incluyendo además el rol que le competen a las municipalidades, tal como se verá *infra*, más aún si se toma en cuenta la importancia transversal que tiene la construcción de plantas relacionada con el tema de la construcción de la planta.

#### **70. El interés nacional de la construcción de la planta**

Tratando de definir el concepto de interés nacional, este Colegiado a propósito de buscar entender el carácter de los decretos de urgencia, ha señalado que el interés nacional justifica la aplicación en medidas concretas.

“Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad”<sup>111</sup>.

De otro lado, como bien se ha señalado para el caso del planeamiento y gestión de acondicionamiento territorial y desarrollo urbano, el Estado debe garantizar con respecto a la distribución territorial:

- a. La ocupación racional y sostenible del territorio.
- b. La armonía entre el ejercicio del derecho de propiedad y el interés social.

<sup>106</sup> Artículo 5 apartado d de la Ley de Bases de Descentralización: sólo pueden asumir endeudamiento público externo, emitir bonos y titularizar cuentas, con el aval o garantía del Estado.

<sup>107</sup> Temas desarrollados en el artículo 192 inciso 2 de la Constitución.

<sup>108</sup> Artículo 192 párrafo inicial e inciso 10 de la Constitución.

<sup>109</sup> Artículo 35 inciso j de la Ley de Bases de Descentralización y artículo 10 punto 1 acápite j de la Ley Orgánica de Regiones.

<sup>110</sup> Artículo 10 punto 2 acápite c de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

<sup>111</sup> Sentencia del Expediente 008-2003-AI/TC, Más de cinco mil ciudadanos, fund. 60.d.

- c. La coordinación de los diferentes niveles de gobierno nacional, regional y local para facilitar la participación del sector privado.
- d. La distribución equitativa de los beneficios y cargas que se deriven del uso del suelo.
- e. La seguridad y estabilidad jurídica para la inversión inmobiliaria”<sup>112</sup>.

#### **71. El interés nacional de la construcción de la planta**

Es por ello, que tomando en consideración tal carácter, es decir, el alcance amplio de la construcción de la planta de licuefacción, no sólo habría un beneficio para las poblaciones de una región u otra, sino que es todo el país que se beneficia, y no sólo Lima o Ica. El desarrollo del país requiere el concurso de todas las instituciones, y hacia eso apunta la ley.

De esta forma queda claramente establecida la funcionalidad que la ley cumple para el desarrollo del país, especialmente para promover una verdadera inversión estatal. Así, como ya se ha venido señalando, cuando la Constitución establece que

“son deberes primordiales del Estado... promover el desarrollo integral y equilibrado de la nación”<sup>113</sup>,

entonces se debe asentar el claro nivel de actuación del Gobierno Nacional para asegurar el cumplimiento de sus funciones, como por ejemplo, permitir que el gas llegue a toda la población. En este sentido,

“el Estado asegura la prestación de servicios públicos básicos promoviendo la participación del sector privado, a fin de mejorar la calidad de los servicios”<sup>114</sup>.

#### **§4. Las competencias accesorias**

#### **72. Determinación competencial accesoria a través de la ley**

Adicionalmente, ha sido interesante que exista un tratamiento específico a través de la propia Ley 28374, de dos materias que complementan el sentido del cuestionado artículo 2. Uno es el tema de la distribución de recurso y otro es el reconocimiento de la actuación municipal en las funciones que le competen.

#### **73. Distribución de recursos como afectación de la autonomía regional, según el demandante**

El demandante concluye su análisis precisando que

“la aparente ‘distribución de funciones’ a favor del Gobierno Nacional es inconstitucional porque afecta la autonomía de los Gobiernos Regionales en la administración de los bienes de titularidad del Estado dentro de su jurisdicción, conforme lo establecen las normas constitucionales mencionadas, así como las normas de desarrollo constitucional”<sup>115</sup>.

#### **74. Compensación económica**

Es más, en la propia ley materia de inconstitucionalidad, se precisa que

<sup>112</sup> Artículo 1 del Decreto Supremo 027-2003-VIVIENDA, Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano.

<sup>113</sup> Artículo 44 de la Constitución.

<sup>114</sup> Artículo 11 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada.

<sup>115</sup> Acápite III.4.21 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 57 del Expediente).

“Autorízase al Ministerio de Economía y Finanzas a otorgar una compensación económica extraordinaria, por una sola vez, a favor de la Región en la que, legalizada la demarcación territorial, no se ubiquen los terrenos en disputa.

Dicha compensación, en ningún caso, podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) de los ingresos que se hubiesen percibido por la venta a terceros de los predios ubicados en la zona de conflicto”<sup>116</sup>.

#### **75. Libre iniciativa privada y pagos**

Partiendo de la existencia de un modelo de economía social de mercado, se ha reconocido el principio de la iniciativa privada como la que desea ser ejercida por la empresa constructora. Por tanto, a través de la ley materia de inconstitucionalidad, debe también reconocerse los límites que este derecho tiene impuesto.

Ya este Tribunal ha señalado que

“la iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como ‘privativo’ de la autodeterminación de los particulares”<sup>117</sup>.

#### **76. El reconocimiento expreso de las competencias municipales**

De lo expresado en los puntos anteriores de esta sentencia, la discusión sobre la administración y adjudicación de terrenos sí compromete seriamente la inversión privada, y por lo tanto la limitación al alcance de la competencia regional sí amerita al estar en contraposición con una explotación minera de interés nacional la actuación del Gobierno Nacional. Sin embargo, en el tema de las competencias municipales no existe duda alguna.

Según la Constitución, los gobiernos locales son competentes para

“crear, modificar y suprimir... licencias... municipales, conforme a ley”<sup>118</sup>.

Entonces, en el caso del presente proceso, cuando la ley señala que

“en tanto se resuelva el conflicto limítrofe, se procederá conforme a lo dispuesto por la Decimotercera Disposición Complementaria de la Ley Orgánica de Municipalidades. Para tal efecto, se reputarán como válidos todos los certificados, autorizaciones, licencias, permisos y similares, así como los procedimientos administrativos, que por razón de su actividad industrial, comercial, de servicios u otra hayan sido obtenidos o seguidos ante el municipio de la jurisdicción a la que corresponda el predio según su inscripción en los Registros Públicos. En el caso de los procedimientos administrativos, a partir del año

<sup>116</sup> Artículo 3 de la Ley 28374.

<sup>117</sup> Sentencia del Expediente 008-2003-AI/TC, fund. 18 (se parte que “toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material” [fund. 17]).

<sup>118</sup> Artículo 195 inciso 4 de la Constitución.

siguiente a aquél en que se defina el conflicto de límites se deberá seguir el procedimiento correspondiente ante el municipio a cuya jurisdicción se haya atribuido el predio”<sup>119</sup>, lo único que se está desarrollando y reconociendo es una competencia claramente establecida, independientemente que, como han aceptado las partes del proceso, los terrenos en el caso específico de Chincha y Cañete están inscritos en la Oficina Registral de esta última.

## D. LA VALIDEZ FORMAL DE LA LEY

### **77. La corrección del proceso legislativo**

Tomando en cuenta que existe una cuádruple obligación estatal para legislar (negocial o de declaración de voluntad, aplicativo de la ley para solucionar conflictos, reglamentario y legislativo en el sentido constitucional), este Colegiado considera que

“el deber de legislar consiste en la atribución de dictar normas que permitan hacer cumplir, respetar o ejecutar los alcances de otras de mayor jerarquía”<sup>120</sup>.

Justamente en este marco, para el demandante, la ley emitida debe haber sido elaborada con todas las formalidades básicas para que su contenido no sea materia de control jurisdiccional. Por tanto, no puede contener

“privilegios y estatutos de carácter personal”, pues deben “responder al interés común y tener un carácter *erga omnes*”<sup>121</sup>.

### **§I. La necesidad de su carácter general**

### **78. La ley ha sido elaborada con un fin subjetivo, según el demandante**

Sabiendo que según la Norma Fundamental, la ley no puede ser expedida por la diferencia de las personas, el demandante alega que

“la norma en cuestión vulnera dicho parámetro constitucional debido a que ha sido expedida a efectos de perjudicar específicamente al Gobierno Regional de Lima, ya que a pesar de su carácter ‘general’ el objeto de la norma es enervar una competencia constitucional específica a favor de ella, conforme lo establece el Art. 192º de la Constitución Política del Estado. En otros términos, el objeto de la norma es dirigido a una persona particular: El Gobierno Regional de Lima”<sup>122</sup>.

### **79. Sí se pueden dar leyes especiales, según el demandado**

Partiendo que el proyecto de ley de demarcación territorial es un ejercicio regular de las potestades legislativas del Congreso, concluye el demandado que

“la supuesta inconstitucionalidad de la ley por violación del artículo 103 de la Constitución tampoco puede estimarse, ya que la Constitución permite la aprobación de leyes especiales cuando así lo exige la naturaleza de las cosas”<sup>123</sup>.

Añade el demandado que

<sup>119</sup> Artículo 4 de la Ley 28374.

<sup>120</sup> Sentencia del Expediente 005-2003-AI/TC, Congresistas de la República, fund. 5.

<sup>121</sup> Acápite III.4.4 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 46 del Expediente).

<sup>122</sup> Acápite III.4.5 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 46 del Expediente).

<sup>123</sup> Acápite 2 de la contestación de la demanda (fs. 99 del Expediente).

“no debe olvidarse que la Ley N.º 28374 fue aprobada frente a situaciones de hecho objetivas, que obstaculizaban y ponían en riesgo el proceso de descentralización y sus objetivos, como son el garantizar las inversiones, el orden público, la seguridad y la consecución pacífica y armónica de la descentralización”<sup>124</sup>.

## **80. La ley según la Constitución**

Una ley para que tenga validez requiere de dos condiciones<sup>125</sup>: que sea accesible y previsible. Por la accesibilidad, el individuo debería conocer que los supuestos de la norma le son aplicables. Por la previsibilidad, las normas legales deberán estar prescritas con la conveniente precisión como para que se adopte una conducta adecuada a las mismas y prever los efectos de su transgresión, pues “toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales”<sup>126</sup>.

Congruente con estos elementos, la ley había asumido la generalidad como atributo esencial. Sin embargo, esta propiedad propia del Estado liberal, se ha visto transformado dentro de un Estado social, según se analizará *infra*.

## **81. La generalidad de las normas**

Este Tribunal ya ha venido determinando cómo debe entenderse el concepto de la generalidad de las leyes. Partiendo de que

“pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas”<sup>127</sup>,

este Colegiado ha venido a determinar que el término ‘cosa’ significa todo elemento vinculado a la juridicidad, es decir es inmanente pero real, y objetivo pero intrínsecamente vinculado a las relaciones interpersonales, por lo que el dinamismo de su ‘naturaleza’ surge desde su contenido o sustancia y se proyecta hacia su finalidad. En tal sentido, la norma constitucional

“no hace sino reclamar la razonabilidad objetiva que debe fundamentar toda ley, incluso, desde luego, las leyes especiales. Respetando el criterio de razonabilidad legal, el Estado queda facultado para desvincular a la ley de su vocación por la generalidad y hacerla ingresar en una necesaria y razonable singularidad. Necesaria, porque está llamada a recomponer un orden social que tiende a desvirtuarse, y razonable, porque se fundamenta en un elemento objetivo, a saber, la naturaleza de las cosas”<sup>128</sup>.

Es así como toda ley

“considera a la generalidad de manera directa como una exigencia para la consecución de determinados objetivos, y que por eso puede llamarse finalista...: de un lado (donde se puede ver el argumento técnico), en una concepción mecanicista del Estado como un equilibrio entre poderes que desarrollan funciones distintas por naturaleza, de manera que la generalidad es el atributo que conviene a la ‘naturaleza’ de la función legislativa, y de

<sup>124</sup> Acápite 4 punto 5 de la contestación de la demanda (fs. 102 del Expediente).

<sup>125</sup> Subdivisión planteada por la CORTE AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas. párr. 39. Además, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Sentencias Kruslin (A 176-A, 29, 1990) y Huvig (A 176-B, 28, 1990).

<sup>126</sup> CORTE AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A, N.º 4, párr. 14.

<sup>127</sup> Artículo 103 de la Constitución.

<sup>128</sup> Sentencia de los Expedientes acumulados 0001/0003-2003-AI/TC, Colegios de Notarios de los distritos notariales de Lima, Callao y Arequipa, fund. 8.

otro, en el objetivo que con ello se pretende (y donde se advierte con claridad el argumento finalista) como es el de garantizar el estatuto de libertad y seguridad de los ciudadanos”<sup>129</sup>.

A propósito de tal argumentación, se ha considerado como elemento esencial de una ley el reconocimiento del ‘principio de generalidad’<sup>130</sup>.

## **82. Proscripción de leyes dadas según la diferencia de las personas**

Constitucionalmente, también se prevé que no pueden expedirse leyes fundamentadas en la diferencia de las personas. Éste es el argumento utilizado por el demandante para señalar que con la Ley 28374 afecta los intereses del Gobierno Regional de Lima.

Para el Tribunal Constitucional, esta norma debe ser analizada con relación al derecho a la igualdad<sup>131</sup>. A partir de tal sistematización,

“el principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”<sup>132</sup>.

Es más, según este Colegiado

“es por ello que la inconstitucionalidad de una disposición con carácter especial no se deduce de su condición de norma *sui generis*, es decir, porque regule una situación específica, sino de su contenido discriminatorio o no”<sup>133</sup>.

## **83. Aplicación general relativa**

En algunos supuestos, el principio básico de generalidad se ve sobrepasado por la concreción de supuestos específicos. Es decir,

“al configurarse las sociedades actuales como no concurrenceles, de un lado, y heterogéneas, de otro, desaparezcan los supuestos justificadores de la generalidad, mientras aparecen los justificadores de la singularidad como son que las exigencias

<sup>129</sup> DE CABO MARTÍN, Carlos. Sobre el concepto de ley. Madrid, Trotta, 2000. pp. 48, 49.

<sup>130</sup> Sentencia del Expediente 008-2003-AI/TC, Más de cinco mil ciudadanos, fund. 60.d.

<sup>131</sup> Artículo 2 inciso 2 de la Constitución.

<sup>132</sup> Sentencia de los Expedientes acumulados 0001/0003-2003-AI/TC, Colegios de Notarios de los distritos notariales de Lima, Callao y Arequipa, fund. 11.

<sup>133</sup> Sentencia del Expediente 031-2004-AI/TC, Máximo Yauri Salazar y más de cinco mil ciudadanos, fund. 7.

intervencionistas del Estado social la demandan como necesidad técnica de la intervención concreta y como necesidad política de legitimación democrática”<sup>134</sup>.

No es exacto que se deba aplicar en el momento que se da la norma a diversos casos. Lo que se exige es que sea susceptible de ser aplicada en otros casos.

Al respecto, el propio demandante se ha podido responder una inquietud:

“¿Qué otro supuesto de conflicto territorial para la instalación de Gas Natural existe en la actualidad? Ninguno, salvo el mencionado... entre la Región Lima (Provincia de Cañete) y la Región Ica (Provincia de Chincha), donde el supuesto conflicto se ha dirimido a favor del primero. Es evidente que la norma en cuestión ha sido expedida para perjudicar exclusivamente a la Región Lima que el recurrente gobierna, con la finalidad del Gobierno Nacional”<sup>135</sup>.

#### **84. El acuerdo previo**

Como validez de la importancia de un tema como éste, se realizó un Acta de Acuerdo suscrita por los presidentes de los Gobiernos Regionales de Lima e Ica, además de los alcaldes involucrados, bajo el auspicio del Congreso de la República, en el cual se determinó lo siguiente:

“La comisión de Pro Inversión propondrá un proyecto de ley de alcance general que permita una solución frente a posibles impases que surjan respecto a predios ubicados en zonas cuya jurisdicción sea reclamada por más de un gobierno regional.

El otorgamiento de licencias y pago de derechos que corresponda será efectuado conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica de Municipalidades y demás normas sobre la materia.

El proyecto de ley, en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas contemplará disposiciones autoritativas específicas que posibiliten la dación de una compensación económica extraordinaria, por única vez, a la región en la que, legalizada la demarcación territorial, no se ubiquen los terrenos en los que se construirá la planta.

En tal sentido, una vez resuelto el problema limítrofe, el gobierno nacional deberá transferir al gobierno regional donde se ubiquen los terrenos en los que se construirá la planta, igual a los ingresos que hubiera percibido por la venta de aquellos.

La Empresa Perú LNG se compromete a que los puestos de trabajo no calificados se concederán equitativamente en forma prioritaria a los ciudadanos de las provincias de Cañete y Chincha, para lo cual abrirá en cada ciudad, oficinas de contratación de personal.

Para tal efecto, la empresa promoverá programas de capacitación laboral en dichas circunscripciones”<sup>136</sup>.

#### **85. El carácter especial de la ley plenamente justificado**

Tomando en consideración el carácter de interés nacional de la ley, es innegable que más allá de lo específico del carácter de una ley como la 28374 es innegable que no existe discriminación alguna a través de su desarrollo.

<sup>134</sup> DE CABO MARTÍN, Carlos. Sobre el concepto de ley. Madrid, Trotta, 2000. p. 56.

<sup>135</sup> Acápite III.4.7 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 47 del Expediente).

<sup>136</sup> Acta de Acuerdo que suscriben los Gobiernos Regionales de Lima e Ica y los Concejos Provinciales de Cañete y Chincha para viabilizar la instalación de la Planta de Gas Natural Licuado para el Proyecto Camisea, ante la Comisión de Pro Inversión del Congreso, firmado el 6 de octubre de 2004, por el Presidente y tres miembros de la Comisión Especial Pro Inversión, el Presidente Regional de Lima Provincias, el Presidente Regional de Ica, la Alcaldesa Provincial de Cañete, el Alcalde Provincial de Chincha y el representante de Perú LNG, presentado como Anexo 1-F de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 83 del Expediente).

Lo que más se puede ver es que se está tratando de solucionar razonablemente un problema real y concreto, de mucha significación para el país, y que necesitaba de una ley para poder ser solucionado. Es más, el ámbito de la ley no se agota en un caso específico, sino que tiene la virtud de poderse aplicar a diversas situaciones limítrofes que sucedan en el futuro.

### **§3. El órgano competente**

#### **86. No se debía legislar sobre esta materia, según el demandante**

Como parte de su autonomía, las regiones no pueden ser dejadas de lado para tratar sobre su autonomía. Por tal razón, para el demandante se debe tomar en cuenta lo que se señala en doctrina sobre que

“en orden a la gestión de sus respectivos intereses, deben establecerse núcleos básicos competenciales y de recursos de cada ente territorial (nacional, regional y local, dentro de éste, provincial y distrital) inamovibles por el legislador ordinario”<sup>137</sup>.

#### **87. Existencia de unidad legislativa, según el demandado**

Frente a lo expuesto por el demandante, y partiendo de la definición del Estado unitario, el demandado alega que

“esta forma estatal se rige por una sola Constitución pero también por un único centro de decisión con fuerza normativa: el Congreso de la República cuyas leyes valen, rigen y son de cumplimiento obligatorio en todo el territorio de la República”<sup>138</sup>.

De esta forma, la materia del presente caso se sustenta en lo siguiente:

“se trata de un supuesto conflicto entre dos leyes -la orgánica de gobiernos regionales y la que es materia de la presente acción de inconstitucionalidad-; aparente conflicto que en nuestro sistema constitucional se resuelve no sólo mediante la aplicación del principio ya anotado (Ley posterior modifica a la anterior), sino además en beneficio del Poder Legislativo, ya que éste es el encargado por la Constitución de diseñar, la marcha del proceso de descentralización”<sup>139</sup>.

#### **88. La solución a las antinomias normativas**

Partiendo de la existencia de una unidad normativa y la coherencia que la rige, se puede señalar que ésta puede verse afectada por la aparición de ciertas antinomias, las mismas que son generadas por la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento, como puede ser en el caso concreto las normas generales sobre descentralización y la ley materia de la inconstitucionalidad.

Para este Colegiado, la antinomia caracterizada por un ‘síndrome de incompatibilidad’, se acredita en los diversos presupuestos:

“- Que las normas afectadas por el ‘síndrome de incompatibilidad’ pertenezcan a un mismo orden jurídico; o que encontrándose adscritas a órdenes distintos, empero, estén sujetas a relaciones de coordinación o subordinación (tal el caso de una norma nacional y un precepto emanado del derecho internacional público).

<sup>137</sup> Acápite III.4.15 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 53 del Expediente).

<sup>138</sup> Acápite 1 de la contestación de la demanda (fs. 93 del Expediente).

<sup>139</sup> Acápite 2 de la contestación de la demanda (fs. 98 del Expediente).

- Que las normas afectadas por el ‘síndrome de incompatibilidad’ tengan el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal o material). El ámbito temporal se refiere al lapso dentro del cual se encuentran vigentes las normas. El ámbito espacial se refiere al territorio dentro del cual rigen las normas (local, regional, nacional o supranacional). El ámbito personal se refiere a los *status*, roles y situaciones jurídicas que las normas asignan a los individuos. Tales los casos de nacionales o extranjeros; ciudadanos y pobladores del Estado; civiles y militares, funcionarios, servidores, usuarios, consumidores, vecinos; etc. El ámbito material se refiere a la conducta descrita como exigible al destinatario de la norma.
- Que las normas afectadas por el ‘síndrome de incompatibilidad’ pertenezcan, en principio, a la misma categoría normativa; es decir, que tengan homóloga equivalencia jerárquica”<sup>140</sup>.

## **89. La competencia legislativa**

Para determinar a quién le corresponde legislar sobre materias de descentralización, se ha dicho de manera muy clara y categórica que

“es al legislador postconstitucional a quien corresponde establecer lo que se entiende por bases de la materia, delimitando así lo que es competencia estatal y definiendo al mismo tiempo el punto de partida y el límite a partir del cual” las regiones pueden ejercer su desarrollo normativo<sup>141</sup>.

Entonces, correspondería al Congreso de la República, el desarrollo de un ámbito como el presente en la ley sujeta a control por ser el tema de interés nacional y necesidad pública. El límite de las competencias regionales se justificaría sobre la base del desarrollo de la nación.

## **90. La progresividad en el proceso descentralizador**

Tomando en consideración que la descentralización es un proceso permanente del Estado, el demandante entiende que para que sea efectivo

“es necesario que existan gobiernos locales y regionales con autonomía de decisión en las competencias que les asignen la Constitución y las normas legislativas diversas”<sup>142</sup>.

En el esquema descentralizador, el objetivo final de esta redefinición gubernamental será la creación de gobiernos intermedios realmente sólidos entre el nacional y la población. Por ello, se ha buscado dotarles a las regiones y a los municipios de autonomía, con un territorio, población y gobierno propios, a la vez de presentarse sin relación jerárquica alguna con el nacional.

La descentralización en el país para que se pueda efectivizar ha de considerar aspectos no sólo de índole jurídico, sino también otros de contenido político, social y económico, constituyéndose de esta manera en un proyecto complejo y difícil, calculándose su duración entre quince y veinte años. Por ello, ha sido presentado como una política permanente del Estado que busca el desarrollo integral del país<sup>143</sup>. Siguiendo el hilo conductor de la gradualidad, se ha establecido que se ejecutará en forma

<sup>140</sup> Sentencia del Expediente 005-2003-AI/TC, Congresistas de la República, fund. 4 (por lo tanto “puede definirse la antinomia como aquella situación en que dos normas pertenecientes al mismo orden jurídico y con la misma jerarquía normativa, son incompatibles entre sí, debido a que tienen el mismo ámbito de validez”).

<sup>141</sup> PÉREZ ROYO, Javier. Las fuentes del Derecho. p. 161.

<sup>142</sup> Acápite III.4.12 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 51 del Expediente).

<sup>143</sup> Artículo 188 de la Constitución.

progresiva y ordenada sobre la base de cuatro etapas de desarrollo y una preliminar. En la preparatoria se dieron las normas necesarias; en la primera se realizó la instalación y la organización de los nuevos gobiernos; en la segunda se está intentando la consolidación del proceso de regionalización; en la tercera se buscará la transferencia inicial y recepción de competencias sectoriales; y en la última se completará el traspaso funcional.

Una cosa adicional sobre el tema de la progresividad. Este término no significa necesariamente pasar siempre competencias a los gobiernos regionales. Significa, y acá se debe retomar la unidad estatal, que el Gobierno Nacional debe regular la fórmula utilizada para el desarrollo correcto de la descentralización. Si es necesario poner orden, lo debe hacer, y siempre con un criterio de razonabilidad y racionalidad que justifique su decisión.

## **91. La unidad legislativa**

A entender de este Colegiado, la unidad del Estado permite

“la existencia de la unidad sistemática del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman.

Ello es así por la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica y lógica entre los deberes y derechos asignados, además de las competencias y responsabilidades establecidas en el plano genérico de las normas de un orden jurídico.

Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo, es decir, la existencia de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto, prescriben soluciones incompatibles entre sí, de modo tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas acarrearía la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas resulta imposible”<sup>144</sup>.

## **92. El principio de jerarquía funcional en el órgano legislativo**

Este principio reconocido expresamente por el Tribunal Constitucional, gracias a la deducción lógica de la estructura de jerarquía funcional operante en cada organismo público, debe ser entendido de manera correcta como

“que a falta de una asignación específica de competencia, prima la norma producida por el funcionario u órgano funcional de rango superior. Se aplica preferentemente al interior de un organismo público”<sup>145</sup>.

## **93. La autonomía regional como límite legislativo**

Este Colegiado considera conveniente asimilar la autonomía regional con la municipal a la hora de considerarla como un límite del proceso legislativo, razón por la cual, debe asimilarse al caso regional a la definición dada para el caso de los gobiernos locales, en el que se consideró su autonomía como una

“garantía institucional que, por su propia naturaleza, impide que el legislador pueda desconocerla, vaciarla de contenido o suprimirla, protegiendo a la institución edil de los excesos que pudieran cometerse en el ejercicio de la función legislativa, y su objeto es

---

<sup>144</sup> Sentencia del Expediente 005-2003-AI/TC, fund. 4.

<sup>145</sup> Sentencia del Expediente 005-2003-AI/TC, Congresistas de la República, fund. 6.d.

asegurar que, en su tratamiento jurídico, sus rasgos básicos o su identidad no sean trastocados de forma tal que la conviertan en impracticable o irreconocible”<sup>146</sup>.

Entonces, si bien la autonomía regional es un límite para legislar, en el caso de la presente ley sujeta a control de constitucionalidad, no se afecta en nada tal autonomía. Es más, se posibilita que existan bienes que se reviertan a su favor en el futuro. La intervención legislativa central sigue coadyuvando el desarrollo de las regiones.

### **§3. La calidad de leyes orgánicas**

#### **94. La modificación de la ley orgánica, según el demandado**

Sobre la base del principio que la ley posterior modifica la anterior, el demandado considera pertinente señalar que

“la ley que es materia de la presente acción de inconstitucionalidad es una ley orgánica posterior, que no puede ser obviada y que resulta objetivamente razonable”<sup>147</sup>.

#### **95. La presente ley no es orgánica, según el demandante**

Frente a eso, el demandante asevera que

“no se entiende cómo el Congreso puede señalar a través de su representante que ésta sea una ley orgánica. Si alguien pudiera pensar que ésta es una ley orgánica porque se aprobó con más de 81 votos no es el caso. Una ley orgánica tiene que ser tramitada y procesada como tal”<sup>148</sup>.

Por más que el tema no fue desarrollado por el demandante en su demanda, y más bien fue introducido al debate por el demandado, es obligación del Tribunal analizar la cuestión de validez formal de la ley materia de cuestionamiento.

#### **96. La modificación de la ley orgánica, según el demandado**

Constitucionalmente, se ha previsto que a través de las leyes orgánicas

“se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución”<sup>149</sup>.

Es decir, una ley orgánica es

“una institución a la que el constituyente... le ha asignado una posición central en el desarrollo de la Constitución, previendo un considerable número de tales leyes para regular muy diversas materias”<sup>150</sup>.

#### **97. El proceso legislativo en las leyes orgánicas**

Tal como lo señala la propia Constitución,

“los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley”<sup>151</sup>.

<sup>146</sup> Sentencia del Expediente 0010-2003-AI/TC, Municipalidad Provincial de Santa, fund. 7.

<sup>147</sup> Acápite 2 de la contestación de la demanda (fs. 97 del Expediente).

<sup>148</sup> Intervención del abogado del demandante, Audiencia del 15 de febrero del 2005.

<sup>149</sup> Artículo 106 de la Constitución.

<sup>150</sup> PÉREZ ROYO, Javier. Las fuentes del Derecho. p. 55.

<sup>151</sup> Artículo 106 de la Constitución, sobre la base de su consideración como ley de carácter general [artículo 72 apartado c del Reglamento del Congreso].

Sin embargo, esta formulación genérica cuenta con una cláusula de excepción, la misma que se puede observar tanto cuando se prescribe que

“las iniciativas legislativas que versen sobre leyes orgánicas... requieren para su aprobación de una doble votación”<sup>152</sup>,

como cuando se llega a señalar que

“para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”<sup>153</sup>.

De otro lado, refiriéndose a la modificación de una ley orgánica, este Colegiado ha venido señalando que

“no se genera, *per se*, un problema de inconstitucionalidad cada vez que una ley ordinaria colisione con una ley orgánica. La eventual inconstitucionalidad sería consecuencia de que la ley ordinaria haya infringido directamente el artículo 106° de la Constitución, en un doble sentido: a) porque no tenía competencia para regular una materia sujeta a reserva de ley orgánica; o, b) porque pese a regular una materia sujeta a reserva de ley orgánica, no se aprobó con la mayoría exigida por el artículo 106° de la Constitución”<sup>154</sup>.

## **98. El proceso legislativo de la Ley 28374**

El proyecto de ley 11733, Ley que regula la distribución de los recursos en el caso de la adjudicación directa de predios en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional, se transformó en la ley materia de inconstitucionalidad gracias a la votación de ochentisiete de los noventidós congresistas presentes en la Sesión del 28 de octubre del 2004, a horas 01:01:14 p.m.<sup>155</sup>

De otro lado, en la Junta de Protavoces realizada el 2 de noviembre del mismo año,

“se acordó, por unanimidad, la exoneración del trámite de doble votación a que se refiere el artículo 73° del Reglamento del Congreso”<sup>156</sup>.

Entonces, más allá de la forma correcta en que se aprobó la ley materia de la inconstitucionalidad, el tema que se encuentra regulando, al tratarse de un ámbito constitucional, requiere obligatoriamente una ley orgánica tal como ha venido a suceder.

## **99. Ley orgánica frente a ley orgánica**

Para concluir, debe quedar claro que la ley 28374 tiene la calidad de ley orgánica, y por lo tanto tiene toda la aptitud como para explicitar un tema materia de controversia. Simplemente, se encuentra describiendo la situación real de administración de bienes referidos a temas de gas natural y que importan una intervención especial, pero sin desconocer y desfigurar los límites existentes para el funcionamiento los gobiernos regionales y la descentralización.

<sup>152</sup> Artículo 73 del Reglamento del Congreso, párrafo sustituido por el artículo único de la Resolución Legislativa N° 013-2001-CR, publicada el 16 de noviembre del 2001, norma también desarrollada en el artículo 77 del Reglamento del Congreso.

<sup>153</sup> Artículo 106 *in fine* de la Constitución, retomado por artículo 81 apartado b del Reglamento del Congreso.

<sup>154</sup> Sentencia del Expediente 007-2002-AI/TC, Caso Municipalidad Metropolitana de Lima, fund. 7.

<sup>155</sup> Acta de votación, presentada en la contestada de la demanda (fs. 106 del Expediente).

Además, en la misma sesión se exoneró de segunda votación, con el voto de ochentiséis de noventiún congresistas, según acta de votación, presentada en la contestada de la demanda (fs. 107 del Expediente).

<sup>156</sup> Acta de la 21<sup>a</sup> Sesión de la Junta de Protavoces del Congreso de la República, correspondiente al Periodo Anual de Sesiones 2004-2005 celebrada el jueves 28 de octubre de 2004, presentada en la contestación de la demanda (fs. 108 del Expediente).

## **IX. FALLO**

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere el artículo 201 de la Constitución Política del Perú

### **HA RESUELTO:**

Declarar **INFUNDADA** la demanda de Inconstitucionalidad de autos.

Por lo tanto:

1. Se declara la validez constitucional del artículo 2 de la Ley N.º 28374.
2. Se exhorta al Congreso de la República para que otorgue estabilidad jurídica a la inversión, emitiendo la ley de demarcación territorial del caso, en el plazo más inmediato posible.
3. Se exhorta a las autoridades judiciales y administrativas a investigar el uso de los fondos públicos del Gobierno Regional de Lima, de acuerdo con el numeral VII de los fundamentos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI  
BARDELLI LARTIRIGOYEN  
GONZALES OJEDA  
GARCÍA TOMA  
VERGARA GOTELLI  
LANDA ARROYO