TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 385

SENTENCIA

DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 27 de septiembre de 2005

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Presidente de la República (demandante) c. Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco (demandados)

Síntesis

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, promulgada por el Presidente del Gobierno Regional de Cusco, y las Ordenanzas Regionales N.os 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH, promulgadas por la Presidenta del Gobierno Regional de Huánuco.

Magistrados firmantes:

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

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 386

SUMARIO

I. Asunto

II. Datos generales

III. Normas cuestionadas

IV. Antecedentes
1. Argumentos de las demanda
2. Contestaciones de las demandas
3. Apersonamiento de la Defensoría del Pueblo

V. Materias constitucionalmente relevantes

VI. Fundamentos
§1. Cuestiones preliminares
1.1 Sobre las excepciones deducidas por el Gobierno Regional de Huánuco
1.2 Sobre la supuesta afectación del derecho de defensa alegada por el Procurador Público Regional *Ad Hoc* del Gobierno Regional del Cusco
1.3 Con relación al apersonamiento de la Defensoría del Pueblo.

§2. Delimitación del petitorio

§3. Proceso de inconstitucionalidad y Tribunal Constitucional como órgano de control de la Constitución
3.1 La doble dimensión de los procesos constitucionales
3.2 Los principios que determinan la invalidez constitucional de las normas: jerarquía / comptencia
3.3 Tipología de infracciones constitucionales
3.3.1 Infracciones constitucionales por la forma y por el fondo
3.3.2 Infracciones constitucionales parciales o totales
3.3.3 Infracciones constitucionales directas e indirectas: el bloque de constitucionalidad

§4. *Test* de la competencia y conflicto normativo
4.1 Proceso de inconstitucionalidad y conflicto de competencias
4.2 Presupuestos del *test* de la competencia
4.3 El principio de unidad: La República del Perú como Estado unitario y descentralizado
4.3.1 Diferencias entre "Estado unitario centralizado", "Estado unitario descentralizado" y "Estado unitario y descentrazlizado"
4.3.2 Principio de cooperación y lealtad regional
4.3.3 Principio de taxatividad y cláusula de residualidad

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 387

4.3.4 Principio de control y tutela
4.4 Principio de competencia
4.4.1 Estado unitario y descentralizado, sistemas normativos y distribución de competencias.
4.4.2 El bloque de constitucionalidad de las ordenanzas regionales
4.4.2.1 La integración en el bloque de las leyes orgánicas
4.4.2.2 La integración en el bloque de otras normas legales
4.5 Otros principios constitucionales del reparto competencial
4.5.1 Principio del efecto útil y poderes implícitos
4.5.2 Principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos

§5. Planta de la hoja de coca, patrimonio cultural y derecho fundamental a la identidad cultural
5.1 Determinación del órgano competente para declarar bienes como patrimonio cultural
5.2 Uso tradicional de la hoja de coca y derechos culturales
5.3 Hoja de coca y patrimonio cultural

§6. Planta de la hoja de coca y liberalización de su producción
6.1 El combate contra el tráfico ilícito de drogas
6.2 Convenios internacionales relacionados con el tráfico ilícito de drogas y su adecuada interpretación
6.3 Política legislativa del Estado contra el tráfico ilícito de drogas
6.4 Determinación del órgano competente para designar las zonas de cultivo legal de la hoja de coca
6.5 Deber constitucional del Estado de diseñar una política eficiente contra el tráfico ilícito de drogas
6.6 Programas de desarrollo alternativo

§7. Planta de la hoja de coca como bien transmisible y sucesorio

§8. El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución y efecto vinculante de la sentencia

VII. Fallo

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTA
FOJAS 388

EXP. N.º 0020-2005-PI/TC
EXP. N.º 0021-2005-PI/TC
(acumulados)
LIMA
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de setiembre de 2005, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto adjuntos de los magistrados Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen y Juan Vergara Gotelli:

I. ASUNTO

Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Presidente de la República contra:

A) La Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, expedida por el Presidente del Gobierno Regional de Cusco, en los extremos en que:

- Declara a la planta de la hoja de coca como patrimonio regional natural, biológico, cultural e histórico de Cusco, y como recurso botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino y a las costumbres y tradiciones culturales y medicinales (artículo 1º).
- Reconoce como zonas de producción tradicional de carácter legal de la planta de la hoja de coca los valles de La Convención y Yanatile, de la provincia de Calca, y Qosñipata, de la provincia de Paucartambo, todos integrantes del departamento del Cusco (artículo 2º).
- Declara a la planta de la hoja de coca como un bien económico transmisible y sucesorio del campesinado que habita en las zonas mencionadas (artículo 3º).

B) La Ordenanza Regional N.º 015-2004-CR-GRH, promulgada por la Presidenta del Gobierno Regional de Huánuco, que declara a la hoja de coca como patrimonio cultural y de seguridad alimentaria de la Región Huánuco.

C) La Ordenanza Regional N.º 027-2005-E-CR-GRH, promulgada por la Presidenta del Gobierno Regional de Huánuco, que incorpora a la Ordenanza Regional N.º 015-2004-CR-GRH un artículo por el cual se declara la legalidad del cultivo de la hoja de coca en

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 389

la jurisdicción del Gobierno Regional de Huánuco, para el consumo directo (en la modalidad de *chaccheo),* con fines medicinales, ceremoniales y de industrialización lícita.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	: Proceso de inconstitucionalidad.
Demandante	: Presidente de la República.
Normas sometidas a control	: Ordenanzas Regionales N.os 031-2005-GRC/CRC, 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH.
Normas constitucionales cuya vulneración se alega	: artículos 43°, y 192° 10.
Petitorio	: Se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2° y 3° de la Ordenanza Regional N.° 031-2005-GRC/CRC y la incostitucionalidad de las Ordenanzas Regionales N.os 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH.

III. NORMAS CUESTIONADAS

1. Ordenanza Regional N.° 031-2005-GRC/CRC:

"Artículo Primero.- DECLARAR a la Planta de la Hoja de Coca, como Patrimonio Regional Natural–Biológico–Cultural–Histórico del Cusco y como Recurso Botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino y a las costumbres y tradiciones culturales y medicinales.

Artículo Segundo.- RECONOCER como zonas de producción tradicional de carácter legal de la Planta de la Hoja de Coca a los valles de: La Convención; Yanatile de la provincia de Calca y Qosñipata de la provincia de Paucartambo, todos ellos del departamento del Cusco, donde la producción de esta especie está destinada al uso medicinal, ceremonial, religioso, cultural, `chaccheo´ y aquellas que son adquiridas en forma lícita por la Empresa Nacional de la Coca Sociedad Anónima, ENACO S.A., para su respectiva comercialización.

Artículo Tercero.- DECLÁRASE a la Planta de la Hoja de la Coca como

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 390

bien económico transmisible y sucesorio del campesinado que habita en las zonas mencionadas en el artículo segundo de la presente Ordenanza Regional."

2. Ordenanza Regional N.º 015-2004-CR-GRH:
"Artículo 1.- RECONOCER a la HOJA DE COCA como Patrimonio Cultural y de Seguridad Alimentaria de la Región Huánuco, en mérito a los considerandos expuestos."

3. Ordenanza Regional N. º 027-2005-E-CR-GRH:
"Artículo Primero.- INCORPORAR A LA ORDENANZA REGIONAL N.º 015-2004-CR-GRH, que declara como Patrimonio Cultural y de Seguridad Alimentaria a la Hoja de Coca, el siguiente articulado:

Artículo 1.A.- Declara la Legalidad del cultivo de la Hoja de Coca en la jurisdicción del Gobierno Regional de Huánuco, para el consumo directo en la modalidad de Chaccheo con fines medicinales, ceremoniales, y de industrialización lícita, de acuerdo a la presente Ordenanza Regional."

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos de las demandas

Con fechas 25 y 27 de julio de 2005, el demandante ha interpuesto las presentes demandas, solicitando se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, promulgada por el Gobierno Regional de Cusco; y de las Ordenanzas Regionales Nºs 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH, expedidas por el Gobierno Regional de Huánuco.

Las demandas se sustentan en argumentos sustancialmente análogos. Tales argumentos, son los siguientes:

a) De conformidad con el artículo 192º 10 de la Constitución, toda competencia de los gobiernos regionales, fuera de aquellas enumeradas en los incisos 1 a 9 del mismo artículo constitucional, debe estar prevista en la ley. Sin embargo, ni la Ley N.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización (en adelante, LBD), ni la Ley N.º 27867, Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales (en adelante, LOGR), prevén que sea competencia (exclusiva, compartida o delegada) de estos gobiernos declarar como patrimonio cultural a la hoja de coca o declarar la legalidad de su cultivo en su respectiva jurisdicción.
b) El artículo 43º de la Constitución estipula que el Estado peruano es unitario. En tal sentido, las competencias que no han sido expresamente asignadas por la ley a los gobiernos regionales, corresponden al Gobierno Nacional.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 391

c) La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961; el Decreto Ley N.º 22095, Ley de Represión del Tráfico Ilícito de DrogasM la creación de la Comisión de Lucha contra el Consumo de Drogas (DEVIDA); el Decreto Legislativo N.º 824, Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas; el Decreto Supremo N.º 004-2004-PCM, que aprobó la "Estrategia Nacional de Lucha contra la Drogas 2002-2007", y el Decreto Supremo N.º 006-2005-PCM, que actualizó dicha estrategia, evidencian que tanto el combate contra el tráfico ilícito de drogas, como el control de los cultivos de hoja de coca a través de su regulación, son una política nacional del Estado peruano. En tal sentido, de conformidad con el artículo 26º, inciso 1,ordinal a) de la LBD, son competencias exclusivas del Gobierno Nacional.

d) Las ordenanzas cuestionadas han vulnerado el artículo 45º, inciso a) de la LOGR, que establece que dichas instancias de gobierno definen, norman, dirigen y gestionan sus políticas regionales y ejercen sus funciones generales y específicas en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales.

e) El artículo 47º, inciso l) de la LOGR establece como función de los gobiernos regionales proteger y conservar, en coordinación con los gobiernos locales y los organismos correspondientes, el patrimonio cultural nacional existente en la región, así como promover la declaración, por los organismos competentes, de los bienes culturales no reconocidos que se encuentren en la región. Por su parte, el artículo 19º de la Ley N.º 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, establece que son organismos del Gobierno Nacional los encargados de la identificación, inventario, inscripción, registro, investigación, protección, conservación, difusión y promoción de los bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación. En tal sentido, los gobiernos regionales no tienen competencia para declarar bienes como patrimonio cultural.

f) El control del cultivo de la hoja de coca debe ser realizado por una sola autoridad de nivel nacional, con las atribuciones técnicas para determinar el nivel de producción del cultivo legal. El incremento de la producción de hojas de coca en el territorio nacional afectaría la labor del Gobierno Nacional referida al orden interno y a la prevención de delitos, que es de su exclusiva competencia.

g) Al expedir las normas cuestionadas, los gobiernos regionales emplazados no han considerado las consecuencias que tiene la siembra ilegal de hoja de coca en otros ámbitos, como la drogadicción, la violencia, la corrupción y el narcotráfico (alimentado en su mayoría por la producción ilegal de hoja de coca).

h) Otorgar legalidad al cultivo de hoja de coca destinado a fines medicinales, ceremoniales y de industrialización, provocará que toda la producción de hoja de coca sea cultivada alegando que se destinará a tales fines, con lo cual el control se tornará imposible.

Con fecha 5 de agosto de 2005, 31 Congresistas de la República, solicitan ser admitidos como litisconsortes activos facultativos en el proceso de inconstitucionalidad. En tal sentido, solicitan que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, expedida por el Gobierno Regional de Cusco, básicamente, por las

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 392

mismas consideraciones expuestas por la Presidencia del Consejo de Ministros en su escrito de demanda.

Dicha solicitud fue estimada por el Tribunal Constitucional, mediante resolución de fecha 8 de agosto de 2005.

2. Contestaciones de las demandas

Gobierno Regional de Huánuco

La Presidenta del Gobierno Regional de Huánuco, doña Luzmila Templo Condeso, con fecha 16 de septiembre de 2005, deduce excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, por considerar que mediante la Resolución Ministerial N.º 260-2005-PCM, sólo se autorizó a la Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros a presentar demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional N.º 027-2005-E-CR-GRH, más no contra la Ordenanza Regional N.º 015-2004-CTR-GRH; sin embargo, ésta ha interpuesto la demanda contra ambas. En el mismo escrito contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada por las siguientes consideraciones:

a) Los gobiernos regionales tienen la potestad de dictar normas sobre asuntos de su competencia, tal como lo estipula el artículo 192º,inciso 6, de la Constitución.
b) De conformidad con el artículo 192º, inciso 7, de la Constitución, los gobiernos regionales tienen competencia en materia de agricultura. Por otra parte, el artículo 10º, inciso 1, ordinal g), de la LOGR, estipula que los gobiernos regionales tienen competencia exclusiva para facilitar los procesos orientados a los mercados internacionales para la agricultura. Los cultivos de la hoja de coca se encuentran inmersos dentro de la actividad agrícola, razón por la cual su regulación es competencia de los gobiernos regionales.
c) Las Ordenanzas Regionales no contravienen ninguna política nacional, pues en tanto la hoja de coca forma parte de una tradición cultural milenaria, su cultivo nunca ha sido ilegal, tal como ha sido reconocido por el artículo 14º, inciso 2, de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico de Estupefacientes de 1988.
d) El Gobierno Regional de Huánuco ha dictado las normas cuestionadas con el propósito de rescatar las raíces ancestrales que enfatizan una identidad cultural regional, con miras a revalorar la hoja de coca como un recurso natural de atributos alimenticios, medicinales, místicos, religiosos e industriales, distinguiéndola de su destino al narcotráfico.
e) En tal contexto, el Gobierno Regional debe coordinar con los organismos competentes del Gobierno Nacional los asuntos relacionados con la comercialización de la hoja de coca. De ahí que la reglamentación de las Ordenanzas deberá, necesariamente, observar las normas legales de carácter nacional.
f) Las Ordenanzas no han regulado los cultivos ilícitos de la hoja de coca, sino sólo aquellos destinados a fines lícitos.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTOA
FOJAS 393

g) El cultivo de la hoja de coca no sólo es una opción para el desarrollo de nuestra diversidad, sino también un elemento de primera importancia para lograr el desarrollo socioeconómico del país por constituir un producto agrícola.

El Procurador Público Regional *Ad Hoc* del Gobierno Regional de Huánuco, con fecha 16 de septiembre de 2005, deduce las excepciones de falta de legitimidad para obrar y representación insuficiente del demandante, por considerar que no se le han delegado expresas facultades para impugnar la constitucionalidad de la Ordenanza Regional N.º 015-2004-GR-GRH. En el mismo escrito contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada por las siguientes consideraciones:

a) Las Ordenanzas Regionales resultan acordes y compatibles con el ordenamiento jurídico nacional y no derogan ni invalidan norma alguna.
b) Reconocer a la hoja de coca como patrimonio cultural y de seguridad alimentaria de la Región Huánuco y declarar la legalidad del cultivo de la hoja de coca, en la jurisdicción del Gobierno Regional de Huánuco, para el consumo directo en la modalidad de *chaccheo* y con fines medicinales, ceremoniales e industriales lícitos, son competencias de los gobiernos regionales, tal como lo tiene establecido el artículo 10º, inciso 1 de la LOGR.
c) En ningún momento se ha legalizado el uso indebido de la hoja de coca.
d) El demandante confunde el interés nacional con los intereses de otros países, pues el Gobierno Nacional ha celebrado tratados que jamás favorecieron una real investigación del uso de la hoja de coca y la obtención de sus beneficios.

Gobierno Regional del Cusco

El Presidente Regional de Cusco, don Carlos Ricardo Cuaresma Sánchez, y el Procurador Público Regional *Ad Hoc* del Gobierno Regional de Cusco, con fecha 20 de setiembre de 2005, contestan la demanda solicitando que sea declarada infundada por las siguientes consideraciones:

a) Desde épocas pretéritas, la planta de la hoja de coca cumple un rol importante en las interrelaciones sociales y económicas de las familias andino-amazónicas (en las fiestas comunales, matrimonios, trabajos colectivos, celebración de acontecimientos importantes, trueque y otros hechos que han fomentado la solidaridad interna e integración del grupo social). Desde tiempos incaicos, fue objeto de adoración, siendo considerada una planta divina que, además, ostentaba propiedades curativas, razones por las cuales era objeto de intercambio y apreciado regalo. Se le reconoce un amplio valor social, médico y terapéutico en su forma de masticación, infusión y aplicada en cataplasma. Ello permite sostener que en Cusco no hay narcotráfico ni lo habrá porque los cultivos legales lo son desde hace siglos y existe un eficiente control social.
b) La racionalidad del pensamiento andino-amazónico, principalmente en el departamento de Cusco, con respecto al uso tradicional de la planta de la hoja de coca, obedece a una serie de conductas aprendidas con relación a su entorno y/o naturaleza en el curso de los tiempos, la misma que se traduce en una serie de patrones culturales, creados, recreados

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 394

y practicados milenariamente.

c) En el ámbito cultural andino la hoja de coca tiene un rol tan importante que es difícil imaginarse a esa cultura sin la presencia de dicha planta. De ahí que los pueblos andinos tengan el derecho de utilizar plantas como la hoja de coca como parte de su religiosidad y cosmovisión.

d) Estas manifestaciones llevan a reconocer que el uso de la planta de la hoja de coca forma parte de los derechos culturales de los pueblos indígenas, que los tratados internacionales de derechos humanos reconocen. En tal perspectiva, la Ordenanza Regional impugnada reconoce dichos derechos, por lo que tiene un estricto carácter declarativo.

e) Las zonas en las que se ha legalizado el cultivo son ya reconocidas como cuencas, valles o zonas lícitas en el mapeo que tiene ENACO S.A.

f) El artículo 3° de la Ordenanza también es declarativo, al señalar que la planta de la hoja de coca es un bien económico transmisible y sucesorio.

g) La Ordenanza reconoce la competencia de ENACO S.A. como ente fiscalizador de la producción de hoja de coca, pero diferenciando la producción que se destina al uso tradicional de aquella que se destina al narcotráfico.

h) El padrón de productores de ENACO S.A. se encuentra "estancado", y ello ha impedido que otros productores que han adquirido el derecho por transmisión o sucesión, puedan convertirse en productores lícitos.

i) No existe una política nacional de protección a este producto natural botánico, sino únicamente una política represiva y erradicadora vinculada al delito, lo que genera consecuencias negativas para el productor cocalero.

j) Existe una política discriminatoria contra la hoja de coca, pues en la Ley N.° 28477, que reconoce como patrimonio natural de la Nación a diversos cultivos nativos, no se la ha incluido.

k) Con el reglamento de la Ordenanza queda evidenciado que ésta no es contraria a la política nacional, pues en aquel se ha precisado que la legalización sólo comprende a los valles reconocidos como zonas de producción legal por ENACO S.A., y sólo en la medida en que se encuentre producida por personas empadronadas y sea destinada al consumo legal.

l) La Ordenanza es compatible con el artículo 14°, inciso 2, de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, que señala que las medidas orientadas a evitar el cultivo de la hoja de coca deben respetar los derechos fundamentales.

m) La hoja de coca, *per se,* no es parte del, *iter crimen*, pues se requiere la participación de muchos insumos químicos para producir cocaína.

n) La Ordenanza Regional no colisiona con la política represiva, erradicadora y de control de la hoja de coca, sino que se ubica en el contexto legal, otorgando protección a los cultivos legales y tradicionales.

o) La norma ha sido dictada en ejecución de la competencia exclusiva de los gobiernos regionales de promover el uso sostenible de los recursos forestales y de biodiversidad, según lo establecen tanto el artículo 35° de la LBD, como el artículo 10°, inciso n), de la

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 395

LOGR.

p) La Ordenanza ha sido dictada ante el vacío legal de una política nacional orientada a la preservación y conservación de la hoja de coca. Sólo existe una política represiva de orden penal.

q) La ordenanza es compatible con el Convenio 169° de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que establece que al aplicar la legislación nacional, los Estados deben reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales de los pueblos indígenas.

r) La Ordenanza no resulta contraria al artículo 8° de la Constitución, que reserva al Gobierno Central el combate contra el tráfico ilícito de drogas, pues sólo busca la protección de un recurso botánico natural.

Adicionalmente, el Procurador Público Regional *Ad hoc* del Gobierno Regional de Cusco, acusa una supuesta vulneración del derecho fundamental al debido proceso y, concretamente, del derecho de defensa, pues considera que debió notificársele con el auto admisorio, la demanda y los anexos, así como con el escrito presentado por los 31 Congresistas de la República.

2. Apersonamiento de la Defensoría del Pueblo.

Mediante escrito de fecha 23 de septiembre de 2005, la encargada del Despacho del Defensor del Pueblo, se presenta al proceso para intervenir en calidad de *amicus curiae.*

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Luego de analizar, como cuestiones preliminares, las excepciones deducidas por el Gobierno Regional de Huánuco, y la supuesta afectación del derecho fundamental a la defensa en la tramitación de la presente causa, acusada por el Procurador Público Regional *Ad hoc* del Gobierno Regional de Cusco, se analizarán, como cuestiones constitucionalmente relevantes, las siguientes:

1. Determinar los presupuestos para la resolver un proceso de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley que, supuestamente, se ocupan de materias reservadas a otros órganos constitucionales; en ese sentido deberán analizarse los siguientes temas:

1.1 ¿Cuáles son las dimensiones de un proceso de inconstitucionalidad?

1.2 ¿Cuáles con los principios, cuya afectación determina la invalidez constitucional de una norma con rango de ley?

1.3 ¿Cuál es la tipología de infracciones constitucionales en las que puede incurrir una norma con rango de ley?

1.4 ¿Cuál es la relevancia de las infracciones "indirectas" a la Constitución para resolver la presente causa (el bloque de constitucionalidad)?

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 396

2. Incidencia del *test* de la competencia para determinar a los órganos competentes para regular las materias de las que se ocupan las normas cuestionadas; para tales efectos corresponderá analizar:
   2.1 ¿Cuáles son lo presupuestos del test de la competencia?
   2.2 ¿En qué consiste el principio de unidad y que alcances constitucionales tiene la configuración de la República del Perú como un Estado unitario y descentrazlizado?
   2.3 ¿En qué consiste el principio de cooperación y lealtad regional?
   2.4 ¿En qué consiste el principio de taxatividad y la cláusula de residualidad?
   2.5 ¿En qué consiste el principio de control y tutela?
   2.6 ¿En qué consiste el principio de competencia?
   2.7 ¿En qué consiste el principio de efecto útil y poderes implícitos?
   2.8 ¿En qué consiste el principio de progresividad?
   2.9 ¿Cuál es el bloque de constitucionalidad de las ordenanzas regionales?

3. Evaluar la relación entre la planta de la hoja de coca y el derecho fundamental a la identidad cultural (artículo 2º 19 de la Constitución) y la posibilidad de que se la declare patrimonio cultural; para tales efectos corresponderá analizar:
   3.1 En base al test de la competencia, ¿cuál es el órgano constitucional competente para declarar bienes como patrimonio cultural?
   3.2 ¿Cuáles son las características del uso tradicional de la hoja de coca en el Perú?
   3.3 ¿La hoja de coca puede tener la condición de patrimonio cultural de la Nación?

4. Analizar las relaciones entre el cultivo y la comercialización de la planta de la hoja de coca y el tráfico ilícito de drogas; en tal sentido corresponderá responder a las siguientes interrogantes:
   4.1 ¿Cuáles son las obligaciones del Estado en relación con el combate al tráfico ilícito de drogas?
   4.2 ¿Cuáles son los alcances de los Convenios internacionales relacionados con la lucha contra el tráfico ilícito de drogas?
   4.3 ¿Es eficiente la política legislativa del Estado contra el tráfico ilícito de drogas?
   4.4 ¿Cuál es el órgano constitucional competente para regular lo referente al cultivo de la planta de la hoja de coca?
   4.5 Programas de desarrollo alternativo.

5. Finalmente este Tribunal determinará cuál es el órgano constitucional competente para regular la materia referida a al transmisión y sucesión de la planta de la hoja de coca.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Cuestiones preliminares.

1.1 Sobre las excepciones deducidas por el Gobierno Regional de Huánuco.

1. Tanto la Presidenta como el Procurador Público del Gobierno Regional de Huánuco han

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 397

deducido las excepciones de falta de legitimidad para obrar y representación insuficiente del demandante, pues consideran que, de conformidad con la Resolución Ministerial N:º 260-2005-PCM, la delegación conferida a la Procuradora Pública por el Presidente del Consejo de Ministros (quien, a su vez, fue designado por el Presidente de la República para que lo represente en este proceso) tan sólo incluía la impugnación de la Ordenanza Regional N.º 027-2005-E-CR-GR, más no la Ordenanza Regional N.º 015-2004-CR-GRH; a pesar de lo cual la Procuradora ha solicitado también la inconstitucionalidad "por conexión" de esta última.

2. Existen diversos motivos que justifican la desestimación de las excepciones deducidas por el Gobierno Regional de Huánuco:

a) La Ordenanza Regional N.º 027-2005-E-CR-GR, consta de dos artículos, de los cuales tan sólo el primero resulta relevante en la resolución de la presente causa, pues el segundo se limita a ordenar la publicación de la norma. El artículo primero dispone lo siguiente:

> "INCORPORAR A LA ORDENANZA REGIONAL N.º 015-2004-CR-GRH, que declara como Patrimonio Cultural y de Seguridad Alimentaria a la Hoja de Coca, el siguiente articulado:
>
> Artículo 1.A.- Declara la Legalidad del cultivo de la Hoja de Coca en la jurisdicción del Gobierno Regional de Huánuco, para el consumo directo en la modalidad de Chaccheo con fines medicinales, ceremoniales, y de industrialización lícita, de acuerdo a la presente Ordenanza Regional."

La Ordenanza Regional N.º 027-2005-E-CR-GR incorpora un nuevo artículo en el *corpus* normativo de la Ordenanza Regional N.º 015-2004-CR-GRH, por lo que, para efectos del análisis material del contenido impugnado, resulta indistinto referirse a una u otra fuente.

b) Si bien el demandado ha cuestionado que la Procuradora Pública del Consejo de Ministros recurra a la figura de la conexidad existente entre ambas Ordenanzas para justificar su impugnación en conjunto, tal cuestionamiento resulta injustificado, no sólo porque, según ha quedado dicho, la conexidad existe, sino, fundamentalmente, porque tal posibilidad no surge de la voluntad de la referida Procuradora, sino del propio Código Procesal Constitucional (CPConst.), cuyo artículo 78º permite extender la sanción de inconstitucionalidad de una norma a aquellas a las que el vicio deba alcanzar "por conexión o consecuencia".

Por ello, en aras de garantizar la supremacía normativa de la Constitución (artículo II del Título Preliminar del CPConst.), el Tribunal Constitucional tiene el deber de realizar una apreciación extensiva de las fuentes del ordenamiento conexas que resulten incompatibles con ella, aún en los supuestos en los que sólo alguna de dichas normas haya sido objeto de impugnación.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 398

c) Finalmente, incluso en el supuesto de que los argumentos referidos no despejen totalmente las dudas existentes con relación a si este Colegiado debe o no continuar con la resolución de la causa ante las excepciones alegadas, lejos de aplicar el artículo 451°, inciso 5, del Código Procesal Civil, que indebidamente ha sido traído a colación por el Gobierno Regional de Huánuco, es de aplicación el Artículo III del Título Preliminar del CPConst, según el cual:

> "Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación."

3. Por todas estas razones, el Tribunal Constitucional declara infundadas las excepciones deducidas por el Gobierno Regional de Huánuco.

1.2 Sobre las supuestas afectación del derecho de defensa alegada por el Procurador Público Regional *Ad hoc* del Gobierno Regional de Cusco.

4. El Procurador Público Regional *Ad hoc* del Gobierno Regional de Cusco, acusa una supuesta vulneración del derecho fundamental al debido proceso y, concretamente, del derecho de defensa, pues considera que debió notificársele con el auto admisorio, la demanda y los anexos, así como con el escrito presentado por los 31 Congresistas de la República.

   Como fundamento normativo de su alegato ha recurrido a diversas disposiciones del Decreto Ley N.° 17537 —Ley de Representación y defensa del Estado en juicio—, de la Ley N.° 27867 —Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales—, y del Decreto Supremo N.° 002-2003-JUS —Reglamento de la Representación y Defensa de los derechos e intereses del Estado a nivel del Gobierno Regional—.

5. Empero, es preciso recordar que a partir del 1 de diciembre de 2004, la norma llamada a regular los procesos constitucionales es el Código Procesal Constitucional (CPConst.), aprobado mediante Ley N.° 28237, y no los diferentes dispositivos legales a los que indebidamente recurre el Procurador Público.

   En tal sentido, el precepto que resulta aplicable a la presente causa es el artículo 7° del CPConst., referido a la representación procesal del Estado en los procesos constitucionales, cuyo tercer párrafo, establece:

> "Las instituciones públicas con rango constitucional actuarán directamente, sin la intervención del Procurador Público."

   Todas las instituciones públicas que actúan en el presente proceso, gozan de rango constitucional. Así, el Presidente de la República (artículo 110°), la Presidencia del Consejo de Ministros (artículo 123°), el Congreso de la República (artículo 90°) y los Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco (artículo 191°). En consecuencia, debían

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 399

actuar directamente en el proceso, y no por intermedio del Procurador Público. A ello obedece que éste no haya sido notificado con el escrito demanda.

6. Asimismo, como luego tendrá oportunidad de precisarse, el caso de autos, desde un punto de vista material, es un conflicto de competencias, razón por la cual también resulta aplicable el artículo 109º del aludido Código, en el que se estipula que

> "Los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares."

7. Lo expuesto, desde luego, no impide que los Procuradores Públicos de los órganos de rango constitucional también actúen en representación de estas entidades, tal como ha ocurrido en el proceso de autos. Simplemente, dicha intervención no resulta obligatoria, quedando en criterio de los titulares de las respectivas entidades solicitarla o permitirla.

8. Sin perjuicio de lo expuesto, debe indicarse también que en los procesos constitucionales no cabe exigir la protección del derecho fundamental a la defensa desde una perspectiva formal, sino sustancial. De ahí que, aún en la hipótesis negada de que hubiese existido algún vicio al no haberse notificado al Procurador Público con la demanda y sus anexos, éste habría sido subsanado al haber tomado oportuno conocimiento de su contenido, haber presentado el escrito de contestación correspondiente y haber participado en la vista de esta causa.

1.3 Con relación al apersonamiento de la Defensoría del Pueblo.

9. Mediante escrito de fecha 23 de septiembre de 2005, la encargada del Despecho de Defensor del Pueblo, solicita su apersonamiento al proceso en calidad de *amicus curiae*, a pesar de que dicha entidad goza de legitimación activa en los procesos de inconstitucionalidad (artículo 203º 3 de la Constitución).

10. La posibilidad de permitir la intervención en el proceso constitucional de personas o entidades especializadas que puedan coadyuvar en la resolución de la causa, ha sido prevista en el artículo 13-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, aprobado mediante Resolución Administrativa N.º 095-2004-P-TC. Dicho precepto establece:

> "Artículo 13-A.- El Pleno o las Salas pueden solicitar los informes que estimen necesarios a los órganos de Gobierno y de la Administración y requerir respuesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 119 del Código Procesal Constitucional; así como solicitar información del (los) amicus curiae (amici curiarum), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados."

11. Tal como se aprecia del tenor de la disposición, el apersonamiento al proceso de personas o entidades en calidad de *amicus curiae*, se encuentra sujeto a la previa solicitud realizada por este Colegiado, lo que no ha sucedido en el presente caso. No

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 400

obstante, considerando las tareas que el Constituyente ha reservado a la Defensoría del Pueblo (artículo 162° de la Constitución), este Colegiado entiende prudente atender las consideraciones planteadas por el referido órgano constitucional.

§2. Delimitación del petitorio.

12. Se ha solicitado a este Tribunal declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2° y 3° de la Ordenanza Regional N.° -2005-GRC/CRC, expedida por el Gobierno Regional de Cusco, y de las Ordenanzas Regionales N.os 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GR, expedidas por el Gobierno Regional del Huánuco.

Los artículos respectivos de la Ordenanza Regional N.° 031-2005-GRC/CRC, establecen:

> "Artículo Primero.- DECLARAR a la Planta de la Hoja de Coca, como Patrimonio Regional Natural – Biológico – Cultural – Histórico del Cusco y como Recurso Botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino y a las costumbres y tradiciones culturales y medicinales.
>
> Artículo Segundo.- RECONOCER como zonas de producción tradicional de carácter legal de la Planta de la Hoja de Coca a los valles de: La Convención; Yanatile de la provincia de Calca y Qosñipata de la provincia de Paucartambo, todos ellos del departamento del Cusco, donde la producción de esta especie está destinada al uso medicinal, ceremonial, religioso, cultural, `chaccheo´ y aquellas que son adquiridas en forma lícita por la Empresa Nacional de la Coca Sociedad Anónima, ENACO S.A., para su respectiva comercialización.
>
> Artículo Tercero.- DECLÁRASE a la Planta de la Hoja de la Coca como bien económico transmisible y sucesorio del campesinado que habita en las zonas mencionadas en el artículo segundo de la presente Ordenanza Regional."

Por su parte, el artículo 1° de la Ordenanza Regional N.° 015-2004-CR-GRH, dispone:

> "Artículo 1.- Reconocer a la HOJA DE COCA como Patrimonio Cultural y de Seguridad Alimentaria de la Región Huánuco, en mérito a los considerandos expuestos."

Y el artículo 1° de la Ordenanza Regional N. ° 027-2005-E-CR-GRH, establece:

> "Artículo Primero.- INCORPORAR A LA ORDENANZA REGIONAL N.° 015-2004-CR-GRH, que declara como Patrimonio Cultural y de Seguridad Alimentaria a la Hoja de Coca, el siguiente articulado:
>
> Artículo 1.A.- Declara la Legalidad del cultivo de la Hoja de Coca en la jurisdicción del Gobierno Regional de Huánuco, para el consumo directo en

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 401

la modalidad de Chaccheo con fines medicinales, ceremoniales, y de industrialización lícita, de acuerdo a la presente Ordenanza Regional."

13. El recurrente sostiene que las normas impugnadas resultan constitucionalmente inválidas, por considerar que los gobiernos regionales carecen de competencia tanto para declarar a la hoja de coca patrimonio cultural, como para legalizar su cultivo en sus respectivas jurisdicciones, y para disponer que la referida planta constituya un bien transmisible y sucesorio. En criterio del demandante, la Constitución no confiere tales facultades a los gobiernos regionales y no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico que así lo haga. Entiende que, de conformidad con la normativa vigente, tales competencias corresponden al Gobierno Nacional.

14. Como se verá en detalle luego, de conformidad con lo previsto por el artículo 43° de la Norma Fundamental, el Estado peruano es unitario, pero descentralizado. Es una república distribuida territorialmente en regiones, departamentos, provincias y distritos, y, gubernativamente, en los niveles nacional, regional y local (artículo 189° de la Constitución), circunstancia que da lugar a la existencia, junto al ordenamiento jurídico nacional, de ordenamientos jurídicos regionales y locales y, consecuentemente, a la potencial incompatibilidad entre fuentes normativas (*v.g.* la ley y la ordenanza regional) que, por ostentar idéntico rango (artículo 200° 4, de la Constitución), no puede ser resuelta apelando al principio de jerarquía normativa, sino al de competencia.

15. Cabe afirmar, sin embargo, que el principio de competencia es tributario del de jerarquía, pues si una entidad estatal puede incurrir en la expedición de una norma inválida por invadir esferas competenciales previstas como ajenas por otra norma de su mismo rango, es porque la *Norma Normarum* (Constitución), fuente normativa jerárquicamente superior a cualquier otra, reservó en ésta la capacidad de regular la distribución competencial.

    De ahí que, con Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, pueda afirmarse que:

    > "(...) en la Constitución se encuentra la `competencia de la competencia´ (*Kompetenz-Kompetenz*), pues su primera función es la de distribuir todas las competencias públicas y (...), en su función de supraordenamiento, distribuir los espacios competenciales de cada uno de los ordenamientos subordinados (...)"[1].

    que, en el caso del Estado peruano, serían el nacional, el regional y el local.

§3. Proceso de inconstitucionalidad y Tribunal Constitucional como órgano de control

[1] García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I.* Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 286.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 402

de la Constitución.

3.1 La doble dimensión de los procesos constitucionales.

16. Mediante el proceso de inconstitucionalidad, la Constitución Política del Estado ha confiado al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes y las normas con rango de ley. En él, quien cuenta con legitimación para interponer la demanda, *prima facie*, no persigue la tutela de intereses subjetivos, sino "la defensa de la Constitución" como norma jurídica suprema. No obstante, aún cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, es decir, un proceso en el que se realiza un juicio de compatibilidad abstracta entre 2 fuentes de distinta jerarquía ("Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro (...); y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control"[2]), tal como ha afirmado este Colegiado[3], también tiene una dimensión subjetiva, en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según establece el Artículo II del Título Preliminar del CPConst.

17. En efecto, el tránsito del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho supone alejarse de una concepción de ley como fuente meramente abstracta, impersonal y generalizada, y aceptar la posibilidad de que ésta tenga alcances bastante más restringidos y concretos, procurando estrechar las distancias económicas, políticas y sociales entre los diferentes sectores poblacionales y logrando una igualdad no sólo formal sino también sustancial, lo cual se evidencia en el tránsito de la ley general a la ley especial. Muestra de ello es el artículo 59° de la Constitución que, en consonancia con el artículo 2°, inciso 2, que consagra el principio-derecho de igualdad, establece:

> "El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad (...)".

En tal sentido, son constantes las ocasiones en las que el juez constitucional, a efectos de evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, debe ingresar en una aproximación clara e inequívoca con los supuestos concretos en los que éstas han sido o pueden ser aplicadas.

18. Tal constatación evidencia que a la dimensión objetiva de los procesos de inconstitucionalidad acompaña una subjetiva. Y es que no puede olvidarse que aunque el control concentrado de las normas tiene una finalidad inmediata, que es defender la supremacía normativa de la Constitución, depurando el ordenamiento de aquellas disposiciones que la contravengan, tiene, como fin mediato, impedir su aplicación, es decir, impedir que éstas puedan generar afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos fundamentales de los individuos. Pudiendo, incluso, en determinados casos,

[2] STC 0032-2004-AI, Fundamento 2.
[3] STC 0002-2005-AI, Fundamento 2; Resolución N.° 0020-2005-AI, Fundamento 4.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 403

declarar la nulidad de aplicaciones pasadas[4].

Si, como sostiene Zagrebelsky,

> "toda concepción de la Constitución trae consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción del procedimiento trae consigo una concepción de Constitución, [pues] no existe un *prius* ni un *posterius*, sino una implicación recíproca"[5],

para luego sostener que las dos vocaciones del proceso constitucional (subjetiva y objetiva), son

> "mezclas que se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte el abandono o la violación del otro"[6],

es deber del juez constitucional tener presente que el proceso orientado por antonomasia a defender la supremacía de la Constitución (proceso de inconstitucionalidad), siempre tendrá también, en última instancia, la vocación subjetiva de preservar los derechos fundamentales de las personas.

3.2 Los principios que determinan la invalidez constitucional de las normas: jerarquía/competencia.

19. La finalidad del proceso de inconstitucionalidad es la defensa de la Constitución en su condición de Ley Superior. Ella ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente; reconoce los derechos fundamentales del ser humano; contiene las reglas básicas de convivencia social y política; además de crear y regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional.

    En efecto, la Constitución no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran.

    Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución).

20. Conforme a ello, el artículo 75° del CPConst., señala que el proceso de inconstitucionalidad, tiene por finalidad:

---

[4] Recuérdese que el artículo 83° del Código Procesal Constitucional permite revivir procesos fenecidos con violación de los derechos fundamentales de las personas en materias que versen sobre materia penal o tributaria.

[5] Zagrebelsky, Gustavo. *¿Derecho Procesal Constitucional?*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. N.° IV, diciembre, 2001. Lima: Estudio Monroy, p.402.

[6] Op. cit. p. 404.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 484

> "la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa."

El artículo realiza una clara alusión al principio de jerarquía normativa que, como se adelantara, es el que, en última y definitiva instancia, determina la validez o invalidez constitucional de una ley o norma con rango de ley. En dicha perspectiva, este Colegiado ha señalado que:

> "La validez en materia de justicia constitucional (...) es una categoría relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior (v.g. una norma con rango de ley) será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior (v.g. la Constitución)."[7]

En tal sentido, el parámetro de control de constitucionalidad de las leyes o normas de su mismo rango, está integrado, siempre y en todos los casos, por la Constitución. Aún cuando también puede encontrarse conformado por otras normas legales.

Cuando dichas normas delimitan el ámbito competencial de los distintos órganos constitucionales, además del principio de jerarquía normativa, el principio de competencia es medular para determinar la validez o invalidez constitucional de las normas con rango de ley; máxime en aquellos Estados que, como el nuestro, son unitarios y descentralizados (artículo 43° de la Constitución). Tal es el sentido del artículo 79° del CPConst., al establecer que

> "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."

3.3. Tipología de infracciones constitucionales.

21. El artículo 75° del CPConst. establece que la infracción a la jerarquía normativa de la Constitución, puede ser: a) por la forma o por el fondo; b) parcial o total; y, c) directa o indirecta.

3.3.1 Infracciones constitucionales por la forma o por el fondo.

22. Una norma incurre en una infracción constitucional de forma, fundamentalmente, en 3 supuestos:

a) Cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación. Dicho evento tendría lugar, por ejemplo, si, fuera de las excepciones previstas en el Reglamento del Congreso de la República, un proyecto de ley es sancionado sin haber sido aprobado previamente por la respectiva Comisión dictaminadora, tal como lo exige el artículo 105° de la Constitución.

[7] STC 0004-2004-AI, acumulado. Fundamento 2.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 405

b) Cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho. Así, por ejemplo, existen determinadas materias que la Constitución reserva a las leyes orgánicas (*v.g.* de conformidad con el artículo 106°, la regulación de la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución), razón por la cual en caso de que una ley ordinaria se ocupe de dicha regulación, incurriría en un vicio de inconstitucionalidad formal.

c) Cuando es expedida por un órgano que, constitucionalmente, resulta incompetente para hacerlo. Ello tendría lugar, por ejemplo, si el Poder Legislativo expidiera decretos de urgencia, pues la posibilidad de dictar dichas fuentes normativas ha sido reservada al Presidente de la República, conforme a lo previsto en el artículo 118° 19 de la Constitución.

23. Las infracciones constitucionales de fondo tienen lugar cuando la materia regulada por la norma con rango ley, resulta contraria a algunos de los derechos, principios y/o valores constitucionales, es decir, cuando resulta atentatoria no de las normas procedimentales o del *iter* legislativo, sino de las normas sustanciales reconocidas en la Constitución.

3.3.2 Infracciones constitucionales parciales o totales.

24. La totalidad o parcialidad de las infracciones constitucionales, no se encuentra referida a un *quantum* de la fuente afectada (la Constitución), sino de la fuente lesiva (la ley o norma con rango de ley). En efecto, una ley puede ser totalmente inconstitucional cuando la totalidad de su contenido dispositivo o normativo es contrario a la Constitución. En tales supuestos, la demanda de inconstitucionalidad es declarada fundada, y la disposición impugnada queda sin efecto.

25. *Contrario sensu*, la ley es parcialmente inconstitucional cuando sólo una fracción de su contenido dispositivo o normativo resulta inconstitucional. En caso de que el vicio parcial recaiga sobre su contenido dispositivo (texto lingüístico del precepto), serán dejadas sin efecto las palabras o frases en que aquel resida. Si el vicio recae en parte de su contenido normativo, es decir, en algunas de las interpretaciones que pueden ser atribuidas al texto del precepto, todo poder público quedará impedido, por virtud de la sentencia del Tribunal Constitucional, de aplicarlo en dichos sentidos interpretativos.

3.3.3 Infracciones constitucionales directas e indirectas. El bloque de constitucionalidad.

26. Finalmente, el artículo 75° del CPCont., alude a la afectación directa o indirecta de la Constitución en la que puede incurrir una ley o norma con rango de ley.

La infracción directa de la Carta Fundamental por una norma, tiene lugar cuando dicha vulneración queda verificada sin necesidad de apreciar, previamente, la incompatibilidad de la norma enjuiciada con alguna(s) norma(s) legal(es). Se trata de aquellos supuestos en los que el parámetro de control de constitucionalidad, se reduce únicamente a la

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 406

Norma Fundamental. Así, todos los ejemplos a los que se ha hecho referencia hasta el momento revelan una vulneración directa de la Constitución.

27. Por su parte, la infracción indirecta de la Constitución implica incorporar en el canon del juicio de constitucionalidad a determinadas normas además de la propia Carta Fundamental. Se habla en estos casos de vulneración "indirecta" de la Constitución, porque la invalidez constitucional de la norma impugnada no puede quedar acreditada con un mero juicio de compatibilidad directo frente a la Constitución, sino sólo luego de una previa verificación de su disconformidad con una norma legal perteneciente al parámetro de constitucionalidad.

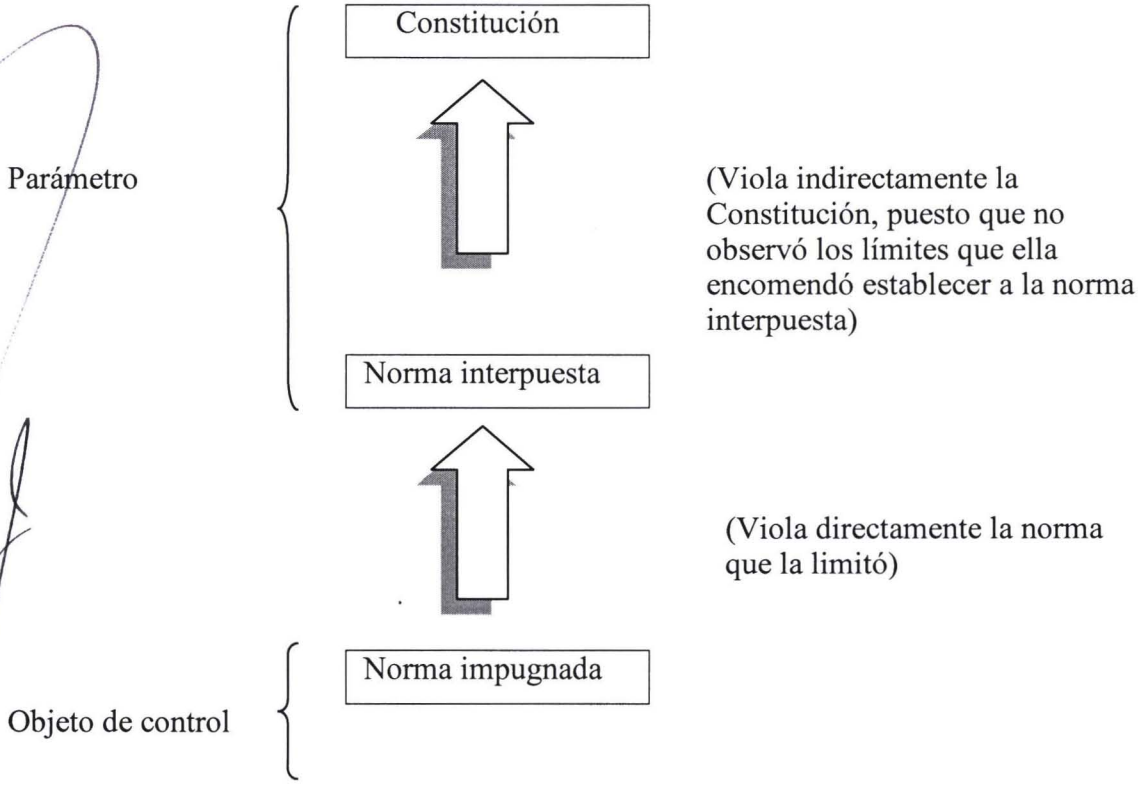
Tal como ha afirmado este Colegiado,

> "en determinadas ocasiones, ese parámetro puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de *`normas sobre la producción jurídica'*, en un doble sentido; por un lado, como *`normas sobre la forma de la producción jurídica'*, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como `normas sobre el contenido de la normación´, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido."[8]

[8] STC 0007-2002-AI/TC, Fundamento 5.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 407

De esta manera, la afectación indirecta de la Constitución responde al siguiente esquema:



28. En tal sentido, se produce una afectación indirecta de la Constitución, ante la presencia de una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Constituyente delegó:

a) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa.

En la STC 0041-2004-AI, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de centrar su análisis en un vicio de esta índole, estableciendo que el requisito de ratificación de las ordenanzas distritales por parte de la Municipalidad Provincial, previsto en el artículo 40° de la Ley N.° 27972 —Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)—, constituye un requisito de validez de tales ordenanzas:

> "En un Estado descentralizado como el peruano, los distintos niveles de gobierno deben apuntar hacia similares objetivos, de modo que el diseño de una política tributaria integral puede perfectamente suponer —sin que con ello se afecte el carácter descentralizado que puedan tener algunos niveles—, la adopción de mecanismos formales, todos ellos compatibles entre sí, lo que implica que un mecanismo formal como la ratificación de ordenanzas distritales por los municipios provinciales coadyuva a los objetivos de una

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 408

política tributaria integral y uniforme acorde con el principio de igualdad que consagra el artículo 74° de la Constitución."[9]

b) La regulación de un contenido materialmente constitucional. Es el caso, por ejemplo, de las leyes que, por mandato de la propia Constitución, se encuentran encargadas de configurar determinados derechos fundamentales.

c) La determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales. Tal es el caso de la LBD. Normas legales de esta categoría servirán de parámetro cuando se ingrese en la evaluación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las ordenanzas regionales incoadas.

29. Mientras las normas legales a las que se ha hecho referencia en el fundamento precedente sean plenamente compatibles con la Constitución, formarán parte del denominado "bloque de constitucionalidad", a pesar de que, desde luego, no gozan del mismo rango de la *lex legum*. En estos casos, las normas delegadas actúan como normas interpuestas, de manera tal que su disconformidad con otras normas de su mismo rango, que sean impugnadas en un proceso de inconstitucionalidad, desencadena la invalidez constitucional de éstas.

A dicho bloque hace alusión el artículo 79° del CPConst. al referir que:

> "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."

§4. *Test* de la competencia y conflicto normativo.

30. Se ha alegado que las ordenanzas regionales cuestionadas se habrían dictado excediendo el reparto competencial de los gobiernos regionales. Los problemas que detrás de dicha impugnación subyacen son inherentes al proceso progresivo de descentralización, por medio de la regionalización, en la que se encuentra el país.

La opción adoptada por la Constitución peruana al asumir la forma de Estado propia del Estado unitario y descentralizado, a través del establecimiento de gobiernos regionales y locales dotados de autonomía, no sólo incide en lo que es propio a la organización territorial del poder estatal, sino que se proyecta en el sistema de fuentes del derecho, planteando la necesidad de establecer la forma cómo éstas deben articularse.

4.1 Proceso de inconstitucionalidad y conflicto de competencias.

31. Incluso cuando, desde un punto de vista formal, el presente proceso responde a los presupuestos del proceso de inconstitucionalidad, en la medida que se trata de enjuiciar la eventual inconstitucionalidad de una serie de normas con rango de ley, es imposible

[9] STC 0041-2004-AI, Fundamento 10.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 409

soslayar que, desde un punto de vista material, se trata de un conflicto de competencias positivo, pues las distintas partes reclaman como propia la competencia para regular las materias abordadas por las ordenanzas regionales objeto de control.

No en vano existe un artículo de articulación de estas perspectivas en el CPConst. En efecto, su artículo 110º señala:

> "Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad."

De este modo se trata de encausar en la vía del proceso de inconstitucionalidad un conflicto de competencias que, no por tener su origen en la expedición de una serie de normas de rango legal, deja de ser tal.

4.2 Presupuestos del *test* de la competencia.

32. Es por ello que el Tribunal Constitucional considera que el presente conflicto puede ser resuelto apelando al *test* de la competencia[10]. De allí que, antes de precisar cuál sea el bloque de constitucionalidad conforme al cual el Tribunal analizará la constitucionalidad de las normas cuestioonadas, es preciso detenerse en el análisis de los distintos criterios que permiten, en aplicación del referido *test*, determinar la titularidad de las competencias en los Estados de configuración compleja como el nuestro.

Tal como ha tenido oportunidad de referir este Colegiado,

> "en aquellos casos en los cuales deba definirse competencias o atribuciones que cuenten con desarrollo constitucional, pero que generen confusión al momento de interpretar y definir titularidad, sobre todo cuando, por la naturaleza de los órganos y funciones, se reconozcan competencias compartidas –como es el caso de los Gobiernos Locales y Regionales–, el análisis de competencia deberá superar el Test de la Competencia, método mediante el cual el Tribunal analiza las materias asignadas a los sujetos constitucionales en conflicto bajo los parámetros de actuación desarrollados, según se trate del ejercicio de competencias (...) exclusivas, compartidas o delegables."[11]

33. De conformidad con dicho *test*, en primer lugar se debe analizar el principio de unidad. Luego, se debe ingresar propiamente en el análisis del principio de competencia, relacionado con la lista de materias pormenorizada prevista en la Constitución y en el

[10] Muñoz Machado, Santiago. *Derecho Público de las comunidades autónomas.* T. I. Madrid: Civitas, 1982, pp.72 y ss.
[11] STC 0013-2003-CC, Fundamento 10.3.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTA
FOJAS 410

bloque de constitucionalidad. También cabe recurrir a las cláusulas generales, es decir, las funciones generales conferidas a cada uno de los órganos constitucionales. Las competencias de los órganos constitucionales pueden ser:

a) Competencias exclusivas: Son materias asignadas en exclusividad a favor de organismos constitucionales. Serán positivas si son susceptibles de ser delegadas o negativas si son privativas del órgano respectivo, es decir, no sólo exclusivas sino también excluyentes.

b) Competencias compartidas: Son materias divididas en determinadas áreas de atención, repartiéndose responsabilidades entre dos o más niveles de gobierno, actividad coherente con los principios de cooperación y de tutela y control de los organismos constitucionales autónomos, según se verá luego.

c) Competencias delegadas: Son aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada.

4.3 El principio de unidad: La República del Perú como Estado unitario y descentralizado regional.

4.3.1 Diferencias entre "Estado unitario centralizado", "Estado unitario descentralizado" y "Estado unitario y descentralizado".

34. De conformidad con el artículo 43° de la Constitución, el Estado peruano es unitario y descentralizado. Esta definición, en primer término, excluye la posibilidad de que nuestro Estado sea concebido como un Estado unitario centralizado, en decir, aquel en el que las actividades fundamentales se encuentran concentradas en un órgano único.

En el Estado unitario centralizado el poder central "domina" a los poderes locales y particulares. No confiere poder a ningún otro órgano, simplemente, acrecienta su burocracia a través de entidades directamente dependientes, a las que en todo momento puede subrogarse. Por lo general, en este tipo de Estado, no tiene cabida la resolución de conflictos mediante el principio de competencia. La absoluta subordinación orgánica al poder central se proyecta en una configuración vertical del ordenamiento jurídico, de modo tal que, comúnmente, las incompatibilidades entre las fuentes del Derecho son resueltas apelando al principio de jerarquía normativa o a las técnicas que permiten resolver antinomias.

Por su propia naturaleza, el Estado unitario centralizado supone un ordenamiento jurídico, en el que la única autoridad investida con competencias normativas es el Gobierno Central, cuyas normas tienen vigencia y aplicación en todo el territorio nacional. Como señalara Kelsen,

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTEA
FOJAS 411

> "la comunidad jurídica centralizada es aquella cuyo ordenamiento está constituido exclusivamente de normas que valen para todo el territorio"[12].

35. Como quedó dicho, no es ése el caso del ordenamiento jurídico de la República del Perú. En efecto, siendo el Estado peruano un Estado unitario, sin embargo, éste no ha sido configurado como un Estado centralizado. En efecto, el tercer párrafo del artículo 43° de la Constitución establece que el Estado unitario es de carácter descentralizado, entendiendo por descentralización,

> "una forma de organización democrática [y] una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país."[13]

36. La descentralización, tal como sostiene Prélot, responde, fundamentalmente, a las siguientes características:

> "1.° Una pluralidad de órganos de decisión y de centros particulares de intereses; 2.° Una dirección de estas instituciones por autoridades propias, de carácter dependiente o semiindependiente (reflejado con frecuencia en el modo de su designación); 3.° Una sujeción de estas autoridades a un control cualificado (tutela)."[14]

37. Por su parte, el artículo 189° de la Norma Fundamental, establece 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, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado de la Nación."

Mientras que, tal como disponen los artículos 191° y 194° de la Constitución, los gobiernos regionales y locales, respectivamente, gozan de autonomía política, económica y administrativa.

38. Un análisis conjunto de las referidas disposiciones permite sostener que el Estado peruano no es "unitario descentralizado", sino "unitario y descentralizado". La diferencia entre uno y otro caso no es un simple juego de palabras. Encierra profundas diferencias en lo que a la distribución horizontal del poder respecta.

Un Estado "unitario descentralizado" es meramente un Estado unitario complejo, es decir, aquel en el que la descentralización solamente se presenta en un ámbito administrativo, más no en un ámbito político. En dichos Estados, las entidades

---

[12] Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*. México: UNAM, 1965, p. 215.
[13] Artículo 188° de la Constitución.
[14] Prélot, M. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1972, p. 241. Citado por: Ferrando Badía, Juan. *El Estado unitario, el Estado federal y el Estado regional*. Madrid: Tecnos, 1978, p. 46.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 412

descentralizadas no gozan de verdadera autonomía, pues si bien tienen importantes potestades reglamentarias y ejecutivas, éstas, finalmente, reducen su cometido a la ejecución de las leyes estatales.

Sin embargo, nuestra Constitución no sólo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regiones y municipios) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191° de la Constitución), y, de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículo 192°6 y 200°4 de la Constitución).

4.3.2 Principio de cooperación y lealtad regional.

39. El carácter descentralizado del Estado peruano, por otro lado, no es incompatible con la configuración de Estado unitario, desde el momento que si bien ella supone el establecimiento de órganos de poder territorialmente delimitados, a los cuales se les dota de autonomía política, económica y administrativa, sin embargo, su ejercicio debe realizarse dentro de lo previsto por la Constitución y las leyes marco que regulan el reparto competencial de los gobiernos regionales y municipales.

40. Tal como sostiene Ferrando Badía,

> "La autonomía implica siempre competencias legislativas. Ser entidades autónomas no supone que sean soberanas, sino que presupone su integración en el Estado. De ahí que la actividad legislativa de los entes autónomos ha de estar de acuerdo con los principios de integración del Estado del que forman parte. (...). La autonomía es, en efecto, libertad, facultad de promulgar normas, pero con coordinación necesaria, respecto de una colectividad más grande."[15]

41. En tal medida, el ejercicio de las competencias de los gobiernos regionales deberá de realizarse en los términos que establece la Constitución y las leyes orgánicas, "preservando la unidad e integridad del Estado y la Nación" (artículo 189° de la Constitución), coordinando "con las municipalidad sin interferir sus funciones y atribuciones" (artículo 191° de la Constitución). En suma, en "armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo" (artículo 192° de la Constitución).

42. Los gobiernos regionales, al tener un deber de cooperación leal, o de lealtad regional, en la consecución de los fines estatales, no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales. Asimismo, tienen la obligación de facilitar el cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada al Gobierno Nacional así como a los gobiernos municipales. También la de abstenerse de realizar toda medida que pueda comprometer o poner en peligro el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados a tales instancias de poder estatal y vecinal.

---

[15] Op. cit., p. 53.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 413

43. Por ello, los gobiernos regionales tienen la obligación genérica de respetar la Constitución y las leyes que por encargo de ella limitan su actuación competencial. Y la obligación específica de cooperar con el Gobierno Nacional y los gobiernos locales, cuando éstas precisen de la asistencia regional para el cumplimiento de sus fines.

44. Dicho principio de lealtad regional, se deriva implícitamente de los artículos 189°, 191° y 192° de la Constitución. Opera como una garantía institucional, pues asegura que el proceso de descentralización no degenere en uno de desintegración en el que los gobiernos regionales puedan confundir el principio de autonomía que le ha sido reconocido constitucionalmente (artículo 191°) con los de autarquía o soberanía interna.

45. Si bien el gobierno del Perú es descentralizado, su Estado es uno e indivisible (artículo 43° de la Constitución), motivo por el cual ninguna política descentralizadora puede soportar decisiones gubernativas incompatibles o asistemáticas. Por el contrario, el proceso de descentralización debe ser concebido como el sistema más eficiente para asegurar el desarrollo integral del país.

Tal como refiere Pedro de Vega, la descentralización del Estado

> "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."[16]

4.3.3 Principio de taxatividad y cláusula de residualidad.

46. De conformidad con el artículo 190° de la Constitución, la regionalización es una de las formas como se realiza el proceso de descentralización del Estado peruano. Las regiones constituyen espacios territorialmente delimitados, organizados sobre la base de caracteres geográficos, etnográficos, culturales, económicos, históricos y sociales comunes. Conforme establece el referido artículo 190°,

> "Las regiones se crean sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente, conformando unidades geoeconómicas sostenibles".

47. Aunque el establecimiento de estados federados es también una forma de descentralización, resulta sustancialmente distinta a un sistema regional. Mientras el sistema federal resulta incompatible con los presupuestos de un Estado unitario, el sistema regional es perfectamente compatible con la unicidad estatal.

En efecto, por lo general, en los países de sistema federal la presunción de la unidad

[16] De Vega, Pedro. Poder Constituyente y Regionalismo. En: Federalismo y regionalismo. Gurmesindo Trujillo, compilador. Madrid, 1979, p. 354.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTA
FOJAS 414

estatal no es una herramienta a favor del Estado Federal, sino más bien de los Estados federados, sobre la base de una delicada atribución de competencias. De esta manera, la ausencia de una clara delimitación competencial, desencadena que la específica competencia sea atribuida a los Estados federados.

48. Por el contrario, en los Estados regionales, la unidad estatal continúa siendo el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado, y consecuentemente, de su sistema jurídico. En un Estado como el nuestro, el principio de unidad resulta determinante al momento de evaluar la atribución de competencias que no se encuentren claramente definidas por el bloque de constitucionalidad, de manera tal que bajo una cláusula de residualidad, *prima facie*, la competencia corresponderá al Gobierno Nacional.

49. Bajo tal perspectiva, a tal como ha tenido oportunidad de reseñar este Tribunal,

> "Por más que la cláusula de residualidad no está expresamente reconocida en la Constitución, a diferencia de lo que sucede en ordenamientos comparados (...), a partir del principio de unidad (...) 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."[17]

Los gobiernos regionales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido. En otras palabras, los gobiernos regionales se encuentran sometidos al principio de taxatividad, de modo tal que aquellas competencias que no les han sido conferidas expresamente, corresponden al Gobierno Nacional (cláusula de residualidad).

El principio de taxatividad se desprende del segundo párrafo del artículo 192° de la Constitución que establece cuáles son las competencias de los gobiernos regionales. Y se encuentra reforzado en el inciso 10) del mismo precepto constitucional, al establecerse que también son competentes para

> "Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley". (subrayado agregado).

50. Adicionalmente, será determinante definir los intereses de alcance nacional, pues la definición normativa y ejecutiva de las políticas encargadas de abordarlos, es siempre competencia exclusiva del Gobierno Nacional.

51. La regionalización, así, es incompatible con la autarquía y con el principio de

[17] STC 002-2005-AI, Fundamento 48.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 415

autodeterminación. Estos últimos presuponen la desintegración de la unidad político-estatal, en tanto que la regionalización su fortalecimiento, dentro de una forma de organización democrática del poder estatal. No puede olvidarse, pues, que tal como reza el artículo 189° de la Constitución, la organización de los gobiernos nacional, regional y local, dentro de sus determinadas circunscripciones, debe realizarse conforme a la Constitución y a la ley,

"preservando la unidad e integridad del Estado y la Nación".

52. En ese sentido, la regionalización supone el establecimiento de una estructura de gobierno y administración, a la cual se le dota de autonomía, para el ejercicio de determinadas competencias previamente asignadas por la Constitución y las leyes de desarrollo constitucional, en los ámbitos político, económico y administrativo.

4.3.4 Principio de control y tutela.

53. En la medida que la regionalización se inserta dentro del proceso de descentralización, y éste se realiza "por etapas, en forma progresiva y *ordenada* conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y *transferencia de recursos* del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales", los gobiernos regionales están sujetos a instancias de control y tutela por parte de órganos nacionales competentes.

54. Tal principio se encuentra recogido en el artículo 199° de la Constitución, según el cual,

"Los gobiernos regionales y locales son fiscalizados por sus propios órganos de fiscalización y por los organismos que tengan tal atribución por mandato constitucional o legal, y están sujetos al control y supervisión de la Contraloría General de la República, la que organiza un sistema de control descentralizado y permanente".

Artículo constitucional desarrollado por el artículo 21° de la LBD y por el artículo 75° de la LOGR. Este último precepto señala:

"Artículo 75.- Régimen de fiscalización y control

a. Fiscalización

El Gobierno Regional está sujeto a la fiscalización permanente del Congreso de la República, del Consejo Regional y la ciudadanía, conforme a ley y al Reglamento del Consejo Regional.

La fiscalización se ejerce con arreglo a los principios de gestión pública regional señalados en la presente Ley.

b. Control

El control a nivel regional está a cargo del Órgano Regional de Control

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 416

Interno, el cual depende funcional y orgánicamente de la Contraloría General de la República conforme a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República."

55. En virtud del principio *sub examine*, los gobiernos regionales (y, desde luego, también los locales) se encuentran sometidos a supervisión directa y permanente por órganos del Gobierno Nacional. Principio que se explica por la función de la Constitución de integrar, tanto a nivel social como jurídico. La integración exige que el ordenamiento jurídico regional se articule armónicamente con el ordenamiento constitucional y legal.

56. Tal principio de control, sin embargo, no debe entenderse sólo en el sentido de que los únicos autorizados para realizar el control sean los órganos estatales competentes. Conforme al principio democrático, que transversalmente informa al proceso de descentralización mediante la regionalización, el artículo 8° 3 de la LOGR, ha establecido que:

> "La administración pública regional está orientada bajo un sistema moderno de gestión y sometida a una evaluación de desempeño. Los gobiernos locales incorporarán a sus programadas de acción mecanismos concretos para la rendición de cuentas a la ciudadanía sobre los avances, logros, dificultades y perspectivas de su gestión. La Audiencia Pública será una de ellas. Los titulares de la administración pública regional son gestores de los intereses de la colectividad y están sometidos a las responsabilidades que la ley establezca".

4.4 Principio de competencia.

4.4.1 Estado unitario y descentralizado, sistemas normativos y distribución de competencias.

57. En el Estado unitario y descentralizado regional, la potestad normativa está distribuida entre órganos nacionales y regionales, además de los locales. La autonomía político-normativa de los gobiernos regionales conlleva la facultad de crear Derecho y no sólo de ejecutarlo. Precisamente por ello, como quedó dicho, el Estado peruano no puede concebirse como un Estado "unitario descentralizado", es decir, como aquel en el que la descentralización tan sólo refleja una proyección estamentaria o administrativa de un único ordenamiento jurídico a ejecutar. Se trata, por el contrario, de un Estado "unitario y descentralizado", esto es, un Estado en el que la descentralización, al alcanzar una manifestación político-normativa, fundada en el principio constitucional de la autonomía, prevista en los artículos 191° y 194° de la Constitución, acepta la convivencia de sub-sistemas normativos (nacional, regional y local).

58. La creación de gobiernos regionales con competencias normativas comporta la introducción de tantos sub-sistemas normativos como gobiernos regionales existan al interior del ordenamiento jurídico peruano. Tal derecho regional, sin embargo, tiene un ámbito de vigencia y aplicación delimitado territorialmente a la circunscripción de cada gobierno regional, además de encontrarse sometido a la Constitución y a las leyes de

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 417

desarrollo constitucional, particularmente, a la LBD y a la LOGR.

59. La articulación de las fuentes en un ordenamiento de tal naturaleza no puede efectuarse exclusivamente bajo los alcances del principio de jerarquía, pues éste no permite dar respuesta coherente al conflicto que se pudiera presentar entre normas expedidas por el Gobierno Central y los gobiernos regionales, que cuentan con el mismo rango normativo. En efecto, si las normas regionales no son jerárquicamente subordinadas a las del Gobierno Central, su articulación con éstas no puede sustentarse en el principio de jerarquía, sino conforme al principio de competencia, según el cual en el ámbito competencial regional la norma regional termina excluyendo a la norma del Gobierno Central y, en general, a la de cualquier otro ordenamiento (v.g. del gobierno local). Como se expresa *a contrario sensu* en el artículo 36° de la Ley Orgánica de Regiones, las

> "(...) normas y disposiciones del Gobierno Regional se adecuan al ordenamiento jurídico nacional, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro gobierno regional ni de los otros niveles de gobierno."

60. En ese sentido, la articulación de las fuentes del derecho regional, tanto con las fuentes del derecho nacional como con las del derecho local, exige que se delimiten los ámbitos competenciales a través de la técnica constitucional del *test* de la competencia, postulada en el artículo 13° de la LBD al distinguir entre competencias exclusivas, compartidas y delegables. Ello es así puesto que no sólo el ámbito competencial constitucionalmente garantizado de los gobiernos regionales está supeditado a que su ejercicio se efectúe "en los términos que establece la Constitución y la ley" (artículo 189° de la Constitución), sino, adicionalmente, sin perder de vista que sus atribuciones deben realizarse "en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo" (artículo 192° de la Constitución), no pudiendo interferir en el ejercicio de las funciones y atribuciones de los gobiernos locales (artículo 191° de la Constitución).

De ahí que el artículo 11° 1 de la LBD establezca que los órganos con competencia normativa, como consecuencia del proceso de descentralización,

> "se sujetan al ordenamiento jurídico establecido por la Constitución y las leyes de la República".

Y, a su vez, el artículo 5° de la LOGR haya previsto que la misión de los gobiernos regionales es:

> "(...) organizar y conducir la gestión pública regional de acuerdo a sus competencias exclusivas, compartidas y delegadas, en el marco de las políticas nacionales, regionales y locales de desarrollo".

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 00 418

61. Dado que las ordenanzas regionales son normas con rango de ley (artículo 200° 4 de la Constitución), no se encuentran jerárquicamente subordinadas a las leyes nacionales del Estado, por lo que para explicar su relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia, pues tienen un ámbito normativo competencial distinto. Lo cual no significa que éste pueda ser desintegrado, ni mucho menos, contrapuesto. De hecho —según se ha podido referir, y respecto de lo cual a continuación se profundizará—, en tanto existen leyes a las que la Constitución ha delegado la determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales, los gobiernos regionales no pueden expedir ordenanzas que resulten contrarias a ellas, so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad indirecta.

62. En el literal c) del Fundamento 28, *supra*, ha quedado dicho que forman parte del bloque de constitucionalidad o parámetro de control constitucional, aquellas leyes a las que la Constitución delega la determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.

63. En tal sentido, si bien de la colisión de dos fuentes del mismo rango normativo, no se deriva, *prima facie*, un problema de validez constitucional, sino

> "un típico problema de antinomia (...), que se resuelve conforme a las técnicas que existen en nuestro ordenamiento jurídico (vg. `ley especial deroga ley general´, `ley posterior deroga ley anterior´, etc.)" (STC 0032-2004-AI, Fundamento 3),

en el análisis del presente caso, nos encontramos ante ordenanzas regionales del mismo rango que una ley del Congreso, lo cual no supone que la norma posterior y especial —ordenanza— prime sobre la ley nacional, por cuanto en un modelo jurídico de Estado Unitario, pero descentralizado, no es, en primera instancia, el principio de jerarquía kelseniano, sino el principio jurídico de competencia el que sustenta y ordena la resolución de los conflictos entre normas jurídicas del mismo rango legal.

64. Así las cosas, sin perjuicio de la autonomía normativa de los gobiernos regionales, sus ordenanzas no sólo se encuentran limitadas territorialmente (sólo resultan aplicables en la respectiva circunscripción territorial del gobierno regional), sino que su validez se encuentra supeditada a su compatibilidad con la Constitución y las normas legales que, para tales efectos, integren el bloque de constitucionalidad.

4.4.2 El bloque de constitucionalidad de las ordenanzas regionales.

4.4.2.1 La integración en el bloque de las leyes orgánicas.

65. Las competencias de los gobiernos regionales se encuentran previstas en el artículo 192° de la Constitución. Sin embargo, dicha enumeración no es cerrada, pues el propio precepto delega en la ley la posibilidad de establecer otras competencias a ser ejercidas por los gobiernos regionales. En efecto, por un lado, el inciso 7 del artículo 192°, establece que los gobiernos regionales son competentes para

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 419

> "7. 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.";

mientras que, de otro lado, el inciso 10 del mismo artículo estipula que los gobiernos regionales son competentes para

> "10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley."

66. En criterio del Tribunal Constitucional, la "ley" a la que hacen alusión los artículos referidos es la ley parlamentaria, y, más concretamente, la ley orgánica, pues, de conformidad con el artículo 106° de la Constitución,

> "[m]ediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución".

Así, si bien no está expresamente prevista en la Constitución una reserva de ley orgánica para determinar las competencias de los gobiernos regionales, tal como sí ocurre con el caso de los gobiernos locales (artículo 194°), sin embargo, dicha exigencia se encuentra prevista de modo indirecto en el artículo 106°. Ello, empero, no debe ser interpretado en el sentido de que el establecimiento de la categoría de ley orgánica previta en el primer párrafo, *ab initio*, del artículo 106°, sea un mandato *numerus apertus*, pues es *numerus clausus* en tanto queda limitada la regulación mediante ley orgánica sólo la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución —entiéndase, los poderes del Estado, gobiernos locales, regionales y organismos autónomos—, más no cualquier actividad, función o servicio público que la Constitución reconozca.

67. Las leyes orgánicas encargadas de determinar las competencias de los gobiernos regionales, son la LBD y la LOGR. Dichas competencias, de conformidad con el artículo 13° de la referida ley, pueden ser exclusivas, compartidas o delegadas:

> "Competencias exclusivas: Son aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la ley.
>
> Competencias compartidas: Son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel.
>
> Competencias delegables: Son aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada. La entidad que delega mantiene la titularidad de la competencia, y la entidad que la recibe ejerce la misma durante el período de la delegación."

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 420

68. En tanto las competencias compartidas dan lugar a funciones específicas que cada uno de los niveles de gobierno debe llevar a cabo, tales funciones, en el caso de los gobiernos regionales, han sido recogidas en su respectiva ley orgánica; específicamente en sus artículos 47° a 64°.

    En tal sentido, la validez de las ordenanzas regionales se encuentra sujeta al respeto del marco normativo establecido tanto en la LBD como la LOGR, por lo que forman parte del parámetro de control en la presente causa.

4.4.2.2 La integración en el bloque de otras normas legales.

69. Sin embargo, lo recién expresado no significa que allí se agoten las normas que pueden conformar el bloque de constitucionalidad. La apertura de éste a otras normas, ya sean leyes orgánicas o simples leyes estatales o decretos legislativos, depende del tipo de materias que hayan sido reguladas por una ordenanza regional y, particularmente, de la clase de competencia (exclusiva, compartida o delegable) de que se trate.

    Así, por ejemplo, si se trata de una norma que regula una competencia compartida, esto es, aquella en la cual el Gobierno Nacional y el Gobierno Regional concurren y colaboran en la regulación de una materia dada, correspondiendo al primero de ellos precisar los principios fundamentales a los cuales está sujeta, en tanto que a la Ordenanza Regional completar la regulación estatal, el control de constitucionalidad de la ordenanza no sólo deberá de realizarse conforme a la Constitución, la LBD y LOGR, sino también conforme a las normas legales dictadas por el Gobierno Nacional que hayan establecido dichas pautas fundamentales.

    Tal es el sentido en el que debe ser interpretado el artículo 79° del CPConst. cuando establece que

    > "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."

70. Lo mismo puede sostenerse en relación con las competencias "delegadas" de los gobiernos regionales. En efecto, tratándose de la impugnación de una ordenanza regional que haya regulado una materia supuestamente delegada, la determinación de validez constitucional de tal regulación no sólo habrá de efectuarse tomando únicamente como cánon interpretativo de control a la Constitución, la LBD y la LOGR, sino también al acto normativo que contiene el acuerdo entre ambos niveles de gobierno que exprese el ámbito de la materia delegada a favor del gobierno regional. Tal integración del acuerdo dentro del parámetro de control se debe al hecho de que éste contiene los límites materiales a los cuales se encuentra vinculada la legislación regional.

71. En suma, pues, existe un parámetro, por así decirlo, "natural" del control de

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
FOJA
421

constitucionalidad de las ordenanzas regionales, que se encuentra integrado por la Constitución, la LBD y la LOGR. Pero también, tratándose de la regulación de determinadas materias, el bloque de constitucionalidad puede encontrarse conformado, adicionalmente, por otras leyes nacionales. En estos casos, dichas normas forman parte de lo que bien podría denominarse parámetro "eventual" de constitucionalidad.

4.5 Otros principios constitucionales del reparto competencial.

72. Es preciso advertir que este ensanchamiento del parámetro no quiere decir que el proceso de descentralización y, en particular, su realización

> "por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales" (artículo 188° de la Constitución),

quede a merced exclusiva y excluyente de lo que el legislador nacional pueda dictaminar.

73. Todas las normas de rango infra-constitucional que sean capaces de conformar tal parámetro de constitucionalidad, para integrarlo y servir de normas de referencia para evaluar la constitucionalidad de las ordenanzas regionales, previamente deberán ser conformes con los principios constitucionales que regulan el reparto competencial de los gobiernos regionales.

Y es que la conformación del parámetro de las ordenanzas regionales con normas de rango legal no altera en lo absoluto el hecho de que el control que este Tribunal realiza en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes es, en esencia, un control de validez constitucional. Asumir una idea contraria, además de desnaturalizar la esencia del proceso de inconstitucionalidad, podría conducir a la hipótesis no auspiciada por la Constitución, de que el proceso de regionalización quede en manos enteramente del legislador central. No sólo en lo referente a su implementación y desarrollo progresivo, sino, incluso, en lo que hace a su propia viabilidad, es decir, a las posibilidades reales de que el proceso de regionalización sea real y efectivo.

74. Así, a los principios constitucionales que determinan el reparto competencial que han sido desarrollados hasta el momento (supremacía constitucional, unidad, cooperación y lealtad regional, taxatividad, tutela y control, y competencia), cabe agregar los principios de efecto útil y progresividad.

4.5.1 Principio del efecto útil y poderes implícitos.

75. A juicio del Tribunal, cada vez que una norma (constitucional o legal) confiere una competencia a los gobiernos regionales, debe entenderse como que ésta contiene normas implícitas de sub-competencia para reglamentar la norma legal, sin las cuales el ejercicio de la competencia conferida a los gobiernos regionales carecería de eficacia práctica o utilidad.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 422

76. El principio del efecto útil, así, pretende flexibilizar la rigidez del principio de taxatividad, de modo que la predeterminación difusa en torno a los alcances de una competencia por la ley orgánica o la Constitución, no termine por entorpecer un proceso que, en principio, se ha previsto como progresivo y ordenado conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias (artículo 188° de la Constitución).

Así, el principio de taxatividad de competencias no es incompatible con el reconocimiento de que los gobiernos regionales también pueden realizar aquellas competencias reglamentarias no previstas legal ni constitucionalmente, pero que sin embargo son consustanciales al ejercicio de las previstas expresamente (poderes implícitos), o constituyan una directa manifestación y exteriorización de los principios que rigen a los gobiernos regionales dentro de un Estado unitario y descentralizado.

4.5.2 Principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos.

77. El proceso de descentralización del poder estatal mediante el establecimiento de las regiones y sus gobiernos regionales no es un acto acabado o definitivo, pues se realiza por etapas, conforme dispone el artículo 188° de la Constitución. En ese sentido, la asignación de competencias hacia los gobiernos regionales, así como la de sus recursos, es un proceso abierto, que la Constitución ha querido asegurar, entre otros medios, al establecer sólo de manera enunciativa las competencias de los gobiernos regionales, y dejar que esta tarea se complemente y amplíe mediante la incorporación de nuevas competencias por medio de la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 192° 10 de la Constitución o, incluso, mediante acuerdo entre gobierno nacional y gobiernos regionales tratándose de competencias delegadas.

78. En ese sentido, sobre el legislador nacional pesa un mandato constitucional que lo obliga a no adoptar medidas regresivas que posterguen el proceso de regionalización o dificulten irrazonablemente la asignación adecuada de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales, conforme enuncia el artículo 188° de la Constitución; en la medida, claro está, de que exista disponibilidad presupuestal y de gasto público para tales efectos (Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

79. Teniendo presentes los criterios expuestos, corresponde evaluar la constitucionalidad de las ordenanzas regionales impugnadas.

§5. Planta de la hoja de coca, patrimonio cultural y derecho fundamental a la identidad cultural.

5.1 Determinación del órgano competente para declarar bienes como patrimonio cultural.

80. El artículo 1° de la Ordenanza Regional N.° 031-2005-GRC/CRC, dispuso declarar a la

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OCA
FOJAS 423

planta de la hoja de coca

> "como Patrimonio Regional Natural – Biológico – Cultural – Histórico del Cusco y como Recurso Botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino y a las costumbres y tradiciones culturales y medicinales."

Por su parte, el artículo 1° de la Ordenanza Regional N.° 015-2004-CR-GRH, dispuso

> "reconocer a la hoja de coca como patrimonio cultural y de seguridad alimentaria de la Región Huánuco."

81. El artículo 21° de la Constitución establece lo siguiente:

> "Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.

Por su parte, el artículo II del Título Preliminar de la Ley N.° 28296 —Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación— dispone:

> "Se entiende por bien integrante del patrimonio cultural de la Nación, toda manifestación del quehacer humano —material o inmaterial— que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal, o sobre el que exista la presunción legal de serlo. (...)."

82. Así las cosas, dada la amplitud y alcances del concepto de patrimonio cultural (ver Fundamento 100 y ss., *infra*), más allá de la diversidad terminológica utilizada por ambas ordenanzas en sus respectivos artículos, debe interpretarse que en suma, los Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco, al expedir las normas referidas, se han considerado competentes para declarar a la planta de la hoja de coca como patrimonio cultural en sus respectivas regiones. Motivo por el cual su validez o invalidez constitucional de dichas normas, de conformidad con los principios de supremacía constitucional y taxatividad, se encuentra supedita a que la Constitución, la LBD o la LOGR le hayan conferido a los gobiernos regionales dicha competencia, y, en tal supuesto, a que se haya desarrollado en armonía con las políticas nacionales sobre la materia.

83. Al respecto, el demandante sostiene que en la Constitución, la LBD o la LOGR

> "no aparece directamente, ni por interpretación que constituya competencia de estos gobiernos, el declarar como Patrimonio Cultural a la hoja de coca."

En relación con tal argumento, el Gobierno Regional de Cusco sostiene que

> "parece una falacia el querer decir que el Gobierno Regional de Cusco

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DE A
FOJAS 424

debería tener una competencia para declarar tal o cual patrimonio cultural o específicamente la Planta de la Hoja de Coca."

Lo cierto, sin embargo, es que no se trata de "falacia" alguna, puesto que, tal como quedó dicho, los Gobiernos Regionales se encuentran sometidos a un principio de taxatividad en el ejercicio de sus competencias, de modo tal que éstas deben encontrarse expresamente previstas en el ordenamiento jurídico nacional. En caso contrario, bajo la cláusula de residualidad implícita en todo Estado unitario y descentralizado, la competencia debe entenderse como propia del Gobierno Nacional.

84. No obstante, luego el demandado ampara la dación del precepto en cuestión en el artículo 35° n) de la LBD que reconoce como competencia exclusiva de los gobiernos regionales,

> "Promover el uso sostenible de los recursos forestales y de biodiversidad."

85. El Tribunal Constitucional no considera atendible este argumento. No sólo porque la declaración como patrimonio cultural de un determinado bien no resulta un requisito *sine qua non* para la promoción de su uso sostenible, sino también, y principalmente, porque las competencias relacionadas a la promoción de los bienes que constituyen patrimonio cultural se encuentran específicamente reguladas por nuestro ordenamiento jurídico nacional.

En efecto, el artículo 47° l) de la LOGR establece que los gobiernos regionales tienen como función específica,

> "Proteger y conservar, en coordinación con los Gobiernos Locales y los organismos correspondientes, el patrimonio cultural nacional existente en la región, así como promover la declaración por los organismos competentes de los bienes culturales no reconocidos que se encuentren en la región."

Al respecto, el artículo VII del Título Preliminar de la Ley N.° 28296 -Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación-, dispone:

> "El Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, están encargados de registrar, declarar y proteger el Patrimonio Cultural de la Nación dentro de los ámbitos de su competencia."

86. Por consiguiente, en criterio del Tribunal Constitucional, aún cuando los Gobiernos Regionales gozan de una participación expresamente reconocida en los actos preliminares a la declaración como patrimonio cultural de un determinado bien situado en su jurisdicción, la concreta declaración es responsabilidad de entidades del Gobierno Nacional. Esto quiere decir que la promoción de los bienes que constituyen patrimonio cultural de la Nación, es una competencia compartida entre el Gobierno Nacional y el Gobierno Regional en cuya jurisdicción se encuentran, pues mientras a éste corresponde realizar la propuesta de declaración del bien como patrimonio cultural, es el Gobierno Nacional el encargado de definirlo normativamente para que tenga validez y eficacia.

Así las cosas, la Constitución (artículo 192°) no reconoce expresamente a los gobiernos

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 425

regionales la competencia para declarar un bien como Patrimonio Cultural de la Nación; lo que no obsta para que dichos gobiernos puedan realizar propuestas a fin de que un determinado bien sea declarado Patrimonio Cultural de la Nación. En ese sentido, pues, estamos frente a una competencia compartida entre el gobierno central y los gobiernos regionales, en el sentido que, de acuerdo con el artículo 10° 2 f) de la LOGR, es competencia del gobierno central, a través del Instituto Nacional de Cultura (artículo VII de la Ley N.° 28296 —Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación—), la declaración de un bien como patrimonio cultural de la Nación, lo que no excluye, sin embargo, que los gobiernos regionales lo puedan proponer; claro está siempre que estas propuestas no afecten la integridad del Estado (artículo 189° de la Constitución) y se realicen en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo, según dispone el artículo 192° de la Constitución.

Ello obedece, por lo demás, a que, como ha señalado este Colegiado,

> "es el Estado quien protege dichos bienes culturales, competencia asignada porque, según la misma Constitución, tales bienes constituyen patrimonio cultural de la Nación. Este Colegiado no comparte la tesis interpretativa de la demandante, según la cual sólo la Municipalidad tendría competencia para realizar actividades y/o servicios en materia de 'conservación de monumentos arqueológicos e históricos'. En efecto, para todo bien considerado como Patrimonio Cultural de la Nación, su protección es un asunto que trasciende la circunscripción territorial dentro de la cual las municipalidades ejercen sus competencias."[18]

87. En ese sentido, de una interpretación sistemática de las normas reguladoras del reparto de competencias en materia de declaración del Patrimonio Cultural de la Nación se desprende que:

a) Los gobiernos regionales no tienen competencia para declarar que un bien pueda tener la condición de patrimonio cultural de la Nación. Tal declaración, cualquiera sea el lugar en el que se encuentre el bien, corresponde al Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, dentro de los ámbitos de competencia de estos tres órganos de carácter nacional.

b) Los gobiernos regionales sí tienen competencia, en cambio, para promover la declaración de un bien que se encuentre en su ámbito territorial como patrimonio cultural. También la tienen en materia de "protección" y "conservación" sobre los bienes del patrimonio cultural de la Nación que se encuentren dentro del ámbito territorial de la Región respectiva.

88. Por ello, como quiera que la Constitución ha conferido al legislador orgánico la facultad de establecer el elenco de competencias de los gobiernos regionales, y que al

[18] STC 0007-2002-AI, Fundamento 11.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CUSCO
FOJAS 426

desarrollarse éstas, mediante la LOGR, no se ha previsto que éstos sean competentes para declarar a determinados bienes como Patrimonio Cultural, sea Regional o de la Nación, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ordenanza Regional N.° 031-2005-GRC/CRC y del artículo 1° de la Ordenanza Regional N.° 015-2004-CR-GRH.

89. El Gobierno Regional de Cusco, implícitamente, ha reconocido la competencia del Gobierno Nacional en la declaración de la planta de la hoja de coca como patrimonio cultural. En efecto, en el escrito de su demanda ha sostenido:

> "el hombre vinculado desde sus ancestros de siglos atrás, a la Planta de la Hoja de Coca no puede ser olvidado, como sí lo hace la política nacional en esta materia en forma discriminatoria y el Gobierno Regional de Cusco, lo reivindica y reconoce, bajo un concepto declarativo.
>
> La Ordenanza Regional busca superar la falta de reconocimiento como Patrimonio Natural a la Planta de la Hoja de Coca, que el mismo Estado a nivel nacional soslaya, como es la dación por el Congreso de la República de la Ley N.° 28477 que incluye a 45 cultivos nativos; 3 crianzas nativas y 11 especies de Fauna Silvestre Usufructuadas y en dicha relación NO ESTÁ CONSIDERADA LA PLANTA DE LA HOJA DE COCA (...)".

En otras palabras, es el vacío legal existente el que, en criterio del demandado, le autoriza a suplir la inercia del Gobierno Nacional en una competencia que no es exclusiva de los gobiernos regionales, sino compartida con aquél.

90. Tal argumento, desde luego, no puede ser admitido por este Colegiado. Concebir que las competencias exclusivas o las funciones específicas dentro de las competencias compartidas que han sido asignadas por la Constitución o las leyes orgánicas al Gobierno Nacional, pueden ser ejercidas por los Gobiernos Regionales sólo por el hecho de que éstas aún no han sido realizadas, contraviene los más elementales principios del Estado unitario. En efecto, bajo tal perspectiva, por ejemplo, ante la inercia del Gobierno Nacional en el ejercicio de una competencia exclusiva, podrían existir tantos modos de ejecución de dicha competencia como gobiernos regionales existen, con la consecuente afectación del equilibrio y el desarrollo integral de la Nación exigido por el artículo 188° de la Constitución.

91. Lo expuesto, desde luego, tampoco significa que este Tribunal sea ajeno a los importantes argumentos planteados por los demandados en relación con las causas que explicarían la necesidad de la declaración de la planta de la hoja de coca como patrimonio natural y cultural de la Nación. Por ello este Colegiado estima pertinente realizar una aproximación al tema.

5.2. Uso tradicional de la hoja de coca y derechos culturales.

92. El cultivo y el consumo de la hoja de coca en el Perú ha formado parte de la tradición histórica y cultural de un importante sector de la población andina. En manifestación

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
FOJAS 427

tradicional fuertemente arraigada que se ha transmitido de generación en generación desde tiempos prehispánicos hasta la actualidad, para dichas comunidades, la hoja de coca tiene una significación de especial valía en una dimensión religiosa, medicinal, económica y social.

93. En lo que a la dimensión religiosa respecta la hoja de coca es utilizada en distintas ceremonias (bautizos, matrimonios, defunciones, etc.) como símbolo sagrado de identidad, encuentro y redención. Respecto a su dimensión medicinal, además de las propiedades curativas que le han sido reconocidas, diversos sectores indígenas la consideran como un elemento vital de diagnóstico de enfermedades. Desde la perspectiva económica del mundo tradicional andino, la hoja de coca es instrumento de trueque, y, consecuentemente, de forma de pago, siendo susceptible de ser intercambiada casi por cualquier bien, dado el importante valor material y espiritual que posee. Finalmente, en su dimensión social en sentido estricto, el principal uso que se otorga a la hoja de coca es el chaccheo o masticación que permite mitigar el hambre, la sed y el cansancio en las duras jornadas diarias de trabajo[19].

94. Es preciso incidir en que la hoja de coca no es sinónimo de cocaína. Ni siquiera constituye, en su estado natural, la fase inmediatamente previa a la obtención en el ciclo productivo de aquel alcaloide altamente adictivo, pues dicha fase intermedia se encuentra constituida por la elaboración de pasta básica de cocaína bruta y lavada, a la que debe añadirse el uso de insumos químicos que, en sí mismos, tampoco constituyen productos prohibidos, sino regulados en su comercialización y uso industrial.

95. Como bien advierte José Antonio Lloréns, han existido y existen diversos problemas de enfoque al abordar el estudio de la hoja de coca:

> "En tanto la mayoría de científicos sociales y médicos pertenece a la población urbana, se requiere especial cuidado para que su exposición a esta visión urbana del asunto no afecte sus perspectivas frente al tema. Además, muchos sectores de la opinión pública tienen la idea que la hoja de coca y clohidrato de cocaína son prácticamente lo mismo o que, en todo caso, masticar hojas de coca equivale a consumir clohidrato de cocaína. Por lo tanto piensan que se la mastica para obtener los mismos efectos que da la cocaína; en síntesis que se masca coca para fines mayormente recreativos.
>
> Estas percepciones entre los no usuarios, siendo relativamente recientes, se han sumado a las previamente existentes que asociaban el consumo tradicional de la hoja de coca a una supuesta degeneración de la población indígena, en tanto se asumía que el masticado producía deterioro mental e incluso físico, porque se creía que se utilizaba como sustituto del alimento y

[19] *Cfr.* Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007; aprobada por Decreto Supremo N.º 006-2005-PCM; en especial, el subtítulo *De los usos tradicionales de la hoja de coca en el Perú.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTCA
FOJAS 428

asociado inseparablemente a bebidas alcohólicas."[20]

96. De conformidad con la referida Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007, la población consumidora de hoja de coca para uso tradicional en el Perú asciende a 4` 095, 036 habitantes, de los cuales el 8% se encuentra en la Selva, el 20% en la Costa y el 72% en la Sierra. De dichos 4` 095, 036 habitantes, 2`019, 574, chacchan la hoja de coca en el trabajo o en el hogar.[21]

Tal como refiere Lloréns,

> "[l]as estimaciones sobre mascado diario encontradas en la literatura revisada sobre consumidores habituales varían de 20 gramos [diarios] en un extremo, hasta 60 gramos [diarios] en el otro (...).Este consumo es realizado por la población adulta de ambos sexos y está repartido en promedio entre cinco momentos básicos que forman parte de las actividades cotidianas: inmediatamente después de cada una de las tres comidas principales y a mitad del lapso entre dichas comidas. Sobre el propósito de este tipo de uso, hay un amplio consenso tanto entre los estudiosos del tema como entre los consumidores, en cuanto a que no tiene fines recreativos ni mucho menos disipantes, sino que por el contrario se trata de aprovechar el ligero efecto estimulante producido por la hoja de coca para trabajar con más ánimo, energía y atención. Los propios consumidores establecen de modo explícito esta relación. En tal sentido, los mascadores habituales en general entienden que cumple una función similar a la del café en las poblaciones urbanas."[22]

97. Tampoco cabe desconocer, que otro de los usos legales preeminentes de la hoja de coca es el industrial. En esta clase de uso destaca la producción de filtrantes que la contienen y que tienen por objeto el preparado de infusiones.

98. Así las cosas, habiendo quedado evidenciada la alta significación cultural que la hoja de coca alcanza para parte importante de la población, resulta necesario que este Tribunal evalúe los alcances de la materia desde la perspectiva del derecho constitucional a la cultura reconocido por la Constitución.

99. El inciso 19 del artículo 2º de la Constitución, reconoce el derecho fundamental de toda persona

> "A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación."

De esta forma, el Constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución material de la Nación peruana: su multiculturalismo y

---

[20] Llorens, José Antonio. *Análisis de la Encuesta DEVIDA-INEI.* En: El consumo tradicional de la hoja de coca en el Perú. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, pp. 20-21.

[21] Fuente: INEI – Encuesta Nacional de Hogares sobre Consumo Tradicional de Hoja de Coca – 2003.

[22] Llorens, José Antonio. *Uso Tradicional de la Hoja de Coca en el Perú.* En: El consumo tradicional de la hoja de coca en el Perú. Op. Cit. pp. 132-133.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTA
FOJAS 429

plurietnicidad. Se trata de una concreción del principio de Estado social y democrático de derecho, establecido en el artículo 43° de la Constitución, pues, tal como ha tenido oportunidad de afirmar este Colegiado,

> "el hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58).
> Este reconocimiento del elemento cultural que está en su contenido, permite señalar que la Constitución `no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos (Häberle, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Madrid: Tecnos, 2000, p. 34)'"[23]

100. Por su parte, el artículo 43° de la Constitución reconoce al Perú como una República democrática. En el principio democrático residen valores constitucionales como el pluralismo, la tolerancia y el respeto por la costumbre, idiosincrasia y cosmovisión ajena. En tal sentido, el hecho de que por efecto de la diversidad cultural constitucionalmente reconocida, diversos rasgos espirituales y materiales se concreticen en grupos minoritarios, no puede ser razón válida para desconocer o, peor aún, menoscabar sus legítimas manifestaciones. Por el contrario, cuando al acto apoyado en el principio mayoritario acompaña el avasallamiento, éste pierde su valor de neutralidad, y prevalecen lo valores contramayoritarios de la Constitución, como la igualdad (inciso 2 del artículo 2°) y el pluralismo (inciso 19 del artículo 2°, artículo 43° y artículo 60°) para recomponer el equilibrio constitucional del que el poder tiende a desvincularse.

Por ello,

> "el poder ejercido por la mayoría debe distinguirse de todo otro en que no sólo presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, creando instituciones que garantizan un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos religiosos, nacionales o económicos, aun cuando solo estén constituidos por una minoría de personas; o, en realidad,

[23] STC 0042-2004-AI, Fundamento 2.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 430

precisamente por constituir grupos minoritarios. La democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que dimana el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de la voluntad política. Se ha dicho acertadamente que la democracia es discusión. Por eso el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso. La democracia prefiere este procedimiento a la imposición violenta de su voluntad al adversario, ya que de ese modo se garantiza la paz interna."[24]

101. Así pues, en tanto el uso tradicional de la hoja de coca determina una identidad socio cultural entre esta planta y un importante sector de la población, toda política orientada a su regulación, no puede perder de vista esta innegable realidad, que debe ser afrontada sobre la base de un amplio conocimiento de sus particulares dimensiones y no bajo la influencia de iniciativas nacionales o extranjeras carentes de identificación con el tema.

5.3. Hoja de coca y patrimonio cultural de la Nación

102. La naturaleza propia del patrimonio material, está en relación unívoca con la naturaleza misma de los bienes susceptibles de ser identificados, protegidos y preservados como patrimonio cultural y natural, considerados excepcionalmente valiosos para la humanidad. En ese sentido, debemos recurrir a los tratados internacionales suscritos en la materia, siendo piedra de toque de este sistema la Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de noviembre de 1972, y suscrita por el Perú el 24 de febrero de 1982.

En dicha convención, se define que el *patrimonio cultural material* abarca monumentos, grupos de edificios y sitios que tienen valor histórico, estético, arqueológico, científico, etnológico o antropológico (artículo 1°), es decir, aquellos bienes que sean la manifestación de un intercambio considerable de valores humanos durante un determinado período o en un área cultural específica, en el desarrollo de la arquitectura, las artes monumentales, la planificación urbana o el diseño paisajístico.

Por otro lado, el *patrimonio natural material*, comprende formaciones físicas, biológicas y geológicas excepcionales, hábitat de especies animales y vegetales amenazadas, y zonas que tengan valor científico, de conservación o estético (artículo 2°), así, entre estos bienes se encuentran fenómenos naturales extraordinarios o áreas de una belleza natural y una importancia estética excepcionales, aquellos que contienen el hábitat natural más representativo para la conservación *in situ* de la diversidad biológica, incluyendo los que alberguen especies amenazadas que posean un valor universal excepcional.

103. Así, conforme a las pautas técnicas proporcionados por la UNESCO para que cada Estado Parte identifique y delimite los diversos bienes situados en su territorio

[24] Kelsen, Hans. *Esencia y valor de la democracia.* Barcelona: Editorial Labor, 1977, p. 71.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 431

mencionados en los artículos 1° y 2° de la referida Convención, se desprende que el reconocimiento del patrimonio cultural y natural material, se asienta básicamente en un criterio espacial y físico, que no se corresponde con la naturaleza de la planta de la hoja de coca. Por ello, bajo esos considerandos, este Colegiado entiende que la planta de la hoja de coca, en tanto especie vegetal, no es susceptible de ser declarada como patrimonio cultural ni natural en un sentido material. Lo cual no supone, desconocer su carácter de elemento biológico cuya utilización con fines terapéuticos y medicinales le otorga una protección especial, en tanto, *patrimonio cultural inmaterial*.

104. El patrimonio cultural comprende también el patrimonio inmaterial, que se puede definir como el conjunto de las expresiones culturales y sociales que, heredadas de sus tradiciones, caracterizan a las comunidades, lo que ha determinado que estos bienes inmateriales se hayan afirmado y terminado imponiéndose a nivel internacional como una noción capital para comprender las identidades culturales de los pueblos, y es la que ahora nos permitirá abordar la naturaleza de la planta de la hoja de coca.

105. Los conocimientos tradicionales asociados a la planta de la hoja de coca, deben recibir un tratamiento jurídico promotor acorde con las obligaciones internacionales del Perú y la Constitución, que supone un proceso que involucra a múltiples actores, empezando por las comunidades campesinas que le dan vida a la hoja de coca, a través del conocimiento tradicional en el cual reside su carácter de patrimonio cultural inmaterial de carácter biológico, de conformidad con la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, aprobada en París el 17 de octubre de 1993[25]. Si bien esta Convención aún no ha sido ratificada por el Estado peruano, constituye *soft-law*.

106. Así, la planta de la hoja de coca, en tanto especie natural cuya utilización para un fin determinado, debe recibir un régimen de protección especial conforme al Derecho Internacional, pero fundamentalmente dentro de los alcances de la Constitución, pues la promoción de la cultura constituye un deber primordial del Estado social y democrático de Derecho, establecidos en el artículo 44° de la Constitución. De ahí que el Estado, por mandato constitucional, deba *respetar*, todas aquellas manifestaciones culturales de las personas o de grupos de ellos que constituyan la expresión de su derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (artículo 2° 8 de la Constitución); además de respetar la propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus conocimientos colectivos, de medicina tradicional y salud, de valores genéticos y de su biodiversidad (artículos 88°, 89° y 149° de la Constitución).

107. Por otro lado, cabe apuntar que estos conocimientos tradicionales constituyen un cuerpo dinámico de conocimientos organizados que puede enriquecerse con descubrimientos en

[25] Cabe señalar que al 12 de septiembre 2005, veintiún Estados han ratificado ya la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Oral e Inmaterial. El tratado entrará en vigor tres meses después de que un trigésimo Estado parte deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a la misma. Sin embargo, las definiciones empleadas por dicha convención, son empleadas como referencia en la medida que responden a una rigurosidad técnica, además, de ser expresión de la *opinio iuris* de los Estados en el ámbito de la comunidad internacional.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SALA
FOJAS 432

cada generación, y que deben recibir la protección y los incentivos adecuados que eviten su desaparición, lo cual está estrechamente relacionado con el desarrollo de una política nacional de protección del valor de dichos conocimientos, el mismo que es de carácter cultural principalmente, pero también económico, dado su aporte a la investigación y el desarrollo de nuevos productos que gozan de derecho de patente.

108. En ese sentido, el Tribunal considera que las potencialidades del patrimonio cultural inmaterial, como en el caso de la planta de la hoja de coca, trascienden del ámbito de lo cultural, adquiriendo especial relevancia, y obligando al legislador a hacer una lectura integral de esta institución atendiendo a sus consecuencias socioecómicas, haciendo efectivas tales normas internacionales que garantizan los intereses de la Nación peruana a participar en los beneficios de la explotación comercial[26], pero fundamentalmente los derechos de las comunidades campesinas y nativas (artículo 89° de la Constitución) de recibir una compensación por la contribución de sus conocimientos tradicionales sobre la hoja de coca en la generación de riqueza.

109. Se debe reconocer que este patrimonio constituye una fuente de oportunidades para el desarrollo sostenido de las regiones cocaleras, por ello, es que se hace necesario afirmar que su conservación, recuperación y uso sostenible de la hoja de coca requiere de la concertación de políticas y estrategias nacionales y regionales que garanticen su utilización racional. De esa forma se superará una de las grandes paradojas relacionadas con la biodiversidad, pues nuestro país, siendo un gran productor de la hoja de coca, a la vez, carece, al menos en la proporción y medida adecuadas, de los recursos materiales y humanos imprescindibles para su estudio y explotación lícita.

110. El Perú, concentran un alto porcentaje de la biodiversidad del planeta, y junto con los países de la subregión andina es lugar de origen de importantes recursos fitogenéticos andino amazónicos que proveen alrededor del 35% de la producción agroalimentaria e industrial del mundo[27]. En atención a ello, se hace necesario efectuar una visión amplia, de la riqueza biológica nacional y las características geográficas en las cuales se desenvuelve, para orientar recursos científicos que permitan garantizar la conservación del patrimonio biológico que en ella se sustenta y dentro de los cuales se encuentra la planta de la hoja de coca.

111. Todo lo dicho, evidencia que desde hace siglos el uso tradicional (chaccheo, mágico religioso, ceremonial y medicinal) de la planta de la hoja de coca, forma parte de la identidad cultural de los pueblos originarios del Perú. Por ello, este Colegiado comparte la preocupación de los demandados por el ocio del legislador nacional al no haber reconocido expresamente al uso tradicional de la planta como patrimonio cultural inmaterial de la nación. En tanto dicha inercia legislativa persista se corre el riesgo de

---

[26] Convenio sobre la Diversidad Biológica, que constituye uno de los cinco documentos presentados a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (Cumbre de Río), en la cual se reconocen los derechos soberanos de los países sobre sus recursos naturales.

[27] Ver el Preámbulo de la Decisión 523 de la Comunidad Andina, Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino, dada en la ciudad de Lima, el 7 de julio de 2002.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 433

generar una inconstitucionalidad por omisión, no sólo por afectar el derecho a la identidad cultural de muchos peruanos (artículo 2° 19 de la Constitución), sino también por afectar el derecho a la igualdad (artículo 2° 2 de la Constitución).

Por tales motivos se exhorta al Congreso de la República a incluir a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N.° 28477. En igual sentido, se exhorta al INC, a iniciar los trámites administrativos para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, de conformidad con el ordenamiento internacional.

§6. Planta de la hoja de coca y liberalización de su producción.

6.1 El combate contra el tráfico ilícito de drogas.

112. El artículo 2° de la Ordenanza Regional N.° 031-2005-GRC/CRC, dispone:

> "Artículo Segundo: Reconocer como zonas de producción tradicional de carácter legal de la Planta de la Hoja de Coca a los valles de: La Convención; Yanatile de la provincia de Calca y Qosñipata de la provincia de Paucartambo; todos ellos del departamento del Cusco, donde la producción de esta especie está destinada al uso medicinal, ceremonial, religioso, cultural, "chaqcheo" y aquellas que son adquiridas en forma lícita por la Empresa Nacional de la Coca Sociedad Anónima, ENACO S.A. para su respectiva comercialización".

Por su parte, el artículo 1° de la Ordenanza Regional N.° 027-2005-E-CR-GR, establece:

> "Artículo Primero.- INCORPORAR A LA ORDENANZA REGIONAL N.° 015-2004-CR-GRH, que declara como Patrimonio Cultural y de Seguridad Alimentaria a la Hoja de Coca, el siguiente articulado:
>
> Artículo 1.A.- Declara la Legalidad del cultivo de la Hoja de Coca en la jurisdicción del Gobierno Regional de Huánuco, para el consumo directo en la modalidad de Chaccheo con fines medicinales, ceremoniales, y de industrialización lícita, de acuerdo a la presente Ordenanza Regional."

113. La Presidencia del Consejo de Ministros ha sostenido que dentro del diseño de políticas nacionales y sectoriales del Gobierno Nacional se expidió el Decreto Legislativo N°. 824 —Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas— cuyo artículo 2 a), ha previsto que sea de competencia de la Comisión de Lucha contra el Consumo de Drogas – CONTRADOGRAS (ahora DEVIDA):

> "Diseñar y conducir la Política Nacional de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, el Consumo Ilegal de Drogas Tóxicas, promoviendo el desarrollo integral y sostenible de las zonas cocaleras del país"

Y el artículo 2° d) le confiere la competencia de:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTEA
FOJAS 434

> "Promover la sustitución de los cultivos de la hoja de coca, amapola y de otro tipo de sembríos de los cuales se puede producir drogas ilícitas"

A partir de dichos dispositivos, refiere, se aprobó la "Estrategia Nacional de Lucha contra las drogas 2002-2007", mediante Decreto Supremo N.º 004-2004-PCM, habiéndose actualizado dicha estrategia mediante el Decreto Supremo N.º 006-2005-PCM. Considera que tal política nacional se sustenta en la Convención Única sobre Estupefacientes, cuyo artículo 26º dispone que los Estados parte que permitan el cultivo del arbusto de coca deben establecer uno o más organismos oficiales, a cargo de designar las zonas y las parcelas de terreno en que se permitirá el cultivo de dicho arbusto.

Alega que dentro del marco de la referida Convención, se expidió el Decreto Ley N.º 22095, cuyo artículo 1º estableció que

> "Son objetivos de la presente ley la represión del tráfico ilícito de drogas que producen dependencia; la prevención de su uso indebido; la rehabilitación biosicosocial del drogadicto y la reducción de los cultivos de la planta de coca"

En ese sentido, sostiene que la política pública relativa al cultivo de la Hoja de Coca ha sido una competencia del gobierno nacional y no de los gobiernos regionales, de modo que éstos últimos no tienen competencia para reconocer "zonas legales" de cultivo.

114. Por su parte, el Gobierno Regional de Huánuco ha sostenido que la competencia para legalizar el cultivo de la planta de la hoja de coca en su jurisdicción, le ha sido conferida por el artículo 192º 7 de la Constitución que establece que los gobiernos regionales son competentes para:

> "Promover y regular actividades y o servicios en materia de agricultura (...), conforme a ley.";

y por los artículos 35º g) y 10º 1 g) de la LBD y la LOGR, respectivamente. Dichos preceptos estipulan que es competencia exclusiva de los gobiernos regionales:

> "Facilitar los procesos orientados a los mercados internacionales para la agricultura, la agroindustria, al artesanía, la actividad forestal y otros sectores productivos, de acuerdo a sus potencialidades."

De otro lado, el Gobierno Regional de Cusco considera que la competencia para dictar la disposición cuestionada, le ha sido conferida por los artículos 35º n) y 10º 1 n) de la LBD y la LOGR, en cuanto prevén como competencia exclusiva de los gobiernos regionales:

> "Promover el uso sostenible de los recursos forestales y de biodiversidad."

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 435

115. Sobre el particular, al Tribunal Constitucional no le cabe duda alguna de que la regulación sobre las zonas donde una planta cualquiera pueda ser cultivada entra dentro de la competencia regulada por el artículo 192° 7 de la Constitución, según el cual, los gobiernos regionales son competentes para:

> "Promover y regular actividades (...) en materia de agricultura (...) conforme a ley".

El problema, pues, no es si se trata o no de una competencia de los gobiernos regionales, sino la clase de competencia de que se trata, pues, como se ha expresado el ejercicio de dicha competencia está sujeta a reserva de ley orgánica.

116. En criterio de este Colegiado, la regulación de las zonas de cultivo de determinadas plantas y, entre ellas, la de la hoja de coca, se inserta en el ámbito de competencias compartidas que se desarrolla en el artículo 11° 2 de la referida LOGR, al disponerse:

> "Son competencias compartidas, de acuerdo al artículo 36° de la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización N°. 27783, las siguientes:
> (...)
> 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."

La frase "en su ámbito y nivel" que allí se emplea tiene el propósito de recordar que cualquiera pueda ser el contenido de la promoción, gestión y regulación en materias como la agricultura, éstas no pueden exceder, por un lado, el ámbito territorialmente delimitado dentro del cual pueden los gobiernos regionales ejercer su competencia; y, de otro, que cuando existiera una política y planes nacionales en relación con la actividad concreta que se refiera, ésta deberá de realizarse en

> "armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo" (artículo 192° de la Constitución).

Por tanto, la regulación del cultivo de la hoja de coca, como el reconocimiento de zonas de producción tradicional de carácter legal en determinados jurisdicciones del país, donde la producción de esta especie está destinada al uso medicinal, ceremonial, religioso, cultural, "chaccheo", entre otras, debe analizarse con las políticas y planes nacionales sobre tal materia.

117. En criterio del Tribunal, el hecho de que la hoja de coca sea el principal insumo para la elaboración de la pasta básica de cocaína y que ésta sea, a su vez, la materia prima para la elaboración de la cocaína, exige que el asunto relacionado con su cultivo sea enfocado

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 436

también desde la perspectiva de la exigencia constitucional del Estado de combatir el tráfico ilícito de drogas. En efecto, de conformidad con el artículo 8° de la Constitución,

> "El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de tóxicos sociales."

118. El referido artículo proyecta desde la propia Constitución una política de interés nacional en la erradicación absoluta de este flagelo social.

Tal como ocurre con el terrorismo (artículos 2°24.f, 37° y 173°) el espionaje (artículo 2°24.f), la traición a la patria (artículo 117° y 173°), la corrupción (artículo 41°) y el genocidio (artículo 37°), por la especial afectación que el tráfico ilícito de drogas produce al cuadro material de valores previsto en la Constitución, ésta en sus artículos 2°24.f y 8°, lo contempla como un ilícito penal especial.[28]

En concreto, su existencia y propagación afecta en grado sumo diversos valores e instituciones básicas en todo Estado social y democrático de derecho, tales como el principio-derecho de dignidad de la persona (artículo 1°), la familia (artículo 4°), la educación (artículos 13° a 18°), el trabajo (artículos 22° y 23°), la paz social (inciso 22 del artículo 2°), entre otros.

119. De conformidad con el Informe "Perú: Oferta de Hoja de Coca. Estadística básica (2001-2004)", elaborado por el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), hacia el año 2004, la producción estimada anual de hoja de coca en territorio peruano fue de 109,936 TM, en una superficie productiva ascendente a 50,300 hectáreas[29].

De dichas 109,936 TM, sólo 2,927 TM, es decir, un insignificante 2.66% fueron vendidas a la Empresa Nacional de la Coca Sociedad Anónima (ENACO S.A.), empresa encargada de industrializar y comercializar la hoja de coca, y se estima que 6,073 TM fueron destinadas al uso tradicional a través del mercado informal.

En consecuencia, las 100,936 TM restantes se encontraron potencialmente destinadas a abastecer el mercado, básicamente internacional, del narcotráfico.

120. Por tal motivo, con el mismo énfasis con el que este Tribunal reconoce que la hoja de coca no es sinónimo de cocaína y que, atendiendo a las características pluriculturales del Estado peruano, resultaría contrario al derecho fundamental a la identidad cultural y étnica de la población indígena, pretender la erradicación absoluta de las plantaciones de hoja de coca, reconoce también que la ausencia de control efectivo por parte del Gobierno Nacional sobre la expansión de su cultivo, cosecha y comercialización, tiene relación directa con el tráfico ilícito de la cocaína.

121. Ciertamente a un Estado democrático y social de derecho como el peruano, no puede

---

[28] Cfr. STC 0019-2005-PI, Fundamentos 59 y ss.

[29] Fuente: "Perú: monitoreo de cultivos de hoja de coca", junio de 2005, ONU.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 437

serle ajeno este flagelo, que no sólo es del Perú, sino que ha adquirido ribetes universales y, en ese sentido, compromete a la humanidad entera. Efectivamente, está comprobado médica y psicosocialmente que su consumo afecta sensiblemente a la dignidad del ser humano, el derecho a la salud, libre desarrollo y bienestar personal y familiar. De ahí que, a partir de la Constitución, se haya impuesto como una tarea constitucionalmente exigible al Estado que éste adopte diversas medidas destinadas a combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas.

122. Esas medidas constitucionalmente exigibles al Estado, conforme precisa el artículo 8º de la Constitución, son esencialmente de dos clases. Por un lado, la Norma Suprema impone como una obligación constitucional del Estado que éste "sancione" el tráfico ilícito de drogas, lo que ha quedado consagrado en el Código Penal, norma de competencia nacional que, con respeto de los principios y derechos constitucionales, ha criminalizado el tráfico de drogas prohibidas; estableciendo penas severas, proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se afligen, además de prever procedimientos en cuyo seno se juzgan y sancionan dichos delitos.

123. Por otro lado, el artículo 8º de la Constitución también establece como una obligación constitucional a cargo del Estado que éste implemente y ejecute políticas públicas, de alcance nacional, destinadas a "combatir" el tráfico ilícito de drogas. Dicho combate estatal, desde luego, involucra la creación de órganos estatales a los cuales se atribuya de competencias administrativas específicas en esta materia.

Con tal efecto, se creó originalmente, mediante el Decreto Legislativo N.º 824, la Comisión de Lucha contra el Consumo de Drogas (CONTRADROGAS), la que después se denominó, previa modificación introducida por la Ley N.º 27629, Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (DEVIDA), configurándose a éste como

> "un organismo público descentralizado comprendido en el Sector Presidencia del Consejo de Ministros" (artículo 5º del Decreto Supremo N.º 032-2002-PCM)

Asimismo, el combate contra el tráfico ilícito de drogas comprende la adopción de políticas públicas destinadas a luchar contra este flagelo. De ahí que se haya establecido que DEVIDA tenga

> "(...) como misión principal coordinar, promover, planificar, monitorear y evaluar los programas y actividades contenidos en la Estrategia Nacional de la Lucha contra las Drogas y sus actualizaciones anuales, en su calidad de organismo rector que diseña y conduce la Política Nacional de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, el Consumo Ilegal de Drogas Tóxicas, promoviendo el desarrollo integral y sostenible de las zonas cocaleras del país". (artículo 2º del Decreto Legislativo N.º 824)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTA
FOJAS 438

124. Por cierto, uno de los temas fundamentales en el desarrollo y ejecución de la obligación constitucional del Estado de combatir el tráfico ilícito de drogas tiene que ver con la necesidad adoptar políticas económicas y sociales agresivas de información, dirigidas a la colectividad, que la informen en torno a las nefastas consecuencias que su uso y abuso ocasiona en el ser humano.

No se trata de una simple información, por decirlo así, "formal", es decir, relacionada con la publicidad de las conductas prohibidas y las sanciones que su comisión generaría (por otra parte, salvada tras las exigencias que demandan el principio de legalidad penal), sino, fundamentalmente, de aquella que es precisa a fin de que las personas, particularmente, los adolescentes, no sucumban ante ellas. Se trata, pues, del deber del Estado de auspiciar medidas para una efectiva protección del adolescente, en especial, de aquellos que se encuentran en estado de abandono (artículo 4º de la Constitución).

6.2 Convenios internacionales relacionados con el tráfico ilícito de drogas y su adecuada interpretación.

125. El artículo 26º de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, ratificada por el Estado peruano el 22 de julio de 1964, establece:

> "1. Las Partes que permitan el cultivo del arbusto de coca aplicarán al mismo y a las hojas de coca el sistema de fiscalización establecido en el artículo 23º para la fiscalización de la adormidera; (...)
>
> 2. En la medida de lo posible, la Partes obligarán a arrancar de raíz todos los arbustos de coca que crezcan en estado silvestre y destruirán los que se cultiven ilícitamente."

126. Aún cuando esta Convención observaba una política erradicadora indiscriminada, llegando incluso a precisarse en su artículo 49º e) que

> "La masticación de la coca quedará prohibida dentro de los 25 años siguientes a la entrada en vigor de la presente Convención (...)"

tal percepción y regulación varío con la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, ratificada por el Estado peruano el 16 de enero de 1992. En efecto, el artículo 14º 2 de dicha Convención establece:

> "Cada una de las partes adoptará medidas adecuadas para evitar el cultivo ilícito de las plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tales como las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis, así como erradicar aquellas que se cultiven ilícitamente en su territorio. Las medidas que se adopten deberán respetar los derechos humanos fundamentales y tendrán debidamente en cuenta los usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente." (subrayado agregado).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTA
FOJAS 439

Así pues, este precepto de la Convención versa sobre derechos humanos, motivo por el cual además de formar parte del derecho nacional (artículo 55° de la Constitución), es pauta interpretativa obligatoria, para efectos de garantizar el derecho a la identidad cultural reconocido en el artículo 2° 19 de la Constitución (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

A ello cabe añadir que el artículo 27° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita por el Estado peruano el 23 de mayo de 1969 y ratificada mediante Decreto Supremo N.° 029-2000-RE, de fecha 21 de septiembre de 2000, establece que

> "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.".

127. En atención a la variación de la normativa internacional en relación con el combate al narcotráfico y a las consideraciones precedentes, debe interpretarse que allí donde las convenciones o tratados internacionales hacen referencia al "arbusto de coca" u "hoja de coca" para aludir a una sustancia prohibida, realizan una vinculación desproporcionada con la cocaína. Está exigencia interpretativa es aplicable a la Lista I de sustancias prohibidas de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

6.3 Política legislativa del Estado contra el tráfico ilícito de drogas.

128. De conformidad con el marco constitucional e internacional aludido, la política legislativa del Estado contra el tráfico ilícito de drogas se encuentra concretada, de un lado, en el Decreto Ley N.° 22095 –Ley de represión del tráfico ilícito de drogas-, del 2 de marzo de 1978, y en el Decreto Legislativo N.° 824 –Ley de Lucha contra el tráfico ilícito de drogas-, del 24 de abril de 1996.

La primera de las referidas normas señala como uno de los objetivos a alcanzarse,

> "la reducción gradual de los cultivos de planta de coca, limitándose a los fines estrictamente científicos e industriales, en armonía con el cambio de hábitos de consumo." (artículo 2°)

Adicionalmente, el Decreto Ley N.° 22095, dispone:

> "Artículo 31.- Queda terminantemente prohibido el cultivo de coca y almácigos en nuevas áreas del territorio nacional. Esta prohibición incluye renovaciones y recalces en los cultivos existentes.
>
> Artículo 32.- El Estado fiscalizará el cultivo de todas las variedades de coca (...).
>
> Artículo 33.- Erradicado o sustituido el cultivo de la coca de los predios de propiedad individual y de las empresas asociativas, sólo el Estado a través de ENACO, podrá desarrollar dicho cultivo, cuando lo justifique su industrialización, exportación, uso medicinal o fines de investigación científica. El cultivo de las demás especies vegetales sujetas a fiscalización, será de exclusividad del Estado y únicamente para los fines que se indican en

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 449

el párrafo anterior.

(...)

Artículo 41.- El Estado a través de la Empresa Nacional de la Coca Sociedad Anónima -ENACO S.A.- realizará la industrialización y comercialización de la hoja de coca proveniente exclusivamente de los predios empadronados en aplicación de la primera disposición transitoria del Decreto Ley Nº 22095.

La industrialización comprende la elaboración de pasta básica de cocaína, clorhidrato de cocaína y demás derivados de la hoja de coca de producción lícita con fines benéficos.

Primera Disposición Transitoria.- Los conductores de predios que a la fecha de vigencia del presente Decreto-Ley se encontraren dedicados al cultivo de la coca, quedan obligados a empadronarse en el Registro de Productores de la ENACO, en el término de noventa días computados a partir de la vigencia de la presente Ley."

Por su parte, el Decreto Legislativo N.º 824, establece:

"Artículo 1º.- Declárase de interés nacional la lucha contra el consumo de drogas en todo el territorio. Constitúyase para tal efecto la COMISION DE LUCHA CONTRA EL CONSUMO DE DROGAS, "CONTRADROGAS" como ente rector encargado de diseñar, coordinar y ejecutar de manera integral las acciones de prevención contra el consumo de drogas.

Cabe resaltar que, de conformidad con el artículo 2º del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.° 032-2002-PCM, a partir de la vigencia del citado dispositivo la nueva denominación será COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO Y VIDA SIN DROGAS - "DEVIDA", uno de cuyos objetivos, en virtud del literal d) del artículo 2º del Decreto Legislativo N.º 824, es

"d) Promover la sustitución de los cultivos de hoja de coca, amapola y de otros tipos de sembríos de los cuales se puede producir drogas ilícitas."

129. El análisis de la normativa vigente expedida por el Estado, en ejercicio de esa competencia, permite concluir:

a) Todo cultivo de hoja de coca llevado a cabo con posterioridad al año 1978, resulta ilegal, a menos que sea realizado por o con la correspondiente aprobación de ENACO S.A.

b) Toda comercialización de hoja de coca que provenga de predios no empadronados por ENACO S.A., resulta ilegal.

130. Como es evidente, ante el flagelo del tráfico ilegal de la hoja de coca, corresponderá al Poder Ejecutivo disponer el reempadronamiento de los productores de la hoja de coca, a fin de actualizar y formalizar a los legítimos cocaleros.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 441

131. Si bien el cultivo de la hoja de coca no constituye un acto ilícito tipificado como un delito en el Código Penal, la estrecha vinculación que se produce entre la comercialización ilícita de alrededor de 100 mil TM de hoja de coca al año y el narcotráfico, no puede ser soslayada por el Estado, quien tiene, por mandato constitucional, la obligación de combatir el tráfico ilícito de drogas en todos sus orígenes, directos e indirectos (artículo 8° de la Constitución).

Más aún el acto de cultivo de la planta de la hoja de coca destinado al narcotráfico, tendría que ser considerado como una prestación de asistencia material en la etapa de preparación a la realización del hecho punible tipificado por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas, ello siempre y cuando el juez penal estime que se ha producido de manera dolosa, de conformidad con el artículo 25° del Código Penal.

6.4 Determinación del órgano competente para designar las zonas de cultivo legal de la hoja de coca.

132. Así pues, si bien desde la perspectiva del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural (inciso 19 del artículo 2° de la Constitución) se encuentra constitucionalmente proscrita una política tendiente a la erradicación absoluta de los cultivos de hoja de coca, la relación existente entre dicho cultivo y el tráfico de cocaína, permite a este Colegiado concluir que, en aplicación del artículo 8° de la Constitución, el tratamiento y la regulación del cultivo y la erradicación de la hoja de coca es una competencia exclusiva del Gobierno Nacional, dentro de la cual se encuentra el reconocimiento legal de las zonas de producción de la hoja de coca, lo cual, desde luego, no significa que toda normativa sobre la materia expedida por los gobiernos regionales, carezca, *per se*, de validez, pues si bien se trata de una competencia exclusiva del Gobierno Nacional no es, sin embargo, excluyente. Los gobiernos regionales, en esta materia tienen la atribución de solicitar al Gobierno Nacional la declaración de las áreas de producción tradicional de la hoja de coca; y dictar normas ejecutivas de alcance regional de la política general diseñada por el Gobierno Nacional. Es decir, los gobiernos regionales pueden dictar normas *secundum legem* que, desde luego, en ningún caso, podrán contravenir o resultar incompatibles con la legislación, política o plan nacional antidrogas, pues ello resultaría manifiestamente contrario con los artículos 8° y 192° de la Constitución.

133. El artículo 2° de la Ordenanza Regional N.° 031-2005-GRC/CRC, no sólo no se subordina a la política antidrogas, sino que, en atención a los criterios expuestos, resulta manifiestamente contraria a la legislación del Estado en relación con el control y límites de los cultivos de la planta de la hoja de coca, razón por la cual corresponde declarar su inconstitucionalidad.

134. Por el mismo motivo, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N.° 027-2005-E-CR-GRH, y, consecuentemente, del artículo 1.A de la Ordenanza Regional N.° 015-2004-CR-GRH.

6.5 Deber constitucional del Estado de diseñar una política eficiente contra el tráfico ilícito de drogas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
FOJAS 442

135. Sin perjuicio de lo expuesto, aún cuando de conformidad con el diseño actual de las políticas nacionales en relación con el cultivo de la hoja de coca, corresponde declarar la inconstitucionalidad de los dispositivos impugnados, ello no es óbice para que este Colegiado advierta que dichas políticas no están alcanzando los resultados esperados, y no resulta plenamente afín con la realidad nacional y regional sobre la materia.

136. En efecto, de conformidad con el Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE), la débil capacidad de gestión de ENACO S.A. sería la principal razón del comportamiento inercial de las compras de hoja de coca. Entre las principales debilidades que detecta en la empresa cita las siguientes:

- Escasa voluntad política para controlar la informalidad;
- Débil (o inexistente) presencia en ciertas áreas geográficas;
- Baja calidad del capital humano, y falta de iniciativa para emprender cambios;
- Altos costos operativos y administrativos que atentan contra la posibilidad de ampliar sus comparas.
- Tendencias a comportamientos oportunistas (corrupción).
- Ausencia de una política de precios.[30]

137. El artículo 61° de la Constitución de 1993 establece que ninguna ley puede autorizar ni establecer monopolios, sin embargo ENACO S.A. es un monopolio preconstitucional que ha cumplido una labor administrativa en la cadena de la lucha contra el narcotráfico. Y aún cuando este Colegiado, en la fórmula de un Estado social y democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución) y de una economía social de mercado (artículo 58° de la Constitución), puede aceptar que, bajo criterios de proporcionalidad y razonabilidad, dicha disposición constitucional admita excepciones, la ausencia de eficaces resultados, permite sostener que el establecimiento de una medida monopólica no está resultando idónea para alcanzar la formalización y el control de la comercialización de la hoja de coca. Sobretodo, por cuanto una medida complementaria como el desarrollo alternativo, a cargo de DEVIDA hasta el momento tampoco ha obtenido los resultados constitucionalmente exigibles de incorporar a los cocaleros a las políticas agrarias alternativas, en el marco del desarrollo agrario y de la lucha contra el narcotráfico, postulados en los artículos 88° y 8° de la Constitución, respectivamente.

Por tal motivo, exhorta al Congreso de la República, para que, en aplicación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, establezca un régimen de licencias, manteniendo a una entidad con eficaces funciones de control.

138. Por otra parte, llama la atención de este Colegiado el hecho de que el Estado concentre su política de lucha contra el tráfico ilícito de drogas en la erradicación parcial de una de

[30] *La comercialización de hoja de coca en el Perú:* Análisis del Comercio Formal. Informa Final. Grade. Junio, 2005.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTA
FOJAS 443

las materias primas de la pasta básica y la cocaína (la hoja de coca) y en la tipificación y sanción penal del delito, más no en el tráfico informal o ilícito de los productos químicos que permiten producir drogas, tales como el kerosene, el ácido sulfúrico, el amoniaco, el anhídrido acético, benceno, carbonato de sodio, carbonato de potasio, cloruro de amonio, etc. En otras palabras, no es plenamente constitucional que el combate preventivo contra el TID sólo se dirija contra uno de los estadíos que permiten su perpetración, y no contra la oferta y la demanda de drogas y la comercialización de insumos químicos, lo que podría generar resultados más efectivos y menos costosos.

Cabe recordar que el deber constitucional del Estado de combatir el tráfico ilícito de drogas (artículo 8º de la Constitución), no puede agotarse en el mero diseño de políticas, sino en la ejecución de políticas eficientes, es decir, que objetivamente demuestren resultados cada vez más eficaces; lo contrario, significaría incurrir en una infracción constitucional por parte de las autoridades gubernamentales responsables. Y es que no puede olvidarse que el carácter pluriofensivo del delito de tráfico ilícito de drogas en relación con los valores básicos del orden constitucional (Cfr, Fundamento 98 *supra*), pone en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenaza la propia existencia del Estado.

139. Por ello, en aras de su seguridad integral, el Estado tiene el mandato de combatir el tráfico ilícito de drogas, en este caso, desde la demanda hasta la oferta, pasando por el uso ilegal de los insumos químicos para la producción de la cocaína, en base a nuevos acuerdos internacionales y programas nacionales, dado el incumplimiento de las metas trazadas por las políticas de reducción del consumo de drogas y del cultivo de la hoja de coca.

Debe tenerse en cuenta que en la cadena que culmina con el tráfico ilícito de drogas, es la demanda por la cocaína, a partir de la postrimería de la Segunda Guerra Mundial, como señala uno de los demandados, la que ha generado que la hoja de coca se convierta en un cultivo controlado; siendo que los consumidores y productores de la cocaína, básicamente, se encuentran en los Estados Unidos, Europa y otros países de la región andina, respectivamente.

En consecuencia, la demanda por el consumo de cocaína proveniente de los Estados Unidos y demás países desarrollados, constituye la locomotora que arrastra a la conversión de la hoja de coca en un insumo básico para su transformación ilícita en una droga prohibida que circula ilegalmente en dichos países. Sobretodo, cuando los carteles del narcotráfico pagan en promedio casi cinco dólares por kilo de hoja de coca a los cocaleros, mientras que ENACO S.A no llega a pagar ni cinco soles por kilo, según el estudio de FONAFE (junio, 2005). Lo cual, desde luego, no justifica que, aproximadamente, de las 110,000 TM de producción al año de la hoja de coca, 100,000 TM hayan sido destinadas al narcotráfico.

140. En atención a lo expuesto y en base al deber constitucional del Estado previsto en el artículo 8º de la Constitución, corresponde al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo, de conformidad con sus atribuciones, rediseñar la política del Estado contra el

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
FOJAS 444

tráfico ilícito de drogas, enfocando el esfuerzo en todos los estadíos de la producción, particularmente en aquellos descuidados a la fecha y que se encuentran relacionados, fundamentalmente, con la demanda y no sólo con la oferta, y con pleno respeto de los derechos fundamentales, en especial, aquellos de contenido cultural.

141. Procurar el destino de recursos a políticas más eficaces como las descritas, fue el objeto de la misiva dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan, con fecha 1 de junio de 1998, por un grupo de ciudadanos peruanos, y que fuera tergiversada en su propósito por algún medio de comunicación recientemente.

142. Aún cuando este Colegiado encuentra necesarios los diversos convenios bilaterales celebrados en particular con los Estados Unidos de América, para un eficiente combate contra el tráfico ilícito de drogas, resulta preocupante que en diversos documentos oficiales de la contraparte peruana en dichos convenios, se sostengan inexactitudes como la siguiente:

> "La cocaína es el más potente estimulante de origen natural. Es extraído de las hojas de la planta de la hoja de coca. (...). El consumo de cocaína en los Estados Unidos se origina de la planta de la coca que crece en Sudamérica." (Documento denominado "Cocaína", noviembre de 2003. Oficina Ejecutiva de la Presidencia: Oficina de Política de Control Nacional de Drogas de la Casa Blanca. http://www.whitehousedrugpolicy.gov/publications/facts/cocaine/index.html Traducción: Tribunal Constitucional).

De lo expuesto en los Fundamentos 28 y siguientes *supra*, resulta claro y evidente que la cocaína ni es de origen natural ni se extrae de la hoja de coca, la cual no es más que su insumo básico.

Concepciones manifiestamente erradas como la recién transcrita pueden desencadenar una política orientada a la erradicación absoluta de la hoja de coca de nuestro territorio, con la manifiesta afectación del derecho a la identidad cultural de los pueblos originarios del Perú (artículo 2º19 de la Constitución). En tal sentido, a efectos de proteger preventivamente los derechos fundamentales de toda la colectividad, es deber del Estado peruano adoptar las garantías para que tales imprecisiones no sean germen de medidas inconstitucionales concretas, por lo que se exhorta al Presidente de la República a reevaluar la política nacional e internacional antinarcóticos, de conformidad con los incisos 3 y 11 del artículo 118º de la Constitución, a efectos de que sea más eficiente y acorde al derecho y la realidad nacional.

6.6 Programas de desarrollo alternativo

143. El desarrollo alternativo incluye una amplia gama de actividades económicas sociales que buscan el desarrollo de las comunidades del país y sus integrantes generando oportunidades de progreso y bienestar dentro de las dinámicas de una economía lícita y permanente. Las actividades económicas priorizadas se vinculan con la producción agrícola, pecuaria, agroindustrial y forestal, que son preponderantes en las zonas

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 445

productoras de coca así como la producción acuícola que está alcanzando importancia en algunas áreas de la selva alta. Dentro de estas actividades se destacan la agroforestería, reforestación y ecología y servicios comunales piscicultura, cultivos sostenibles de crianza de animales menores y ganadería entre otras actividades.

144. El Tribunal Constitucional considera necesario, en este marco, enfatizar que aún cuando de conformidad con la política nacional vigente resulta plenamente válido proceder a la erradicación de los cultivos de hoja de coca ilegales, es decir, aquellos realizados por personas o en predios no empadronados por ENACO S.A o aquellos realizados, por ejemplo, en bosques protegidos, reservas naturales u otras áreas protegidas por ley, es preciso que el Estado tenga presente que uno de sus deberes primordiales es promover el bienestar general que se fundamente en la justicia y en el desarrollo equilibrado de la nación (artículo 44 de la Constitución), y de conformidad con el artículo 88° de la Constitución, apoyar preferentemente el desarrollo agrario. Éstas, para efectos del caso que nos ocupa, son responsabilidades del Ministerio de Agricultura, y, particularmente, de DEVIDA.

145. En tal sentido, es obligación de DEVIDA proteger y asistir a las personas que se vean social y económicamente afectadas como consecuencia de la aplicación de dicha política, es decir con la erradicación de cultivos ilícitos, mediante el diseño de políticas de desarrollo alternativo, implementando y consolidando procesos competitivos y sostenibles de desarrollo rural que aseguren el bienestar de la población, el ejercicio de la democracia y la integración de las zonas de economía campesina afectadas por los cultivos ilícitos a la dinámica del desarrollo regional y nacional; de manera, que los cultivos de hoja de coca puedan ser reemplazados por productos agrarios y/o acuícolas de similar o mayor rentabilidad social. Lo cual es propio del desarrollo integral (artículos 44° y 188° de la Constitución) y, en particular, del desarrollo agrario, cuyo apoyo preferente, es exigido por el artículo 88° de la Norma Fundamental.

146. Para tales efectos, exhorta al Poder Ejecutivo, y particularmente, a DEVIDA, ha adoptar todas las medidas necesarias para concretar, en el más breve plazo posible, el Programa de Desarrollo Alternativo previsto en el punto IV.C de la Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007, aprobada por Decreto Supremo N.° 006-2005-PCM. En tal sentido, de conformidad con los lineamientos de la política de dicha estrategia, corresponde a DEVIDA, entre otras acciones, promover el desarrollo alternativo sostenible en los ámbitos del programa mediante actividades lícitas y el mejoramiento de los servicios sociales, de infraestructura y otros que eleven el nivel de vida de la población; propiciar las condiciones adecuadas para alentar la actividad privada a través de proyectos de impacto económico, social y ambiental, con la participación de los gobiernos regionales, locales y organizaciones de base; facilitar el acceso de productos competitivos procedentes de la actividad agropecuaria, acuícola, y servicios rentables a mercados de nivel local, regional, nacional e internacional; priorizar programas de crédito para proyectos productivos rentables de pequeña y mediana escala en los ámbitos del programa; así como para las pequeñas empresas ubicadas en dichos ámbitos, realizando coordinaciones sectoriales, regionales y locales pertinentes;

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 446

desarrollar proyectos de generación de mano de obra temporal paralelo a los programas de erradicación y auto-erradicación, a fin de no presentar vacíos en la generación de los ingresos familiares; y considerar la participación de la población en los programas y proyectos, especialmente de las Comunidades Nativas a fin de mejorar sus condiciones de vida y evitar el incremento de cultivos de coca.

§7. Planta de la hoja de coca como bien transmisible y sucesorio.

147. Finalmente, también se ha cuestionado la inconstitucionalidad, por adolecer de un vicio de competencia, del artículo 3° de la Ordenanza Regional N.° 031-2005-GRC/CRC, al declarar

> "(...) a la Planta de la Hoja de la Coca como bien económico trasmisible y sucesorio del campesinado que habita en las zonas mencionadas en el artículo segundo de la presente Ordenanza Regional".

148. Con independencia de lo ya afirmado por este Tribunal en torno a la planta de la hoja de coca y su cultivo, el problema constitucional que suscita dicho precepto de la Ordenanza impugnada tiene que ver con la competencia (o no) del referido Gobierno Regional de Cusco para regular, mediante una Ordenanza Regional, de manera parcial o total, lo atinente al régimen sucesorio y real de la Hoja de Coca, es decir, la regulación de relaciones intersubjetivas, *prima facie*, de indudable naturaleza privada.

149. Sobre el particular, el Tribunal nuevamente debe traer a colación que una de las exigencias que se derivan de la articulación de los principios de atribución de los gobiernos regionales y la cláusula residual a favor del Gobierno Nacional, es que en materia de reparto competencial al cual se encuentran sujetos los gobiernos regionales, es que éstos sólo son competentes para ejercer aquellas que la Constitución y las leyes (orgánicas y ordinarias) les hayan conferido, de modo que las no conferidas expresamente se entiende que son de competencia del Gobierno Nacional.

150. Esta última es la situación en la que se encuentra el régimen privado del uso, ejercicio y disposición de determinados bienes muebles, como la Planta de la Hoja de Coca y otros, cuyo régimen real y sucesorio son materias que exclusivamente corresponden regular al Gobierno Nacional, en principio, a través del Código Civil. Tal competencia estatal, válida en general para la regulación de cualquier bien mueble, se justifica en la necesidad de contar con un régimen jurídico único de los bienes en todo el territorio nacional, que sea compatible con las exigencias que se desprenden del principio de igualdad en el ámbito de un Estado Unitario y Descentralizado.

151. La regionalización, hemos sostenido antes, no es sinónimo del establecimiento de un Estado federal. Se inserta, por el contrario, en el seno de un Estado unitario y descentralizado, en el que el régimen jurídico de los bienes no se encuentra atomizado o fraccionado en tantos como gobiernos regionales puedan existir. Es uno sólo, de modo que éste no puede ser delegado ni compartido con los gobiernos regionales. Ello

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DE A
FOJAS 447

significa que los gobiernos regionales no cuentan con competencias para regular los aspectos de derechos reales que entran en la esfera de las relaciones intersubjetivas reguladas por el Gobierno Nacional.

152. En el caso de la planta de la hoja de coca, la exigencia de un solo régimen jurídico, real y sucesorio, es además consecuencia de que sólo al Gobierno Nacional corresponde la elaboración de las políticas nacionales destinadas a combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas, en la medida que es el insumo básico para su ilícita transformación en cocaína.

153. No solamente ello. Y es que si bien la planta de la hoja de coca constituye un bien mueble, no es menos cierto que la acción delictiva del tráfico ilícito la convierte en una planta sujeta a control en todas las etapas del cultivo, cosecha y comercialización, a través de la acción de ENACO S.A.. Por ello, el régimen jurídico de transmisión de la propiedad no se encuentra sujeto solamente a las reglas generales que contempla el Código Civil, sino a determinadas leyes específicas, que limitan su comercialización.

154. Por todas estas razones, el Tribunal Constitucional considera que también es inconstitucional el artículo 3° de la Ordenanza Regional N.° 031-2005-GRC/CRC expedida por el Gobierno Regional de Cusco.

155. A manera de conclusión en relación con las competencias sobre las distintas materias que han sido analizadas en la presente sentencia, cabe afirmar lo siguiente:

a) La promoción de los bienes que constituyen patrimonio cultural de la Nación, es una competencia compartida entre el Gobierno Nacional y el Gobierno Regional, pues mientras a éste corresponde realizar la propuesta de declaración del bien como patrimonio cultural, es el Gobierno Nacional el encargado de definirlo normativamente para que tenga validez y eficacia.

b) La relación existente entre el cultivo de la hoja de coca y su posterior transformación en pasta básica y/o cocaína, permite concluir que, en aplicación del artículo 8° de la Constitución, el tratamiento y la regulación del cultivo y la erradicación de la hoja de coca es una competencia exclusiva del Gobierno Nacional, lo cual, desde luego, no significa que toda normativa sobre la materia expedida por los gobiernos regionales, carezca, *per se*, de validez, pues si bien, en efecto, se trata de una competencia exclusiva, no es, sin embargo, excluyente. Los gobiernos regionales, en esta materia, tienen la atribución de dictar normas de desarrollo (*secundum legem*) de la política general y legislación nacional diseñadas por el Gobierno Nacional.

c) El régimen real y sucesorio de determinados bienes muebles, como la planta de la hoja de coca y otros, son materias de competencia exclusiva del Gobierno Nacional. Tal competencia estatal, válida en general para la regulación de cualquier bien

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DE A
FOJAS 448

mueble, se justifica en la necesidad de contar con un régimen jurídico único de los bienes en todo el territorio nacional, que sea compatible con las exigencias que se desprenden del principio de igualdad en el ámbito de un Estado Unitario y Descentralizado.

§8. El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución y efecto vinculante de la sentencia.

156. Tal como ha sido previsto en el artículo 201° de la Constitución, el Tribunal Constitucional es su órgano de control. Ello, desde luego, no significa que a este órgano resulte privativa la defensa de la Carta Fundamental, pues, tal como se encuentra reconocido en su artículo 38°, ese es un deber residente en "todos los peruanos".

Como ha tenido oportunidad de precisarse,

> "en el Estado social y democrático de derecho, la preservación de la constitucionalidad de todo el ordenamiento, no es una tarea que, de manera exclusiva, le competa a este Tribunal, sino que la comparten, *in suo ordine*, todos los poderes públicos." (STC 0006-2003-AI, Fundamento 1).

En tal sentido, el artículo 201° de la Constitución no confiere a este Colegiado una función exclusiva y excluyente, sino "suprema". No se trata, pues, de que a este Tribunal le haya sido reservada la "única" interpretación de la Constitución. Simplemente, le ha sido reservada la "definitiva".

157. De ahí que la independencia que en todo Estado social y democrático de derecho deben gozar los poderes del Estado (vg. la independencia reconocida al Poder Judicial por el artículo 139°3 de la Constitución), no debe ser confundida con la capacidad de someter a la ciudadanía a la más absoluta incertidumbre en relación al contenido vinculante de las normas jurídicas, máxime si se trata de la Norma Fundamental.

El artículo 201° de la Constitución, aunado al derecho fundamental a la igualdad ante la ley (artículo 2°2), una de cuyas manifestaciones es la igualdad "en la aplicación de la ley", y al principio de seguridad jurídica, que se encuentra implícitamente reconocido en la Constitución (Cfr. STC 0016-2002-AI, Fundamento 5), sitúan al Tribunal Constitucional, en lo que a la interpretación constitucional se refiere, en la cúspide del Poder Jurisdiccional del Estado.

158. Es por ello que, en una correcta interpretación de concordancia práctica de los derechos y principios constitucionales involucrados, la condición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, proyectada desde la propia Carta Fundamental, ha sido reconocida a nivel legislativo. En efecto, el artículo 1° de la Ley N.° 28301 —Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—, establece:

> "El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de (...) control de la constitucionalidad. (...)."

Por su parte, el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPConst.), dispone:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 449

> "Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional."

Mientras que el artículo 82° del CPConst., dispone que las sentencias del Tribunal Constitucional, recaídas en los procesos de inconstitucionalidad que queden firmes,

> "tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación".

159. En suma, las sentencias dictadas en un proceso de inconstitucionalidad tienen efecto vinculante para todos los poderes públicos, vinculación que, por sus alcances generales, se despliega hacia toda la ciudadanía. En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución (artículo 201° de la Constitución) y órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (artículo 1° de la Ley N.° 28301); considera que en el supuesto de que alguna autoridad o persona, pretenda desconocer los efectos vinculantes de esta resolución, resultará de aplicación el artículo 22° del CPConst., en el extremo que dispone que para el cumplimiento de una sentencia el juez podrá hacer uso de multas fijas acumulativas, disposición que es aplicable supletoriamente al proceso de inconstitucionalidad en virtud del artículo IX del mencionado cuerpo normativo.

VII. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADAS** las excepciones deducidas por el Gobierno Regional de Huánuco.

2. Declarar **FUNDADAS** las demandas de inconstitucionalidad de autos; y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONALES** los artículos 1°, 2° y 3° de la Ordenanza Regional N.° 031-2005-GRC/CRC, y las Ordenanzas Regionales N.os 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH.

3. Exhortar al Presidente de la República a reevaluar la política nacional e internacional antinarcóticos, de conformidad con los incisos 3 y 11 del artículo 118° de la Constitución, a efectos de que sea más eficiente y acorde al derecho y a la realidad nacional y regional, de conformidad con los Fundamentos 135 a 142., *supra*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTCA
FOJAS ... 450

4. Exhortar al Congreso de la República, de conformidad con el Fundamento 111, *supra*, a incluir, en el más breve plazo posible, a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N.º 28477. En igual sentido, se exhorta al INC, a iniciar los trámites administrativos para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, de conformidad con el ordenamiento internacional.

5. Exhortar al Poder Ejecutivo, y, en particular, a DEVIDA, a adoptar todas las medidas necesarias para implementar, en el más breve plazo posible, el Programa de Desarrollo Alternativo previsto en el punto IV.C de la Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007, aprobada por Decreto Supremo N.º 006-2005-PCM, de conformidad con el Fundamento 146, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRI
GOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

EXP. N.° 0020-2005-PI/TC
EXP. N.° 0021-2005-PI/TC
(acumulados)
LIMA
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 451

FUNDAMENTOS DE VOTO DEL SEÑOR MAGISTRADO DR. JUAN BAUTISTA BARDELLI LARTIRIGOYEN.

Conocedor de la problemática agraria del país, quiero dejar en claro mi posición, a través de los siguientes fundamentos de voto:

1-) Con la promulgación del Decreto Ley N° 17716, se dio inicio durante la dictadura del General Velazco Alvarado, a la denominada reforma agraria. El contexto socio político y económico que existía en el año 1968 estaba reflejado en una gran concentración de la tierra en pocas manos (los denominados terratenientes). Los cambios mundiales posteriores a la segunda guerra mundial y el socialismo como ideología hizo que en países como el nuestro las guerrillas movilicen al campesinado y exista consenso para reformar la situación existente en aras de la doctrina de la seguridad nacional y la presión internacional (Alianza para el Progreso).

2-) Hasta fines de los años 1960 el panorama agrícola del país era el siguiente. Existía una fuerte y organizada Sociedad Nacional Agraria, con participación activa en la vida política del país. Teníamos en la costa fundamentalmente, grandes ingenios azucareros que producían y exportaban azúcar; así como algodón y podíamos auto abastecernos con productos de pan llevar. En el caso de la sierra existía una notable producción ganadera destacando los departamentos de Cajamarca, Puno, Cusco y Junín, produciéndose además maíz, papa, oca, quinua, cañihua, etc.

3-) La reforma fue radical, casi el 64% de superficie agrícola fue afectada, y todo el país fue declarado zona de reforma agraria. Hay que reconocer que los objetivos nunca estuvieron claros, se buscó evitar mayores conflictos sociales y modernizar el campo, se dejó sin atención a los minifundistas, las haciendas azucareras de la costa y de la sierra se convirtieron en cooperativa o empresas de propiedad social básicamente.

4-) Los ideólogos y mentores de la reforma agraria consideran como logros de la misma el que se eliminó el latifundio y en consecuencia a la oligarquía peruana, democratizando la propiedad rural, bajo el conocido lema "que la tierra es de quien la trabaja" y que "el patrón no ganara más con el sudor de la frente del campesino".

5-) ¿Cual es el balance de la Reforma Agraria? Considero sin temor a equivocarme y dada mi experiencia en esta materia, que fue una de las más grandes tragedias económicas,

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 452

políticas y sociales de nuestro país en el siglo XX. Nadie estaba en contra de una reforma agraria que fuera justa y razonable, sin embargo en lugar de evitar ciertos conflictos entre hacendados y campesinos, dictando las normas laborales correspondientes, así como de reordenamiento de la extensión de los campos, se optó por lo más fácil: la demagogia y el abuso del poder, quitando la propiedad a unos para dársela a otros, constituyéndose las Cooperativas y Sociedades Agrícolas de Interés Social, manejadas por cúpulas dirigenciales politizadas, que buscaron su propio beneficio, por encima del de los campesinos a quienes representaban, y a quienes debían beneficiar, sin idea de lo que es invertir en el campo y deteniendo todo avance tecnológico que trajo consigo la paulatina disminución de la tierra agrícola en producción. Y es que se regaló tierra a quien no sabía como hacerla producir de manera rentable; como consecuencia de ello el nivel de vida de los trabajadores del campo comenzó a bajar, se produjo una incesante migración a la ciudad y los pocos campesinos que quedaron se vieron condenados a trabajar sus tierras sin incentivos ni apoyo del Estado, ya que no tuvieron asistencia técnica ni crediticia oportuna, ni canales de comercialización, ni una equitativa distribución de las aguas de regadío, ni seguridad policial lo que los llevó a formar las "rondas campesinas" para su salvaguarda y la de sus bienes.

6-) No está demás mencionar que fueron excluidos de la Ley de Reforma Agraria, cerca de un millón de minifundistas, miles de campesinos se quedaron sin tierras, así como las comunidades campesinas y nativas, y las mujeres (no jefas de familia), ni se respetaron los mínimos inafectables en parcelas directamente conducidas por sus propietarios, a quienes se les dejó en la indigencia, ya que en una gran mayoría de casos aún no se ha cancelado el valor de los Bonos de la Deuda Agraria, como lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional, por sentencias 0022-1996-AI (Colegio de Ingenieros del Perú) y 0015-2001-AI / 0016-2001-AI / 0004-2002-AI (acumulados) (Defensoría del Pueblo y Colegio de Abogados de Ica), y los ex-propietarios de predios agrícolas se han visto precisados a iniciar juicios para su pago, bloqueando registralmente la inscripción de los terrenos en favor de los nuevos beneficiarios en los Registros de la Propiedad Inmueble.

7-) Lo que ocurrió en suma es que de las cerca de 10 millones de hectáreas repartidas a favor de Cooperativas, Sociedades Agrícolas de Interés Social y en menor medida Comunidades Campesinas, se terminaron parcelando o reestructurando y la actividad agropecuaria quedó subordinada al triste papel de proveedora de productos baratos de pan llevar para las ciudades; siendo el caso que de ser un país exportador y que se autoabastecía, pasó a ser uno que importaba alimentos como arroz, azúcar, incluso subsidiados. Se liquidaron los mecanismos existentes para proveer a la pequeña agricultura de crédito, apoyo tecnológico y sistemas de comercialización, situación que sigue presentándose hasta el presente, al no haber un sistema tributario beneficioso (CERTEX), para los productos no tradicionales de exportación.

8-) En 1976 ocurrió un proceso de desaceleración de la Reforma Agraria, siendo el caso que, con la Constitución de 1979 se inició su desmontaje. Durante la década de 1980 se dictó el Decreto Legislativo 02, Ley de Promoción y Desarrollo Agrario, de fecha 17 de noviembre de 1980, se parcelaron las Cooperativas, y surgió en nuestro país la violencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 453

terrorista encabezada por los nefastos y genocidas movimientos de Sendero Luminoso y el MRTA, contribuyendo aun más con la salida de campesinos y el abandono de las tierras, quedando zonas liberadas, presas del narcotráfico, como se verá en los siguientes párrafos.

9-) En la década de los 90 se pone fin a la Reforma Agraria, dictándose el Decreto Legislativo 653 por el que se liberalizó la propiedad agraria, la nueva Constitución de 1993, elimina radicalmente la misma. Se dicta la Ley de Tierras en 1995, por la cual se da garantías al propietario de las mismas. Se da atención al saneamiento de las propiedades, se desactiva de manera arbitraria y absurda la justicia agraria en 1996, pese a que en nuestro país existe una gran cantidad de tierras de cultivo y personas vinculadas al campo cuyos conflictos y controversias deben ser conocidos por una magistratura especializada como lo fue la jurisdicción agraria en su momento, debiendo la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, reincorporar la misma a nuestro sistema de justicia, tal como se señala en el art.24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. .

10-) El sector modernizado y con visión exportadora, actualmente es el Agroexportador vinculado fundamentalmente a la costa, sin embargo cerca del 50% de la población del país según FONCODES se encuentra en situación de pobreza y pobreza extrema. Casi las dos terceras partes de la población rural en situación de pobreza (33% pobres y 32% pobres extremos).

11-) Existen sin duda muchos problemas pendientes que los podríamos resumir en los siguientes: hay minifundismo y fragmentación de la tierra, falta de saneamiento de la propiedad de las comunidades campesinas y de los particulares, conflictos con las empresas mineras, problemas de linderos y medio ambientales, etc., lo que ha llevado en consecuencia al campesino al aumento de las áreas de cultivo de la coca, por ser más rentable y requerir de menores labores culturales (sembrío, abonos, insecticidas) etc.

12-) Es sabido por todos que la hoja de coca tiene una milenaria tradición en nuestro país, el cultivo y la producción de la misma, servían en principio para atender la demanda interna (para usos ancestrales, tradicionales y religiosos), y se exportaba legalmente un volumen reducido, y es que esta planta crece en arbustos en forma silvestre. En la década del 60 al 70 se produce un incremento en el mercado internacional del mercado de drogas, lo que motivó incluso que las Naciones Unidas aprueben la Convención Unica sobre Estupefaciente, el 30 de marzo de 1961, reconociendo "que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad".

13-) El abandono del campo como se ha reseñado anteriormente trajo consigo el descuido de este importante sector social que fue presa del narcotráfico. El campesino comenzó a sembrar y vender coca al narcotraficante para pasar de una situación de muy pobre a pobre o menos pobre, el auge de los grupos subversivos aunados al narcotráfico permitió que libremente se produzca y comercie este nefasto producto, a vista y paciencia de las autoridades y de todos nosotros. Demás está señalar que la ausencia de vías de

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OCA
FOJAS 451

comunicación, precios de refugio, política agraria adecuada, seguro agrario, inevitablemente contribuyen con el agravamiento de este mal, por lo que el incremento de nuevas áreas cocaleras a lo largo de la cadena de valles de los principales ríos como el Huallaga, Apurimac, Ene, Ucayali y Urubamba, configuran una problemática socioeconomica compleja que debemos enfrentar, constituyendo el gran reto de nuestro siglo.

14-) El Estado Peruano decidió luchar contra el narcotráfico, y asumió como uno de sus compromisos reducir las áreas de cultivo de la hoja de coca. Existen dos modalidades de erradicación: a) la erradicación forzada, que provoca una confrontación social y violencia innecesarias y; b) la reducción gradual y voluntaria concertada con los productores cocaleros, recibiendo a cambio beneficios económicos y sustitución por cultivos alternativos.

15-) Estos programas de desarrollo alternativo abarcan además la agroforestería, reforestación y ecología, servicios comunales, piscicultura, cultivos sostenibles, crianza de animales menores y ganaderia entre otras actividades

16-) Considero necesario enfatizar que aún cuando, de conformidad con la política y la legislación nacional vigentes, resulta plenamente válido proceder a la erradicación de los cultivos de hoja de coca ilegales, es decir, aquellos realizados por personas o en predios no empadronados por ENACO S.A. hasta 1978 o aquellos realizados, por ejemplo, en bosques protegidos, reservas naturales u otras áreas protegidas por ley, es preciso que el Estado tenga presente que, de conformidad con el artículo 88° de la Constitución, tiene la obligación de apoyar preferentemente el desarrollo agrario.

17-) Sin embargo, es obligación del Estado proteger y asistir a las personas que se vean social y económicamente afectadas como consecuencia de la aplicación de dicha política, mediante el diseño, implementación y ejecución de eficaces programas de desarrollo agrario alternativo sostenible, de manera tal que los cultivos de hoja de coca puedan ser reemplazados por productos agrarios y/o acuícolas de similar o mayor rentabilidad comercial. Lo cual es propio del desarrollo integral (artículos 44° y 188° de la Constitución) y, en particular, del desarrollo agrario, cuyo apoyo preferente, es exigido por el artículo 88° de la Norma Fundamental.

18-) Es evidente y creo que nadie puede ocultar el hecho de que en todo el mundo el tráfico de drogas está en aumento y nuestro país es uno de los productores importantes, a pesar de todos los intentos para tratar de reducir este flagelo de la humanidad, incluso se ha llegado al extremo de querer utilizar una guerra biológica a través del denominado *hongo fusarium,* lo que en su momento desencadenó una enorme movilización internacional de rechazo, ya que estos hongos no solo representan un franca violación a la proscripción mundial de armas biológicas, sino que además son peligrosos para el medio ambiente, y representan una seria amenza para la agricultura y la vegetación de los diversos ecosistemas, al ser

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTCA
FOJAS 455

usados en forma indiscriminada y afectando por ende los terrenos de cultivos contiguos a los sembríos de coca.

19-) No está demás transcribir, por la importancia del funcionario que lo dice, la noticia publicada en una nota de la BBCMundo en su página web, publicada en fecha 06 de agosto de 2004: "Guerra contra las drogas "fracasó": el Zar Antidrogas de Estados Unidos Jhon Walters admitió que la política de Washington para combatir el tráfico ilegal de estupefacientes en América Latina no ha funcionado. Walters dijo que los miles de millones de dólares invertidos a lo largo de muchos años han fallado en su intento de frenar el flujo de cocaína producida en América Latina, en las calles de Estados Unidos".

20-) En consecuencia de acuerdo a los fundamentos antes expuestos, considero que es un deber ineludible exhortar al Poder Ejecutivo y al Congreso de la República para que adopten todas las medidas necesarias para concretar, en el más breve plazo posible, el Programa de Desarrollo Alternativo previsto en el punto IV.C de la Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007, aprobada por Decreto Supremo N.º 006-2005-PCM. En tal sentido, de conformidad con los lineamientos de la política de dicha estrategia, corresponderá, entre otras acciones, promover el desarrollo alternativo sostenible en los ámbitos del programa mediante actividades lícitas y el mejoramiento de los servicios sociales, de infraestructura y otros que eleven el nivel de vida de la población; propiciar las condiciones adecuadas para alentar la actividad privada a través de proyectos de impacto económico, social y ambiental, con la participación de los gobiernos regionales, locales y organizaciones de base; facilitar el acceso de productos competitivos procedentes de la actividad agropecuaria, acuícola, y servicios rentables a mercados de nivel local, regional, nacional e internacional; priorizar programas de crédito para proyectos productivos rentables de pequeña y mediana escala en los ámbitos del programa; así como para las pequeñas empresas ubicadas en dichos ámbitos, realizando coordinaciones sectoriales, regionales y locales pertinentes; desarrollar proyectos de generación de mano de obra temporal paralelo a los programas de erradicación y auto-erradicación, a fin de no presentar vacíos en la generación de los ingresos familiares; y considerar la participación de la población en los programas y proyectos, especialmente de las Comunidades Nativas a fin de mejorar sus condiciones de vida y evitar el incremento de cultivos de coca en forma ilegal y sin control estatal.

SR.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 456

EXPS. N.[OS] 0020-2005-PI/TC
Y 0021-2005-PI/TC
LIMA
PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Estando conforme en la argumentación para el rechazo de las normas cuestionadas por inconstitucionalidad (Ordenanzas Regionales de Cusco y Huánuco) y en la parte resolutiva de la presente sentencia, mas no en el aspecto formal en cuanto en la redacción se utiliza el denominado "pie de página" por considerarlo impropio para una sentencia, pues debo recordar que la palabra Sentencia, que proviene del Latín Sententia y que según la Real Academia Española significa: "dictamen o parecer que alguien tiene o sigue", es producto del análisis y contraste del petitorio, los hechos, el derecho, las pruebas aportadas y, en aplicación real del principio de inmediación, que le permite al Juez, luego de conocer a las partes, formarse un Juicio (entiéndase como Juicio la facultad del alma por la que el hombre puede distinguir entre el bien y el mal, lo verdadero y lo falso), utilizando no solo el conocimiento que la ciencia del derecho le brinda a los operadores jurídicos, sino que necesariamente pone en práctica toda su experiencia personal en busca de la verdad real; sólo así se explica que la sentencia contenga el SENTIMIENTO del Juez.

Considero pertinente agregar mediante Voto Singular las siguientes razones:

En el Perú las medidas tendentes al control de la producción de la Hoja de Coca, producto agrícola básico para la elaboración de la Cocaína, y extinción de los mecanismos de producción ilegal de dicha droga a través del Programa de Desarrollo Alternativo señalado en el punto IV.C de la Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha Contra las Drogas 2002-2007, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2005-PCM, a que se refiere el Colega Bardelli Lartirigoyen en su Voto Singular, tampoco tiene éxito hasta la fecha, pues por la imposibilidad actual de hacer efectiva la política de erradicación de la hoja de coca a través de la obtención de productos alternativos que garanticen la elevación económico-social del sector de la población entregada muchas veces a la producción y venta de la coca con fines delictuales, dicho sector agrario de importantes valles de la selva peruana sigue empobrecido y sometido por necesidad a las imposiciones criminales del narcotràfico internacional.

La historia nos enseña que desde época remota del Tahuantinsuyo, el poblador pre-hispano de las tierras que conforman el Perú de hoy tuvo predilección por el cultivo de la coca, producto de aceptación social plena en uso total e indiscriminado que incluyó al sector de la nobleza y a los propios Incas, por sus reconocidos valores benéficos para la

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTRA
FOJAS 457

salud y el trabajo, significando el uso de dicho producto una habitualidad elevada a afirmaciones de carácter religioso que implica tradición y cultura. Es por esto que los Españoles, y luego la República, no pudieron imponer políticas de extinción llevadas a extremos de descalificación de la práctica del consumo de dicho producto, de aceptación milenaria, admitido total o mayoritariamente por el hombre andino en razones diversas no siempre bien consideradas por la incomprensión de una sociedad centralista que desde Lima desconoció la realidad social del Perú Profundo.

Dicha realidad afirma que en el siglo XXI el hombre andino del Perú, mayoritariamente, así como algunas etnias selváticas viven la habitualidad del consumo de la hoja de coca, lo que trae como consecuencia inmediata la necesidad de una producción a la que se entrega el trabajador del campo en conocidos valles de la selva, tierras con destino casi exclusivo a tal cultivo por la rentabilidad impuesta por factores que nos dicen de enormes dificultades para el diseño y ejecutabilidad de un plan de desarrollo a partir de la obtención de productos alternativos, como el previsto por el gran país del norte y considerado como propio por "Devida". Este estado de cosas se agudiza con el imperio de los narcotraficantes ante la imposibilidad económica del Estado de comprar, a través de ENACO, organismo creado para tales efectos, toda la producción de coca cosechada en el territorio nacional. Esta es la realidad histórica y la realidad del Perú actual: un país con grandes sectores sociales entregados al consumo y, por ende, a la producción de coca en razones de necesidad económica, histórica y cultural; un Estado impotente para revertir dicho destino a través de la implantación de productos alternativos; y el aprovechamiento de esta situación por narcotraficantes que alimentan el avance del delito a nivel internacional.

Considero por ello que la presente sentencia precisa con suficiente claridad en sus puntos 67 y siguientes hasta 90 inclusive, la determinación del órgano competente para declarar bienes como patrimonio cultural, frente al artículo primero de las Ordenanzas Regionales de Cusco y Huánuco respectivamente, materia del cuestionamiento de inconstitucionalidad, y en sus puntos 92 y siguientes hasta 124 inclusive, el rechazo de la declaración de legalidad del cultivo de la hoja de coca en los valles referidos en el artículo segundo la Ordenanza Regional del Cusco y primero de la Ordenanza adicional - conexa de la Región Huánuco -, estableciendo los lineamientos que competen al Estado Peruano en la lucha contra el tráfico de drogas, tanto en el orden interno cuanto a nivel internacional, con indicaciones de vacíos y carencias y, a la vez, con sugerencias para acciones de necesidad y urgencia, concluyendo asimismo con el rechazo del artículo tercero, también cuestionado, de la referida Ordenanza Regional del Cusco, que declara a la planta de la hoja de coca como bien económico transmisible y sucesorio del campesinado habitante de las zonas señaladas en el citado artículo segundo de la ordenanza en análisis, tratamiento que comparto en su integridad con la salvedad de lo que dejo expuesto en lo referente al aspecto formal de su redacción.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 458

Empero, frente al estado actual que advertimos surgen algunas interrogantes que es menester absolver ¿Hasta donde la necesidad de los Gobiernos Regionales de legislar sobre estos temas en la forma en la que lo han hecho conociendo la habitualidad del consumo de hoja de coca de los pobladores de las zonas señaladas en las ordenanzas en cuestión y el peligro que podría entrañar dichas disposiciones sobre temas tan delicados por el aprovechamiento, sin duda, de los narcotraficantes?

Toda ley se da en razones de necesidad histórico –sociales presentes en una comunidad determinada que, en la oportunidad debida, pretende imponer a todos los miembros de dicha sociedad un nuevo comportamiento, una conducta homogénea frente a temática que el legislador considera benéfica al interés general.

Por las razones que se exponen en la sentencia se evidencia que tal necesidad no existía y, por tanto, los dispositivos legales cuestionados resultan, por una parte, ociosos por reiterativos e inútiles, y por otra, irritos por provenir de organismos internos autónomos pero sin facultades competenciales para ello, no obstante las deficiencias y vacíos en la legislación y tratamiento de la temática referida que, como queda dicho, constituyen cargas para el Gobierno Central, hasta hoy no atendidas en la medida de sus exigencias por un Estado poco eficiente.

Sin embargo, el afán vitando que presumiblemente ha llevado a los Gobiernos Regionales demandados a este tipo de comportamiento, que peligrosamente podría ser explotado por los interesados en la producción de la hoja de coca para uso ilegal, debemos entenderlo como actitudes personalisimas de connotación electoral ajenas a servir a dicho interés proscrito por la ley y la moral. En esencia, entonces, las disposiciones cuestionadas no pueden subsistir dentro del ordenamiento jurídico de la nación por las distorsiones precedentemente expuestas.

Estoy de acuerdo con el colega Bardelli Lartirigoyen en cuanto en su voto singular exhorta al Poder Ejecutivo y al Congreso de la República a adoptar las medidas necesarias para concretar en el más breve plazo posible el Programa de Desarrollo Alternativo previsto en el punto IV.C de la Primera Actualización de la Estrategia de la Lucha contra las Drogas 2002-2007, aprobada por Decreto Supremo 006-2005-PCM. Agrego mi pesar por el fracaso evidente de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (DEVIDA), Organismo Publico Descentralizado adscrito al sector de la Presidencia del Consejo de Ministros, encargada de diseñar y conducir la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas que incluye la facultad de percepción de los fondos de Cooperación Internacional destinados a la Lucha contra las Drogas, institución que desafortunadamente aparece convertida en un monumento al burocratismo ineficaz, impotente para propiciar la solución al problema nacional de la producción de cultivos para fines ilícitos, principalmente el de la

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OFICINA
FOJAS 459

hoja de coca, desde una perspectiva social amplia que propugne la reducción progresiva de su cultivo y la implantación de los productos alternativos que la reemplace.

No podemos aceptar tampoco la política injusta de naciones amigas, dirigida a un irracional arrasamiento de los cultivos de coca en el Perú y demás naciones andinas productoras, sin privilegiar como debieran, la lucha frontal en esas sociedades contra los consumidores de drogas, que son los que propician a través de altos precios el destino ilegal de nuestro producto de consumo histórico benéfico para grandes sectores de nuestros pueblos.

SR.
VERGARA GOTELLI