

RAZÓN DE RELATORÍA

Lima, 24 de abril de 2020

Se deja constancia de que en la sesión de Pleno Administrativo y Jurisdiccional no presencial que realizó el Tribunal Constitucional el 7 de abril de 2020, se votó el Expediente 00008-2019-PI/TC, aprobándose por mayoría el proyecto de sentencia presentado por el magistrado ponente Sardón de Taboada, cuyo texto se procede a publicar, conjuntamente con los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, y el voto singular del magistrado Blume Fortini.

Por acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional del 23 de abril de 2020, el texto de la ponencia y de los votos mencionados se publican en la fecha y serán suscritos por los magistrados en su oportunidad, para su notificación.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0008-2019-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 7 de abril de 2020

Caso ATU

Municipalidad Provincial del Callao c. el Congreso de la República

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30900, Ley que crea la Autoridad de Transporte Urbano de Lima y Callao – ATU.

Magistrados firmantes:

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARREDA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES	3
A. PETITORIO	3
B. DEBATE CONSTITUCIONAL	3
B.1 DEMANDA	3
B.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA	5
II. FUNDAMENTOS	8
§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA	8
§2. PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA DE LA LEY 30900	9
§3. PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO DE LA LEY 30900	9
3.1. AUTONOMÍA MUNICIPAL Y ESTADO PERUANO	9
3.2. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES	10
3.3. COMPETENCIA PARA REGULAR EL TRANSPORTE TERRESTRE	13
3.4. CREACIÓN DE LA ATU, LA TRANSFERENCIA DE PERSONAL Y BIENES, Y LA CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL	15
III. FALLO	17

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de abril de 2020, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con los abocamientos de los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular del magistrado Blume Fortini.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio

El 1 de abril de 2019, el alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, don Pedro Jorge López Barrios, solicita que se declare la inconstitucionalidad de la Ley 30900, Ley que crea la Autoridad de Transporte Urbano de Lima y Callao (ATU), por vulnerar los principios de primacía de la Constitución, jerarquía de las normas jurídicas, inviolabilidad de la Constitución y autonomía municipal.

B. Debate constitucional

Las partes postulan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición objetada que, a manera de resumen, se presentan a continuación.

B.1 Demanda

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

La demanda es admitida a trámite contra la Presidencia del Congreso de la República. Refiere que la ley cuestionada fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de diciembre de 2018, que establece amplias competencias a favor de la ATU, en materia de transporte terrestre de personas, condiciones de acceso y operación en la prestación de dicho servicio, afectando las competencias que la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades le confieren.

Además, la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 30900 dispone que, en el plazo de 90 días calendarios a partir de su publicación, la Municipalidad Metropolitana de Lima y la Municipalidad Provincial del Callao deben transferir a la ATU el acervo documentario, bienes muebles e inmuebles, pasivos, obligaciones, contratos, recursos y personal vinculado al ejercicio de la función de transporte terrestre de personas.

Asimismo, la Duodécima Disposición Complementaria Final de la citada ley refiere que, dentro de los plazos de transferencia y fusión, las entidades concedentes en los contratos de concesión para la prestación de los servicios de transporte terrestre de personas o para la prestación de los servicios complementarios al servicio de transporte terrestre de personas deben suscribir contratos de cesión de posesión contractual a favor de la ATU.

Sustenta su demanda en la autonomía de los Gobiernos municipales, el principio de supremacía de la Constitución y la libertad de contratar, previstos en los artículos 194, 51 y 62 de la Constitución. Asimismo, se apoya en el artículo 195, inciso 8, que establece que los Gobiernos locales son competentes para desarrollar y regular actividades o servicios en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito, conforme a ley.

Refiere que, conforme a los artículos 73 y 75 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, las municipalidades provinciales ejercen funciones en viabilidad, tránsito, circulación y transporte público. Además, ninguna persona o autoridad puede ejercer las funciones específicas que son de competencia municipal exclusiva. En ese sentido, el artículo 81 de la citada norma establece cuáles son las funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales.

Estas disposiciones son concordantes con el artículo 17 de la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, conforme al cual las municipalidades provinciales tienen facultades normativas, de gestión y de fiscalización en materia de transporte y tránsito terrestre.

Por ello, considera que la decisión de crear la ATU es contraria a las disposiciones expuestas, y contraviene las disposiciones conferidas al Gobierno local provincial por la Constitución (infracción directa) y al bloque de constitucionalidad (infracción indirecta), sobre todo cuando, a través de una ley ordinaria, se transgrede la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades.

Refiere que tampoco se ha considerado que, para realizar un trabajo conjunto, debe existir igualdad de condiciones y posiciones entre los integrantes del Consejo Directivo, más aún cuando es el Callao quien mantiene más rutas de interconexión bajo su administración.

Por ello, la conformación del Consejo Directivo del ATU vulnera los derechos constitucionales adquiridos de la Municipalidad Provincial del Callao, favoreciendo a la comuna limeña, la que cuenta con 3 votos, mientras que el Callao solo con 1, lo que transgrede los principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad.

De esta manera, el transporte público, en todas sus modalidades, estaría condicionado a las decisiones de la Municipalidad Metropolitana de Lima, sin ningún tipo de restricciones, toda vez que contaría con la mayoría absoluta de votos, adicionando los

votos de los representantes de las otras autoridades, todas radicadas en Lima. Lo correcto sería la existencia de equilibrio y paridad entre los representantes de ambas comunas, lo que redundaría en beneficio de los vecinos de ambos municipios.

B.2 Contestación de la demanda

El 15 de agosto de 2019, el apoderado especial del Congreso de la República, don Jorge Campana Ríos, contesta la demanda y solicita que aquella sea declarada infundada, pues la Ley 30900, Ley que crea la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU), no contraviene la Constitución ni por la forma ni por el fondo, ni total ni parcialmente, ni tampoco directa o indirectamente.

Refiere que la demanda debe ser declarada improcedente, pues, conforme lo establece el inciso 3 del artículo 101 del Código Procesal Constitucional, la demanda no indica específicamente qué artículos de Ley 30900 vulneran la Constitución, lo que evidencia una falta de diligencia procesal.

Sobre la supuesta vulneración de la autonomía municipal, la parte demandada hace notar que el Tribunal Constitucional ha afirmado que la autonomía municipal no es absoluta, ya que se gradúa en intensidad en relación con los intereses supralocales y a la coparticipación de otros órganos estatales (Sentencia 00007-2002-AI/TC, parte pertinente del fundamento 9).

La ley materia de análisis tiene por objeto garantizar el funcionamiento de un sistema integrado de transporte de Lima y Callao que permita satisfacer la necesidad de traslado de los pobladores de dichas provincias, de manera eficiente, sostenible, accesible, segura, ambientalmente limpia y de amplia cobertura, conforme a lo dispuesto por el artículo 73 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, sobre provincias conurbadas.

El Tribunal Constitucional ha puesto énfasis en el poder limitado de la autonomía municipal y en la imposibilidad de que sea contrapuesta al principio de unidad del Estado (Sentencia 00013-2003-AI/TC, fundamentos 8 y 9). Esta autonomía no es un derecho subjetivo, sino un conjunto de facultades y competencias que deben ser expresamente atribuidas por la Constitución y las leyes.

Sobre la supuesta vulneración de las competencias de las municipalidades provinciales, la parte demanda hace notar que el inciso 8 del artículo 195 de la Constitución establece que los Gobiernos locales son competentes para desarrollar y regular actividades y servicios en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito, entre otros, conforme a ley. Las leyes que regulan las competencias en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito son la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre; la Ley 27783, Ley de Bases de Descentralización; y la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

Así, las competencias reconocidas en materia de transporte, en atención a la descentralización prevista en la Constitución, permiten comprobar que existen competencias compartidas, así como una distribución de estas entre los diferentes niveles de Gobierno. En materia de transporte, la Ley 30900 atiende dos aspectos íntimamente relacionados:

- Modificar el artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades para contemplar, excepcionalmente, que, cuando se trate de circunscripciones conurbadas, la prestación de los servicios que sirven al conjunto de la aglomeración urbana se regule por ley expresa; determinar al organismo responsable de la prestación integrada del servicio público local; precisar su ámbito de competencias y funciones; e incorporar en su dirección la participación de representantes del Poder Ejecutivo y de las municipalidades provinciales involucradas.
- Crear la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU).

Esta ley se origina en el consenso general sobre la necesidad de tomar medidas encaminadas a ejecutar políticas de mejora a la problemática del transporte en el caso de Lima Metropolitana y el Callao.

El fenómeno del crecimiento de las ciudades y su conurbación fue contemplado inicialmente en la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, cuyo artículo 17 contemplaba alternativas para la gestión común del transporte de tránsito terrestre: un régimen de gestión común o una solución arbitral en caso de no establecerse dicho régimen. Las Municipalidad Metropolitana de Lima y la Municipalidad Provincial del Callao no llegaron a un entendimiento para el funcionamiento de un régimen de gestión común. Ese es uno de los principales motivos detrás de la dación de la Ley 30900.

La Ley 30900 realiza un diseño de competencias con las siguientes características:

- a. Establece una norma de excepción, que establece la forma de prestación de servicios públicos locales para el caso específico de circunscripciones provinciales conurbadas.
- b. Regula expresamente la prestación de servicios públicos locales que sirven al conjunto de la aglomeración urbana.
- c. Determina las normas básicas para el funcionamiento del organismo que ejerce la titularidad de funciones específicas.
- d. Establece una coordinación y coparticipación del Poder Ejecutivo y las municipalidades provinciales involucradas —en el caso, de Lima y Callao—, para el ejercicio de competencias compartidas a través de sus representantes en el Consejo Directivo de la ATU, designados atendiendo al principio democrático de paridad (4 miembros representantes del Poder Ejecutivo y 4 miembros

representantes de las Municipalidad Metropolitana de Lima y la Municipalidad Provincial del Callao.

- e. La conurbación se identifica y declara expresamente conforme a ley.

La delimitación y restricción de competencias de las municipalidades afectadas persigue un sistema que privilegie al ciudadano y que eleve su calidad de vida, atendiendo al interés común y utilidad pública, en sintonía con el régimen unitario de Gobierno consagrado en el artículo 43 de la Constitución. La modificación introducida en la Ley Orgánica de Municipalidades hace posible entender el objeto de la ley cuestionada y de la ATU.

La Ley 30900, además, mantiene a los representantes de los Gobiernos locales dentro del Consejo Directivo de la ATU, órgano de dirección de esta, la cual es la solución menos gravosa respecto de las competencias de las Municipalidad Metropolitana de Lima y la Municipalidad Provincial del Callao.

Por lo expuesto, la Ley 30900 no vulnera las competencias municipales, sino que las reasigna para un supuesto excepcional, justificado, razonable y proporcional, con el objeto de defender y promover el respeto a la dignidad de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, así como a la protección de sus derechos (a su integridad moral, psíquica y física; a su libre desarrollo y bienestar; a transitar por el territorio nacional; a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso; así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida), a la vez que permite que el Estado cumpla con promover el bienestar general que se funda en la justicia y en el desarrollo integral equilibrado de la Nación (artículo 44 de la Constitución).

Respecto a la supuesta vulneración de la supremacía de la Constitución, la parte demandada señala que la demanda considera que las disposiciones que asignan competencia a los Gobiernos locales son inmodificables o inmutables, y que su autonomía les permite estar por encima de las competencias asignadas a otros órganos del Estado, como el Congreso de la República.

El artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades, modificado, forma parte del bloque de constitucionalidad y es el que habilita para la creación de la ATU para el caso de ámbitos conurbanos en los territorios de las Municipalidad Metropolitana de Lima y la Municipalidad Provincial del Callao.

Respecto a la supuesta afectación a la libertad de contratar, la parte demanda señala que el artículo 62 de la Constitución resguarda la libertad contractual frente a la intromisión de terceros. No puede ser interpretada en el sentido de impedirle al Estado la implementación de reformas que tengan por objeto perfeccionar objetivos constitucionalmente valiosos, siempre que no se afecte el derecho a la libertad contractual.

La Duodécima Disposición Complementaria Final de la Ley 30900, al disponer la cesión de posición contractual de las municipalidades involucradas a favor de la ATU, solo traslada dicha posición de una entidad estatal a otra, donde la ATU asumirá las obligaciones de las entidades concedentes. No modifica ningún término contractual de los contratos de concesión, ni afecta ni vacía de contenido la libertad contractual.

Respecto a la supuesta vulneración de los derechos de la Municipalidad Provincial del Callao, la parte demandada señala que los Gobiernos locales no tienen derechos subjetivos intrínsecos, pues la Administración Pública tiene facultades, funciones y competencias expresamente atribuidas por la Constitución o las leyes correspondientes.

Respecto a la proporción de la representación, el Consejo Directivo de la ATU está compuesto por 4 representantes de las municipalidades provinciales y 4 representantes de los Ministerios de Transporte y Comunicaciones; Vivienda Construcción y Saneamiento; y de Economía y Finanzas. Esta paridad permitirá materializar la coordinación entre dichos niveles de Gobierno.

La parte demandada señala, por otro lado, que no todas las disposiciones de la Ley 30900 tienen carácter de ley orgánica, sino sola y exclusivamente su artículo 2, cuando dispone modificar el artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades en lo referente a las provincias conurbadas, ya que, conforme al artículo 106 de la Constitución, mediante leyes orgánicas únicamente se regula la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, el cual no es el caso de la ATU.

Sin embargo, conforme a las Actas de Votación de la Sesión del Pleno del Congreso de la República del 22 de noviembre de 2018, cuando se aprobó la Ley que Crea la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Calla (ATU), en primera votación se alcanzaron 88 votos, y en la exoneración de la segunda votación se alcanzaron 84 votos, superando el requisito del voto favorable de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso de la República que exige el artículo 106 de la Constitución (66 votos), habiendo sido aprobada dicha norma por amplia mayoría, lo que desvirtúa su presunta inconstitucionalidad por la forma.

Por ello, es posible afirmar que la Ley 30900 no contraviene la Constitución ni por el fondo ni por la forma, total o parcialmente, como tampoco directa ni indirectamente, por lo que el Congreso de la República solicita que se declare infundada la demanda de inconstitucionalidad.

II. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación de la controversia

1. La municipalidad demandante impugna, por razones de fondo, la constitucionalidad de la Ley 30900, Ley que crea la Autoridad de Transporte Urbano de Lima y Callao (ATU). La demanda cuestiona, pues, la ley en su conjunto.

2. Sin embargo, este Tribunal advierte que las objeciones a su constitucionalidad están dirigidas contra los artículos 1, 2 y 3, referidos al objeto de la norma; la modificación que introduce en la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; y, la creación de la ATU, respectivamente. También se dirige contra la Octava y Duodécima Disposiciones Complementarias Finales.

§2. Presunta inconstitucionalidad por la forma de la Ley 30900

3. La demandante no ha impugnado la inconstitucionalidad formal de la Ley 30900. Sin embargo, antes de evaluar si aquella adolece de vicios materiales, es necesario verificar si tiene vicios de esta naturaleza.
4. El artículo 2 de la Ley 30900 modifica el artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades respecto a las materias que son de competencia municipal. Desde que modifica una ley orgánica, su aprobación requiere, conforme al artículo 106 de la Constitución, de una votación calificada para tal efecto:

Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.

Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

5. Como consta en su Expediente Virtual Parlamentario, esta ley fue aprobada en primera votación por 88 votos y exonerada de segunda votación por 84 votos. Así, se cumplió el requisito constitucional establecido para la modificación de la Ley Orgánica de Municipalidades.
6. Por esta razón, cabe afirmar que la aprobación de la Ley 30900 no tiene vicios formales de inconstitucionalidad.

§3. Presunta inconstitucionalidad de fondo de la Ley 30900

3.1. Autonomía municipal y Estado peruano

7. La municipalidad demandante alega que la norma impugnada afecta su autonomía. La autonomía municipal está establecida por el artículo 194 de la Constitución en los términos siguientes:

Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia

8. Por otro lado, la Constitución establece, en sus artículos 188, 189 y 194, que la descentralización es un proceso de desarrollo integral y armónico, llevado a cabo a través de la asignación de competencias a los Gobiernos regionales y locales.
9. Este Tribunal ha afirmado que los Gobiernos locales ejercen el poder del Estado de forma descentralizada, en las distintas provincias y distritos del país, orientados por los intereses y necesidades particulares de sus vecinos. La Constitución y las leyes que la desarrollan establecen cuáles son sus atribuciones y competencias, dentro del ámbito territorial delimitado por el Congreso de la República (Sentencia 00008-2010-PI, fundamento 6).
10. De hecho, el artículo 43 de la Constitución establece que el Gobierno peruano es unitario, representativo y descentralizado, puesto que “El Estado es uno e indivisible”.
11. Por otro lado, el artículo 189 de la Constitución señala que en el territorio de la República “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”.
12. De esta manera, el proceso de descentralización no desemboca en uno de desintegración, ni la autonomía que la Constitución reconoce a las municipalidades se convierte en autarquía.
13. El ejercicio de las competencias que corresponde a los Gobiernos locales debe realizarse dentro del marco legal, y en coordinación con otras entidades que tienen competencias específicas sobre la materia. Así, el artículo 195, inciso 8, de la Constitución establece que corresponde a los Gobiernos locales:

Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.
14. El ejercicio de tales competencias no es irrestricto, pues, como establece dicho inciso, ha de hacerse *conforme a ley*, lo que obliga a que el Congreso de la República emita la legislación pertinente, estableciendo mecanismos de coordinación con otros Gobiernos locales o entes administrativos.
15. Al regular el ejercicio de estas competencias es que el Congreso de la República ha emitido la Ley Orgánica de Municipalidades; y, en relación con la competencia de transporte colectivo, circulación y tránsito, la Ley 27181, Ley de Transporte y Tránsito Terrestre.

3.2. Modificación del artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades

16. La municipalidad demandante señala que la ley impugnada afecta las competencias que le corresponden por lo dispuesto tanto en el artículo 73 como por los artículos 75 y 81 de la Ley Orgánica de Municipalidades, conforme a las cuales las municipalidades provinciales ejercen funciones en vialidad, tránsito, circulación y transporte público.
17. También señala al artículo 17 de la Ley 27181, Ley de Transporte y Tránsito Terrestre, conforme al cual las municipalidades provinciales tienen facultades normativas, de gestión y de fiscalización en materia de transporte y tránsito terrestre.
18. Por ello, corresponde al Tribunal Constitucional controlar el ejercicio de la potestad legislativa para evaluar si la ley impugnada es constitucionalmente válida. En este caso, el artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece:

La Ley de Bases de la Descentralización establece la condición de exclusiva o compartida de una competencia.

Las funciones específicas municipales que se derivan de las competencias se ejercen con carácter exclusivo o compartido entre las municipalidades provinciales y distritales, con arreglo a lo dispuesto en la presente ley orgánica.

Dentro del marco de las competencias y funciones específicas establecidas en la presente ley, el rol de las municipalidades provinciales comprende:

- (a) Planificar integralmente el desarrollo local y el ordenamiento territorial, en el nivel provincial.

Las municipalidades provinciales son responsables de promover e impulsar el proceso de planeamiento para el desarrollo integral correspondiente al ámbito de su provincia, recogiendo las prioridades propuestas en los procesos de planeación de desarrollo local de carácter distrital.

- (b) Promover, permanentemente la coordinación estratégica de los planes integrales de desarrollo distrital. Los planes referidos a la organización del espacio físico y uso del suelo que emitan las municipalidades distritales deberán sujetarse a los planes y las normas municipales provinciales generales sobre la materia.
- (c) Promover, apoyar y ejecutar proyectos de inversión y servicios públicos municipales que presenten, objetivamente, externalidades o economías de escala de ámbito provincial; para cuyo efecto,

suscriben los convenios pertinentes con las respectivas municipalidades distritales.

- (d) Emitir las normas técnicas generales, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo así como sobre protección y conservación del ambiente.

Cuando se trate del caso de municipalidades conurbadas, los servicios públicos locales que, por sus características, sirven al conjunto de la aglomeración urbana, deberán contar con mecanismos de coordinación en el ámbito de la planificación y prestación de dichos servicios entre las municipalidades vinculadas, de modo que se asegure la máxima eficiencia en el uso de los recursos públicos y una adecuada provisión a los vecinos.

19. La actual versión del artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades agrega los siguientes dos párrafos:

Excepcionalmente, cuando se trate de circunscripciones provinciales conurbadas, la prestación de servicios públicos locales que sirven al conjunto de la aglomeración urbana, se regula por ley expresa. En tal caso la ley determina el organismo responsable de la prestación integrada del servicio público local, precisa su ámbito de competencia y funciones e incorpora en su dirección la participación de representantes del Poder Ejecutivo y de las municipalidades provinciales cuyas circunscripciones están involucradas. Dicho organismo ejerce la titularidad de las funciones en la materia para el conjunto del ámbito de las provincias conurbadas.

Los ámbitos conurbados, a que se refieren los párrafos precedentes, son debidamente identificados y declarados conforme a ley en la materia. La prestación de servicios públicos locales debe asegurar la mayor eficacia y eficiencia en el uso de recursos públicos y una adecuada provisión del servicio a los vecinos.

20. El fenómeno de la conurbación ya aparecía regulado en la Ley Orgánica de Municipalidades, pero se dejaba abierta su solución a la coordinación entre las municipalidades vinculadas. Con la nueva norma, el legislador opta por una solución más directa, aplicable para cualquier caso de conurbación que se presente en el territorio nacional, siempre que se den los supuestos contenidos en la norma.
21. La reforma legal impugnada señala que, cuando hay conurbación, debe haber un organismo que *coordine* la prestación eficiente de los servicios públicos. Esta reforma legal crea una *estructura* para atender una *función* que ya había sido antes identificada como necesaria. Los “mecanismos de coordinación” de la versión original ahora son asignados a un “organismo responsable”.

22. El artículo 75 de la Ley Orgánica de Municipalidades, por su parte, establece una garantía para preservar las competencias otorgadas a los Gobiernos locales. Su segundo párrafo refiere, además, que las disposiciones de esta ley son de cumplimiento obligatorio, cuando concuerden con normas técnicas de carácter nacional.
24. Esta disposición no ha sido afectada por la modificación del artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades, pues el procedimiento previsto para garantizar el funcionamiento de los servicios públicos locales, cuando existan circunscripciones conurbadas, es conforme con lo regulado en el artículo 195, inciso 8, *in fine*, de la Constitución.
25. Así, los artículos 73 y 75 citados no se contradicen, pues la actuación de los Gobiernos locales, en los asuntos de su competencia, debe sujetarse a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades, sea en el ejercicio de competencias exclusivas, compartidas o cuando deban adoptar decisiones coordinadas.
26. En ese sentido también debe interpretarse el artículo 81 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Cuando los Gobiernos locales provinciales actúen en el ejercicio de sus competencias para la prestación de los servicios públicos locales, deben tener presente si su provincia ha sido declarada conurbada. De no existir esta declaración, podrán ejercer las competencias que establece el citado artículo 81.
27. De modo que la regulación introducida por el legislador no contradice ninguna disposición constitucional.

3.3. Competencia para regular el transporte terrestre

28. Cuando la Constitución otorga a los Gobiernos locales competencias normativas en materia de tránsito, no significa que estas sean exclusivas o que puedan ejercerse de cualquier manera. Como ya vimos, la Constitución dispone expresamente que tales competencias deben ejercerse sin contravenir las normas con rango de ley.
29. Además, los dos primeros párrafos del artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades refieren lo siguiente:

La Ley de Bases de la Descentralización establece la condición de exclusiva o compartida de una competencia.

Las funciones específicas municipales que se derivan de las competencias se ejercen con carácter exclusivo o compartido entre las municipalidades provinciales y distritales, con arreglo a lo dispuesto en la presente ley orgánica.

30. Así, la Ley de Bases de la Descentralización señala la naturaleza exclusiva o compartida de una competencia, mientras que la Ley Orgánica de Municipalidades asigna una y otra a los diferentes Gobiernos provinciales y distritales. El artículo 44, inciso 1, de la Ley de Bases de la Descentralización señala lo siguiente:

Las competencias municipales señaladas en los artículos precedentes, se distribuyen en la Ley Orgánica de Municipalidades, según la jurisdicción provincial o distrital, precisando los niveles y funciones en cuanto a normatividad, regulación, administración, ejecución, promoción, supervisión y control.

31. En concordancia, el inciso “c” del artículo 36 de la Ley de Bases de la Descentralización señala como competencia compartida de los Gobiernos regionales la promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel que corresponde, entre otros, al sector transportes, mientras que el inciso “g” del artículo 43 señala como competencia compartida de las municipalidades el transporte colectivo, así como la circulación y tránsito urbano.
32. Por otro lado, el inciso 1 del artículo 27 de la Ley de Bases de la Descentralización señala que las competencias compartidas del Gobierno nacional se rigen por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y las leyes específicas de organización y funciones de los distintos sectores que lo conforman. De acuerdo con los artículos 2, 22 y la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones forma parte de dicho poder.
33. En concordancia con ello, la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones señala, en su artículo 4, que tiene competencia exclusiva en materia de servicios de transporte de alcance nacional e internacional, y tiene competencia compartida con los Gobiernos regionales y Gobiernos locales, conforme a sus leyes orgánicas y sectoriales, en materia de servicios de transporte de alcance regional y local, circulación y tránsito terrestre.
34. De las normas citadas se desprende que los diferentes niveles de Gobierno tienen competencias compartidas en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito. En ese sentido, el artículo 14 de la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, dispone que las competencias en materia de transporte y tránsito terrestre se asignan conforme a ella, con observancia de los reglamentos nacionales; del mismo modo, refiere que las competencias que no sean expresamente asignadas a ninguna autoridad corresponden al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
37. Al detallar quiénes son las autoridades competentes en materia de transporte y tránsito terrestre, su artículo 15 señala no solo a dicho ministerio, sino también a

los Gobiernos regionales y locales, así como a la Policía Nacional del Perú, al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual, y al Ministerio de la Producción.

38. Finalmente, en el artículo 16 precisa que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones es el órgano rector, a nivel nacional, en materia de transporte y tránsito terrestre, con competencias normativas, de gestión y fiscalización, mientras que en el artículo 17 detalla cuales son las competencias de los gobiernos locales provinciales, en materia de transporte y tránsito terrestre, de conformidad con las leyes y los reglamentos nacionales.
39. En consecuencia, queda claro que, cuando el legislador crea un organismo responsable de coordinar el ejercicio de las competencias compartidas entre los Gobiernos locales y el Poder Ejecutivo, no afecta la Constitución.

3.4. Creación de la ATU, la transferencia de personal y bienes, y la cesión de posición contractual

40. La Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 30900, contiene la siguiente declaración: “Declárase la existencia de continuidad urbana entre la integridad de los territorios de las provincias contiguas de Lima y constitucional del Callao”
41. Por ello, el artículo 3 de la Ley 30900 dispone:

Créase la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU), como organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con personería jurídica de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, económica y financiera, las que se ejercen con arreglo a la presente ley. Constituye pliego presupuestal. La ATU tiene como objetivo organizar, implementar y gestionar el Sistema Integrado de Transporte de Lima y Callao, en el marco de los lineamientos de política que apruebe el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y los que resulten aplicables.
42. La ATU está adscrita al Ministerio de Transporte y Comunicaciones y debe actuar dentro de los lineamientos que apruebe el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, el que tiene competencias compartidas con los Gobiernos regionales y locales, conforme a sus leyes orgánicas y sectoriales, en transporte de alcance regional y local, circulación y tránsito terrestre.
43. El artículo 10 de la Ley 30900 establece:

10.1 La ATU es dirigida por un Consejo Directivo conformado por ocho miembros, designados por un período de cinco años, mediante

resolución suprema refrendada por el ministro de Transportes y Comunicaciones.

10.2 El Consejo Directivo está conformado de la siguiente manera:

- a) Dos (2) miembros propuestos por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, uno de los cuales lo preside.
- b) Un (1) miembro propuesto por el Ministerio de Economía y Finanzas.
- c) Un (1) miembro propuesto por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.
- d) Cuatro (4) miembros propuestos por las municipalidades provinciales existentes en el territorio, en proporción al número de habitantes y conforme a los mecanismos de designación que se establezca en el Reglamento de Organización y Funciones.

- 44. En este Consejo Directivo participan tanto representantes de las municipalidades conurbadas como de los diferentes ministerios del Poder Ejecutivo detallados en la norma citada. Se advierte una participación paritaria entre los representantes del Poder Ejecutivo y de los Gobiernos locales. En este último caso, su número varía de acuerdo con la cantidad de habitantes, pero, en conjunto, no pueden ser más de cuatro.
- 45. La participación de los representantes del Poder Ejecutivo se sustenta en las competencias que le corresponden en esta materia. Ni los representantes del Poder Ejecutivo ni los de los Gobiernos locales pueden adoptar decisiones por sí solos; se requiere la adopción de decisiones consensuadas por unanimidad o mayoría.
- 46. Esta disposición es consistente con lo dispuesto en el artículo 73 modificado de la Ley Orgánica de Municipalidades, el que, como ha quedado expuesto, es constitucional.
- 47. Dentro de esa lógica, las disposiciones emitidas para la implementación de la ATU —como la Octava y la Duodécima Disposición Complementaria Finales de la Ley 30900, referidas a la transferencia del acervo documentario, bienes muebles e inmuebles, pasivos, obligaciones, contratos, recursos, y personal vinculado al ejercicio de la función de transporte terrestre de personas y a la suscripción de los contratos de cesión de posesión contractual a favor de la ATU— tampoco contradicen la Constitución.
- 48. La transferencia de bienes, recursos y personal se realiza, pues, entre entidades estatales; la cesión de posición contractual ocurre también entre entidades estatales. Ello no implica la modificación de los contratos o el desconocimiento de las obligaciones y derechos derivados de los mismos. Los contratos se mantienen vigentes. Pero esto no significa tampoco que las partes no puedan acordar, libremente, introducir cambios o ajustes en los contratos. Sí pueden hacerlo, cuando lo consideren necesario y oportuno.

49. En ese sentido, no puede sostenerse que la municipalidad demandante es titular de algún derecho, como se alega en la demanda. Como órgano de Gobierno local, tiene las competencias que la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades le conceden, las que debe ejercer dentro del marco de la ley.
50. En consecuencia, este Tribunal Constitucional concluye que la Ley 30900 tampoco contiene vicios materiales que afecten su constitucionalidad.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE SARDÓN DE TABOADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el mayor respeto por mis colegas magistrados, si bien estoy de acuerdo con el sentido de la ponencia, considero necesario realizar algunas precisiones:

1. El problema del transporte público entre las circunscripciones territoriales de Lima Metropolitana y el Callao no es reciente. En el Informe Defensorial 137 del año 2008, la Defensoría del Pueblo da cuenta que existen por los menos 121 rutas de interconexión entre Lima y Callao a nivel de transporte urbano, lo que permite una gran afluencia de pasajeros entre ambas zonas. Sin embargo, el citado informe menciona también que existen problemas de coordinación entre ambas comunas para la gestión del transporte urbano, que data inclusive desde el año 1996.
2. A la situación descrita, el Proyecto de Ley 01719/2017-PE presentado por el Poder ejecutivo, que dio origen a la norma que es objeto de análisis en el presente caso, expone razones adicionales sobre la problemática del transporte urbano entre Lima y Callao:
 - a) Por ejemplo, que hay hasta 4 entidades con competencias para regular y gestionar el transporte urbano entre Lima Metropolitana y el Callao, lo que ha generado ineficiencia por la falta de coordinación entre las mismas.
 - b) Que el transporte terrestre urbano entre Lima y Callao representa el 60% del transporte urbano a nivel nacional, en el que además se presentan diversos problemas como son la informalidad, deficiente fiscalización del servicio, inseguridad para el ciudadano, contaminación ambiental, entre otros.
 - c) Que desde la entrada en vigencia de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre han transcurrido más de 17 años sin que las municipalidades de Lima Metropolitana y el Callao hayan podido siquiera ponerse de acuerdo en la existencia de continuidad urbana, lo que hace mucho más difícil que se pongan de acuerdo en un régimen de gestión común.
3. Dicho contexto, sin duda, exige una mejor gestión del servicio de transporte urbano ya que, como lo señaló la Defensoría del Pueblo, “su adecuada regulación y su prestación no sólo influyen decisivamente en la libertad de circulación de los individuos, sino que afectan el ejercicio efectivo de otros derechos, así como el bienestar y la calidad de vida en las ciudades” (Informe Defensorial 137 El Transporte Urbano en Lima Metropolitana: Un desafío en defensa de la vida. Lima, 2008. p.59).
4. Estas son las razones, a mi consideración totalmente válidas, que justificarían la creación de una autoridad de transporte urbano entre las circunscripciones de Lima Metropolitana y el Callao, a través de la Ley 30900. Ahora bien, en el presente caso

es la propia Municipalidad Provincial del Callao quien, a través de su alcalde, solicita que se declare la inconstitucionalidad de la citada norma, lo que es motivo de debate en la presente sesión.

5. Como lo señalé precedentemente, estoy de acuerdo con los argumentos vertidos en la ponencia, así como la decisión emitida en el fallo, que apoyan la constitucionalidad de la Ley 30900, “Ley que crea la Autoridad de Transporte Urbano de Lima y Callao-ATU”. Adicionalmente, quisiera ahondar en tres puntos concretos, que a continuación expondré.

Sobre la inclusión del informe del Consorcio Empresarial del Callao como tercero

6. A través de su jurisprudencia, este Tribunal ha establecido que en el proceso de inconstitucionalidad es posible la intervención de ciertos sujetos procesales que tengan calidad de parte (litisconsorte), pero también se ha admitido a aquellos que sin tener dicha calidad acreditan los requisitos para intervenir como tercero, partícipe o amicus curiae, siempre y cuando cumplan con los presupuestos.
7. Concretamente, sobre la figura del “tercero” en un proceso de inconstitucionalidad, este Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

(...) Este Tribunal Constitucional tiene decidido que bajo la figura del tercero pueden intervenir aquellas entidades que agrupen a colectivos de personas cuyos derechos subjetivos pudieran resultar de relevancia en la controversia constitucional (fundamento 24 del Auto 0025-2005-PI/TC), puesto que una de las finalidades del proceso de control concentrado de las normas es garantizar la vigencia de los derechos fundamentales (dimensión subjetiva) (Auto 0005-2015-PI/TC, fundamento 8).

8. En el presente caso se advierte que la ponencia no toma en cuenta el informe de fecha 20 de febrero de 2020 presentado a este Tribunal Constitucional por el Consorcio Empresarial del Callao, que fue admitido como tercero mediante auto de fecha 2 de diciembre de 2019. Cabe señalar además que en el informe referido solicita que la demanda sea declarada fundada, por lo que considero importante que se incorpore a la ponencia el referido informe a fin de conocer la tesis interpretativa que propone dicho tercero.

Sobre el carácter de “Ley Orgánica” de la Ley 30900

9. Sobre la naturaleza de una Ley denominada orgánica, este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00023-2008-PI/TC ha señalado lo siguiente:

8. Con relación a la naturaleza de las leyes orgánicas, este Tribunal Constitucional ha dejado en claro que el modelo

previsto en el artículo 106° de la Constitución es uno que preserva el principio de unidad en la interpretación de la Carta. En tal sentido debe considerarse que dicha norma contempla dos rubros que deben regularse mediante ley orgánica (STC N.º 00047-2004-AI/TC, fundamento 16): (i) la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas de forma expresa por la Constitución, así como aquellas que, debido a su relevancia constitucional, también gozan de tal calidad; y (ii) las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución, tales como los mecanismos de participación ciudadana (artículo 31°), la explotación de los recursos naturales (artículo 66°) o las acciones de garantías constitucionales (artículo 200°).

9. La prerrogativa especial que revisten las leyes orgánicas hace que, de forma complementaria al debate y trámite legislativo necesario para su aprobación, éstas deban cumplir con los siguientes elementos adicionales: (i) la reserva material, (ii) el quórum mínimo requerido y (iii) la intención del legislador a fin de garantizar la transparencia y los mecanismos de control político en la adopción, modificación o derogación de una ley orgánica.

10. Al respecto, la ponencia no deja clara si la Ley 30900 tiene el carácter de Ley Orgánica en su totalidad o no. Y es que, a partir de un análisis de esta norma con la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, se advierte que no solo se ha modificado el artículo 73 de esta última, sino también otras disposiciones como son los artículos 81 (numerales 1.1; 1.2; 1.4; 1.7; 1.8 y 1.9) sobre las funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales en materia de transporte público; y 161 (numerales 7.1 y 7.4), referidos a la regulación de transporte público por la Municipalidad Metropolitana de Lima.
11. En ese sentido, no solo tendría carácter de Ley Orgánica el artículo 2 de la Ley 30900, como aduce la parte demandada, sino también sus artículos 5 y 6, que modifican los artículos 81 y 161 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Esto tendría que ser aclarado en la ponencia.
12. Esta situación, por cierto, ya ha sido advertida por la Secretaría de Coordinación de la Presidencia del Consejo de Ministros en el Oficio D000454-2020-PCM-SC de fecha 05 febrero 2020.

Sobre la presunta vulneración de la autonomía municipal y el retroceso en el proceso de descentralización con la creación de la ATU

13. Por otro lado, mediante escrito de fecha 26 de agosto de 2019, el demandante presentó a este Tribunal alegatos adicionales en los que señala, entre otros puntos, que la creación de la ATU contraviene la autonomía de los gobiernos municipales y

vulnera abiertamente el artículo 4 de la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, que señala que el proceso de descentralización es irreversible.

14. Ciertamente, como lo ha reconocido el propio demandado y como se señala en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 01719/2017-PE, la creación de la ATU sí conlleva un recorte de las competencias de la Municipalidad de Lima Metropolitana y de la Municipalidad Provincial del Callao en la gestión del transporte urbano en sus circunscripciones, toda vez que las mismas ahora estarán a cargo de la ATU, organismo técnico especializado adscrito al sector Transportes y Comunicaciones. Ello, sin duda, constituye una limitación al principio de autonomía municipal.
15. Sin embargo, como ya lo ha señalado este Tribunal la garantía institucional de la autonomía municipal no puede contraponerse, en ningún caso, al principio de unidad del Estado. Por tanto, en el ejercicio de su autonomía los gobiernos locales deben respetar el sistema de competencias establecido en la Constitución, en las leyes orgánicas y, de ser el caso, en leyes ordinarias [STC. Exp. 00054-2004-AI/TC (Fundamento 5)].
16. En segundo lugar, la restricción en las competencias de las municipalidades señaladas debe analizarse a la luz del Test de Proporcionalidad. Al respecto, este Tribunal Constitucional en la STC. Exp. 00001-2008-PI/TC ha señalado lo siguiente:
 18. El test de proporcionalidad es una herramienta argumentativa mediante la cual se pretende analizar una norma cuyos efectos implican una intervención en algún derecho fundamental o bien constitucional. Por intervención se entiende el establecimiento de una prohibición, un mandato o una permisión que implique alguna injerencia en un derecho fundamental. En tal sentido, mediante el test de proporcionalidad se determina si es que tal medida adoptada es constitucionalmente legítima o ilegítima. Dicho *test* está compuesto por los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *en sentido estricto*.
 19. El primero de tales subcriterios, *idoneidad*, comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio-fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se pretende alcanzar con aquél. En cuanto al subcriterio de necesidad, impone adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida aquella que genera menos aflicción sobre el derecho

fundamental. Una medida será innecesaria o no satisfacerá este segundo subcriterio cuando la adopción de un determinado medio significa, o importa, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario, del derecho limitado. Por último, mediante el subcriterio de proporcionalidad en sentido estricto, se busca establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, a través de un balance entre sus costos y sus beneficios. Rige aquí la ley de la ponderación, según la cual *“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”* [STC 2235-2004-AA, fundamento 6]

17. A la luz del referido Test de Proporcionalidad, soy de la opinión que la restricción de competencias para la gestión del transporte urbano a la Municipalidad recurrente es constitucional, en aplicación del test de proporcionalidad. Así:

- a) La creación de la ATU es **idónea** para garantizar la protección de derechos fundamentales como la vida, la salud, la paz y la tranquilidad pública de los ciudadanos que son usuarios del servicio de transporte urbano entre las circunscripciones de Lima y el Callao. Ello, en la medida que pretende garantizar una mejor gestión del mismo a través de una entidad especializada, en concordancia además con la normativa, los planes y las políticas públicas adoptadas a nivel nacional.
- b) Asimismo, considero que la medida es **necesaria**, ya que no existe otro mecanismo que pueda conseguir el mismo objetivo y que sea menos restrictivo de la garantía de autonomía municipal. De hecho, como se ha expuesto en los antecedentes del proyecto de ley del Ejecutivo, así como en los dictámenes de las comisiones evaluadoras del Congreso, desde la entrada en vigencia de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre han transcurrido más de 17 años, sin que las municipalidades de Lima Metropolitana y el Callao hayan podido siquiera ponerse de acuerdo en la existencia de continuidad urbana, lo que hace mucho más difícil que se pongan de acuerdo en un régimen de gestión común.
- c) Finalmente, considero que la creación de la ATU es una medida **proporcional**, porque: i) por un lado, supone una restricción solo de intensidad leve a la autonomía municipal, ya que la ATU está conformada también por representantes de los municipios provinciales donde ejerce competencia, conforme lo dispone el artículo 10 de la Ley 30900, por lo que todavía tendrán capacidad de decisión en asuntos de transportes; ii) mientras que el nivel de protección de los derechos a la vida, la salud, a la paz y tranquilidad públicas, con la creación de la ATU, será de intensidad alta.

En razón a lo expuesto, apoyo la ponencia propuesta, que declara **INFUNDADA** la demanda, tomando además las consideraciones adicionales analizadas en el presente voto.

S.

MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados. Sin embargo, deseo añadir algunas consideraciones que estimo pertinente:

Sobre nuestra forma de Estado y el proceso de descentralización territorial

1. A lo largo de nuestra historia la descentralización territorial en el Perú, más que una práctica concreta seguida de manera consecuente, muchas veces ha sido, ante todo, un discurso bien intencionado, o inclusive, aunque sea duro decirlo, una promesa objeto de manipulación por diversos sectores. En dicho escenario, se aprecia cómo hasta la fecha continúa existiendo una serie de imprecisiones y problemas no resueltos en torno a la descentralización territorial, tanto es así que aun no existen posiciones bien definidas en diversos asuntos cuya relevancia es insoslayable. De esta manera, y como cuestión principal, ha sido difícil esclarecer con precisión cuál es la forma de Estado peruano, forma que, por lo demás, ha ido mutando en el tiempo, hasta llegar al modelo previsto en nuestra Constitución de 1993 (el cual, por cierto, fue objeto también de algunas importantes reformas).
2. En relación con el proceso de descentralización territorial, este ha sido una preocupación constante para el Tribunal Constitucional, a la cual ha debido atender de manera recurrente, por ejemplo, con ocasión de resolver conflictos de competencias que se presentan entre los diversos niveles de gobierno (nacional, regional y local), fricciones que, en nuestro modelo de jurisdicción constitucional, deben ser canalizados a través de los procesos competenciales y los procesos de inconstitucionalidad (estos últimos, cuando el conflicto de competencias se sustenta en normas con rango de ley).
3. En ese marco, es claro que la descentralización territorial implica un redimensionamiento completo respecto del ejercicio del poder político. De este modo, la descentralización constituye una importante opción para acercar el gobierno a los ciudadanos, democratizando la toma de aquellas decisiones que, en líneas generales, pueden ser consideradas como la de mayor relevancia en nuestra sociedad, o también aquellas que tienden a apuntalar modelos alternativos de desarrollo social y económico. Así, y manteniéndonos en el contexto propio de la forma de Estado unitario, la descentralización territorial se presenta entonces en el Perú como una necesidad estrechamente vinculada con la democracia y el desarrollo social, que merece una atención y materialización impostergable.
4. Ya en el ámbito normativo, vemos que, de una lectura conjunta de los artículos 43 (el gobierno peruano es unitario y descentralizado) y 188 (sobre el proceso de descentralización) de la Constitución, la forma del Estado peruano puede ser calificada, como también lo ha señalado el Tribunal Constitucional, de *Estado*

unitario y descentralizado, o, dicho con otras palabras, de un Estado que se encuentra incurso en un *proceso de descentralización territorial*, el cual es una política permanente del Estado y cuyo objetivo fundamental es el desarrollo integral del país.

5. Ahora bien, nuestra forma de Estado *unitario y descentralizado* no debe confundirse con la de un *Estado unitario con cuotas de desconcentración*, tal como pasaré a explicar. Al respecto, y en primer lugar, respecto a la noción de Estado unitario, se trata de aquella forma estatal que cuenta con un centro de gobierno único o principal, desde el cual se toman las decisiones más importantes dentro de un Estado. En este eventualmente, buscándose tal vez una mejor distribución de competencias, alguna cuota de democratización del ejercicio del poder estatal o quizá el apuntalamiento de modelos de desarrollo alternativo en alguna comunidad en especial, puede ocurrir que se concedan o transfieran determinadas competencias a entes descentralizados, con ciertas, aunque usualmente acotadas, cuotas de autonomía.
6. La desconcentración, por su parte, fue descrita por Hauriou en su momento como una técnica administrativa, la cual es sin duda diferente de la descentralización. Y es que si bien la desconcentración tiene en común con la descentralización que en ambas existe una tendencia centrífuga, que aproxima la Administración al administrado, sin embargo, la desconcentración se encuentra tan solo limitada a delegar ciertas competencias administrativas, en lo que se constituye antes bien una “técnica de autoridad” y no una “técnica de libertad”¹. De este modo, la desconcentración mantiene el centralismo, y si bien no supone que toda la actividad pública se realice en el centro político estatal, únicamente otorga potestades administrativas y, en algunos casos testimoniales, a los niveles subnacionales de gobierno. De esta manera, en un *Estado unitario con desconcentración* no se transfieren competencias ni recursos, pues las dinámicas de reparto y transferencia de competencias, con vocación permanente además, es patrimonio de los procesos de descentralización.
7. Ya respecto a la *descentralización territorial* que caracteriza a nuestro *Estado unitario y descentralizado*, antes que ser una técnica administrativa para trasladar los beneficios del centro político hacia las poblaciones periféricas expectantes, es principalmente una forma de distribución el poder del Estado dentro del territorio. Más específicamente, la descentralización territorial implica la transferencia (y no solo la delegación) de competencias, que pasan del tradicional centro político a las entidades subnacionales (gobiernos regionales y locales en el caso peruano). Así considerado, las regiones y los municipios se erigen como ejes propios de desarrollo, y cuentan con plena autonomía y con espacios propios de participación y de decisión política.

¹ HAURIU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Segunda edición, Ariel, Barcelona, 1980, p. 185.

8. En este sentido, el actual artículo 188 de nuestra Constitución es muy claro cuando señala que “la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización 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”.
9. En este orden de ideas, el desarrollo integral del país –objetivo constitucionalmente consagrado– implica que cada espacio subnacional cuente con las garantías suficientes para plantear sus propias líneas de desarrollo. Con ese propósito, cabe recordar que este Tribunal ha señalado que “(...) nuestra Constitución no sólo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regional y local) 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 (artículos 192.6 y 200.4 de la Constitución)” (STC Exp. n.º 00020-2005-PI, f. j. 38; STC Exp. n.º 00034-2009-PI, f. j. 7).
10. Así considerado, los gobiernos regionales y locales deben contar con condiciones que les permitan decidir y generar su propio desarrollo, tanto a partir de las políticas que adopten de manera autónoma, como también de las relaciones que entablen con el centro y también entre ellas. La descentralización territorial, entonces, queda vinculada a la posibilidad de que cada localidad pueda gozar de autonomía, así como de generar sus propias dinámicas de desarrollo de acuerdo a sus propias decisiones, en un marco de subsidiariedad.
11. Ahora, lo que he anotado hasta el momento sobre nuestra forma de Estado y sobre el proceso de descentralización debe tenerse en cuenta al momento de enfrentar conflictos competenciales como el presente. De manera más específica, en lo que se refiere al llamado “test de competencia”, por ejemplo, al cual suele hacer referencia el Tribunal Constitucional para resolver este tipo de controversias, debemos indicar que este no puede entenderse como un test que arrojará, indubitadamente, una respuesta correcta para cada caso. Por el contrario, el uso de criterios como los de *unidad, cooperación y lealtad* (nacional y regional), o *taxatividad y cláusula de residualidad*, deberán ser entendidos y aplicados siempre respetando nuestra forma de Estado *unitario y descentralizado*. Dicho con otros términos: y es que si bien el nuestro es un Estado unitario (por lo cual opera a favor del gobierno nacional la cláusula de residualidad de las competencias), está inmerso en un proceso de descentralización en el cual existen verdaderas autonomías (que en ningún caso deben ser minimizadas o soslayadas).
12. Así considerado, las respuestas que brinde el Tribunal Constitucional a estas cuestiones no pueden partir de asumir que el gobierno nacional detenta, *prima facie*, algo así como una jerarquía superior frente a los demás niveles de gobier-

no, y que ello se traduzca, por ejemplo, en la primacía de las decisiones del gobierno central, al margen o en perjuicio de las competencias constitucionales y legales establecidas para los diversos niveles de gobierno; o que debe entenderse que es mayor la lealtad constitucional en dirección hacia el gobierno nacional, que hacia los gobiernos regionales o locales; o, finalmente, que todas las decisiones importantes para nuestra comunidad deben ser de competencia del gobierno nacional.

13. Por el contrario, debe tenerse en cuenta que lo que manda en las relaciones entre los diversos niveles de gobierno territorial más bien son las competencias establecidas (expresas, aunque a veces tácitas o implícitas), la residualidad en los supuestos en los que las competencias que no hayan sido reguladas, así como el deber de colaboración y lealtad mutua entre diversos los gobiernos.
14. Ahora bien, esa residualidad en un Estado unitario no implica que las competencias del Gobierno Central se circunscriben a lo asignado a niveles de Gobierno Central, o a lo que desprenda razonablemente de ello. Todo lo contrario: en este escenario, lo que no fue transferido sigue siendo competencia del Gobierno Central.
15. Además, debe tenerse en cuenta que la existencia de existencia de niveles de gobierno subnacional implica que esos espacios cuenten con autonomía, o capacidad de regulación, decisión y gestión en algunos temas, más no en todos los temas. Autonomía no es autarquía. Hay cuotas de poder (competencias) que, si no le han sido transferidas al ente autónomo, ese ente autónomo no está en capacidad de ejercerlas constitucionalmente. De otro lado, si existe regulación que establece, siguiendo las pautas constitucionales previstas, competencias que trascienden a nuestro ámbito subnacional de acción (regiones frente a municipios; estructuras macroregionales; establecimiento de posibles tratamientos de conurbación ante ciudades que, en mérito a su crecimiento, ya no existe solución de continuidad entre ellas, y por lo tanto, demandan un tratamiento conjunto en varios temas), aquello no puede considerarse invasión de nuestras competencias o vulneración de nuestra autonomía.
16. En época más bien reciente, y ante la actuación de un gobierno central que parecía más bien vulnerar las competencias de los municipios provinciales, buen sector de la academia buscó contrapesar ello reforzando la relevancia de la autonomía de esos espacios. Ahora bien, aquella buena intención no puede confundirse con una invocación al ejercicio de poderes municipales ilimitados e incontrolables, percepción lamentablemente levantada por error de algunos, y por claro interés personal o de grupo de otros. Una ley orgánica de municipalidades, o una ley de bases de la descentralización territorial de un Estado unitario descentralizado puede establecer tratamientos distintos o regímenes especiales, y ello, per se, no es inconstitucional. Es más, se presume constitucional mientras no se acredite lo contrario,

Sobre la adscripción de la Autoridad de Transporte Urbano al Ministerio de Transportes y Comunicaciones

17. Corresponde tener en cuenta que la adscripción de un organismo a determinado ministerio implica que pertenece formalmente a su estructura orgánica, pero no supone, necesariamente, que se conduzca como disponga quien conduzca ese ministerio, ya que el organismo adscrito debe en principio estar dotado de autonomía económica, técnica y funcional, tal como sucede con los organismos reguladores y superintendencias que se analizarán a continuación.

18. En el caso peruano, encontramos los siguientes organismos reguladores:

Actividad	Organismo	Adscrito
Promueve el desarrollo de más y mejores servicios públicos de telecomunicaciones, integrando al país en un marco de inclusión, libre competencia y protección de los derechos de los usuarios. Asimismo, establece el marco normativo y regulatorio que deben seguir las empresas operadoras y provee los mecanismos adecuados para la solución de controversias entre empresas y reclamos de los usuarios.	OSIPTEL - Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones	Presidencia del consejo de Ministros
Regula el comportamiento de los mercados y supervisa las condiciones de prestación del servicio de infraestructura de transporte de uso público, en beneficio de los usuarios, los inversionistas y del Estado en el ámbito de su competencia.	OSITRAN - Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público	Presidencia del consejo de Ministros
Contribuye a la prestación de servicios de agua potable y saneamiento, garantizando al usuario que los servicios se den en las mejores condiciones de calidad. Asimismo, establece las condiciones generales de la prestación del servicio promoviendo la conservación y el uso racional del recurso hídrico y del medio ambiente en las 50 empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS), a las cuales se encarga de fiscalizar.	SUNASS - Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento	Presidencia del consejo de Ministros

Es la institución pública encargada de regular y supervisar que las empresas del sector eléctrico, hidrocarburos y minero cumplan las disposiciones legales de las actividades que desarrollan.	OSINERGMIN - Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería	Presidencia del consejo de Ministros
---	--	--------------------------------------

19. Los Organismos Técnicos Especializados, en cambio, se crean por excepción, cuando se necesita planificar y supervisar, o ejecutar y controlar, políticas de Estado de largo plazo que requieren un alto grado de independencia funcional. En muchos casos, estas entidades se encuentran adscritas a ministerios distintos a la Presidencia del Consejo de Ministros.

20. Dentro de esta categoría encontramos las siguientes entidades:

Actividad	Organismo	Adscrito
Promueve el cumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado peruano, mejora las prácticas en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras por parte de este, contribuyendo a mejorar el acceso al mercado estatal y a elevar la calidad del gasto público. Asimismo, se encarga de operar y administrar el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).	OSCE - Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado	Ministerio de Economía y Finanzas
Promueve y regulariza que las actividades económicas en el Perú se desarrollen en equilibrio con el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano. Para ello, se encarga de la evaluación, supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos en los sectores de minería, energía, pesquería e industria.	OEFA - Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental	Ministerio del Ambiente

21. Por otra parte, conviene tener presente que, en el caso peruano, al igual que en otros países, existen actividades que se encuentran regidas por organismos públicos denominados “superintendencia”, y todas ellas (como los reguladores y los organismos técnicos) se encuentran adscritas a distintas instancias del Poder Ejecutivo.

22. Esas superintendencias, como los casos aquí anteriormente reseñados, son órganos formalmente adscritos al Poder Ejecutivo, pero se encuentran dotados de autonomía, funcional, económica, presupuestal y administrativa.

23. En el Perú, tienen carácter de superintendencia las siguientes:

Actividad	Superintendencia	Adscrito
Se encarga de administrar, aplicar, fiscalizar y recaudar los aranceles y tributos del Gobierno Central que fije la legislación aduanera, Tratados y Convenios Internacionales y demás normas que rigen la materia, y otros tributos cuya recaudación se le encomienda; así como la represión de la de la defraudación de Rentas de Aduana y del contrabando, la evasión de tributos aduaneros y el tráfico ilícito de bienes.	SUNAT - Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria	Ministerio de Economía y Finanzas
Se encarga de planificar, organizar, normar, dirigir, coordinar y supervisar la inscripción y publicidad de los actos y contratos en los Registros Públicos que integran el Sistema Nacional de los Registros Públicos.	SUNARP - Superintendencia Nacional de los Registros Públicos	Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos
Se encarga de dictar y supervisar y promover las normas legales que regulan las materias de mercados de valores, mercados de productos y sistemas de fondos colectivos. Asimismo, supervisa el cumplimiento de las normas internacionales de auditoría por parte de las sociedades auditoras habilitadas por un colegio de contadores públicos del Perú, para lo cual puede impartir disposiciones de carácter general concordantes con las referidas normas internacionales de auditoría y requerirles cualquier información o documentación para verificar tal cumplimiento.	SMV - Superintendencia del Mercado de Valores	Ministerio de Economía y Finanzas

Se encarga de registrar, autorizar, supervisar y regular a las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento e salud así como supervisar a las instituciones prestadoras de servicios de salud en el ámbito de su competencia. Asimismo, supervisa que el valor de las prestaciones y contraprestaciones de los servicios proteja los intereses de los asegurados.	SUSALUD - Superintendencia Nacional de salud	Ministerio de Salud
Controlar, administrar, supervisar, fiscalizar, normar y sancionar las actividades en el ámbito de los servicios de seguridad privada, fabricación y comercio de armas, municiones y conexos, explosivos y productos pirotécnicos de uso civil. Ello de conformidad con la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales y la legislación nacional vigente. En esta materia, comprende también la facultad de autorizar el uso de dichas armas.	SUCAMEC - Superintendencia Nacional de control de Servicios de seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil	Ministerio del Interior
Se encarga de administrar, coordinar, controlar, supervisar y fiscalizar los actos de disposición de la propiedad estatal. También está habilitada para celebrar convenios con entidades del sector Público o del Sector Privado nacionales con el propósito de desarrollar proyectos de mejora relacionados con los bienes de propiedad estatal.	SBN - Superintendencia Nacional de Bienes Estatales	Ministerio de Vivienda, construcción y Saneamiento
Se encarga de promover y vigilar las normas laborales. También es competente para aprobar las políticas institucionales en materia de inspección del trabajo, en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales de su competencia.	SUNAFIL - Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral	Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo
Administra, supervisa y fiscaliza el control migratorio; controla la emisión de documentos de viaje a ciudadanos nacionales y extranjeros, y el otorgamiento de la nacionalidad que contribuye a la seguridad y el desarrollo del país.	Superintendencia Nacional de Migraciones	Ministerio del Interior

24. La Superintendencia de Banca Seguros y AFP merece una consideración particular, por cuanto es objeto de una regulación constitucional específica. Y es que en el artículo 87 de la Constitución se establece que

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Congreso lo ratifica.

25. Como podrá apreciarse también en este caso, la organización y autonomía del órgano viene dispuesta por la ley. Aún más, conviene apreciar cómo, en este caso, el Poder Ejecutivo es el que designa al Superintendente, con ratificación por parte del Congreso.
26. De lo expuesto puede concluirse que estos órganos, como por ejemplo lo es ahora la Autoridad de Transporte Urbano de Lima y Callao (ATU), aun cuando se encuentran formalmente adscritos al Poder Ejecutivo, no son simples instancias administrativas dependientes de los dictados del gobierno de turno, sino que, atendiendo a su finalidad de supervisión y control de las distintas actividades, están dotados de autonomía tanto funcional y administrativa como presupuestal y económica. Aquello resulta más notorio cuando vemos la composición del directorio de la ATU, integrado por personas que no provienen ni son nombradas por entidades de gobierno nacional.

Sobre el fenómeno de la conurbación y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de Lima y Callao

27. La Ley Orgánica de Municipales establece de manera expresa las competencias de los municipios, tanto a nivel provincial como distrital. Esto resulta relevante en la medida en que dicha normativa se diferencia claramente de, por ejemplo, la Ley 27181, Ley de Transporte y Tránsito Terrestre, que más bien se ocupa de atender el tema del transporte colectivo, circulación y tránsito.
28. Ahora bien, resulta pertinente resaltar en la mencionada regulación de la Ley Orgánica de Municipalidades, el trato que se le dispensa a un fenómeno excepcional como el de la conurbanización (expresión de uso habitual entre quienes trabajan estos temas), cuyas disposiciones guardan concordancia con lo señalado en el artículo 195 de la Constitución.

29. Así, la conurbanización es un fenómeno que se produce como resultado del constante crecimiento de las ciudades. Y es que tal crecimiento muchas veces trae consigo la fusión de una o más ciudades en un mismo casco urbano que, en los hechos, se integran de tal manera que pasan a formar parte de un mismo sistema, más allá de que haya un reconocimiento de independencia político-institucional o de carácter funcional.
30. En nuestro país, el ejemplo más claro de conurbanización es el que se presenta entre la ciudad de Lima y la provincia constitucional del Callao. Y es que fenómenos tan diversos como la migración, la desaparición de espacios que separaran claramente ambos centros urbanos y la integración social que se ha producido en las últimas décadas, han producido un auténtico *continuum* geográfico entre ambas ciudades, cuyas consecuencias merecen ser atendidas.
31. Precisamente, una de las consecuencias más importante de esta conurbanización es el hecho de que no pueda hablarse de sus sistemas de transporte urbano como si se trataran de dos círculos estancos sin mayor interacción. En efecto, queda claro que la integración social, económica y política de Lima y Callao producen o deben producir efectos en un sistema de transporte con una altísima interacción.
32. Ante esta realidad, considero pertinente señalar que la solución de los problemas en torno al sistema de transporte de Lima y Callao debe partir de una visión integral y unitaria de la materia a enfrentar. Ello, contra lo que pudiera parecer, guarda importantes efectos constitucionales. Y es que políticas públicas adecuadas en este sentido redundan en una protección más efectiva no solo del derecho a la libertad de tránsito, sino que ayudará en el ejercicio de otros derechos fundamentales, en especial, a la educación y al trabajo de todos los ciudadanos de Lima y Callao.

Sobre los así llamados “vicios de forma” y “vicios de fondo”

33. Considero que la distinción realizada en el proyecto entre lo constituye “vicios de forma” y “vicios de fondo” resulta inexacta. A mi parecer, se debe también tomar en cuenta aquellos déficits de deliberación y reflexión que suceden en el ámbito parlamentario, y donde, más aún si partimos de un sistema unicameral como es nuestro caso, no deben ser considerados tan solo como vicios “de forma”. Por el contrario, ellos constituyen graves infracciones que lesionan el principio democrático consagrado en la Constitución. Por ende, su contravención debe tener como directa consecuencia que una norma con rango legal, que haya sido emitida incurriendo en los referidos déficits, deba ser considerada como inconstitucional.
34. Al respecto, los referidos vicios deliberativos solo podrían ser considerados como meros vicios formales desde concepciones puramente ritualistas o mayoritaristas de democracia, conforme a las cuales la democracia equivale a la imposi-

ción de la voluntad política de las mayorías, posiblemente siguiendo las formalidades previstas para ello, pero sin necesidad de ofrecer razones o de argumentar, ni de generar espacios de discusión o de intercambio de ideas, ni de contar con mecanismos de reflexión o de revisión de lo que se decide, pues para dichas concepciones tan solo bastaría con tener los votos suficientes para tomar una decisión. Por el contrario, en el marco del Estado Constitucional contemporáneo la legitimidad de las decisiones públicas se basan en las razones ofrecidas a su favor, y no en la imposición arbitraria del poder, por lo cual bien debe hablarse de un giro argumentativo o deliberativo en la concepción de la democracia.

35. Es más, y en un pronunciamiento muy reciente, este órgano colegiado ha destacado la importancia de la deliberación en el marco de los procesos de toma de decisiones, y en particular de la toma de decisiones en el seno del Congreso de la República. Así, en la STC Exp. n.º 00006-2017-PI (en la que se declaró inconstitucional la llamada “Ley Antitransfuguismo”), este mismo Tribunal sostuvo que:

“3. La democracia representativa, que se presenta en un contexto de pluralismo, contrasta con la noción del liberalismo decimonónico, el cual enfatiza la dimensión homogénea de las sociedades. Este pluralismo ideológico, social, cultural y económico, que es la suma de intereses particulares, debe ser traducido en planteamientos políticos y jurídicos que puedan reflejarse en actuaciones estatales, a fin de hacerlos compatibles con los valores constitucionales. Para ello, es necesario un proceso de deliberación que permita tomar en cuenta esta mixtura de ideas y su compatibilidad con la Constitución.

4. Uno de los espacios idóneos y predominantes para materializar dicho proceso de deliberación es el Congreso. En efecto, este *es un auténtico órgano deliberante*. Es el espacio donde se resuelven las tensiones y desacuerdos que surgen de la propia realidad plural que determina y enmarca las relaciones jurídicas y políticas. No obstante, el proceso deliberativo no debe ser confundido con las actividades que pretenden dar apariencia de deliberación. Y es que *aquellos procesos en los que solo se enfatice el proceso de contabilizar votos distan mucho de ser procesos deliberativos. La cuantificación de votos ha de ser, en todo caso, el resultado de las deliberaciones*, en donde sean las razones de peso las que precedan al conteo de votos, de manera que dicho elemento no sea el determinante, sino las razones que se encuentran detrás de los mismos. *Esta clase de deliberaciones, y no los votos en sí, son los que brindan legitimidad a una decisión y a la entidad que las emite.*

5. Ahora bien, el proceso de deliberación sirve para el intercambio de información, así como colabora en la toma de decisiones. Sin embargo, ello no supone que mediante la deliberación se alcance necesariamente un contexto de certidumbre, pues en ocasiones las decisiones políticas

son tomadas con diferentes grados de discrecionalidad. De este modo, *la deliberación se erige como un proceso indispensable para poder enriquecer el debate* no solo en cuanto a lo referido a la información que se pueda brindar, sino también en cuanto a perspectivas y enfoques. Y es que *es la calidad del proceso deliberativo la que legitima la función legislativa*, de ahí que se afirme que *una norma jurídica se legitima como resultado de la deliberación general* y no de la voluntad general” (cursivas agregadas).

36. De este modo, es claro pues que la legitimidad democrática de las decisiones políticas, y en especial de las legislativas, depende de que hayan sido producto de un intercambio de razones públicas encaminadas a conformar una decisión, y no de la pura imposición de la voluntad de las autoridades.
37. En este sentido, también puede afirmarse que en el ámbito de la toma de decisiones una *deliberación robusta* hace posible que se expresen las diferentes opiniones, creencias o cosmovisiones existentes en una comunidad (plural); que las diferentes voces, incluyendo la de los directamente afectados, así como las de los sujetos y colectivos débiles, puedan ser escuchadas (inclusión); que la adopción de las medidas o decisiones políticas respondan a razones, y no a puras motivaciones subjetivas, irracionales o arbitrarias (racionalización); que las decisiones se amparen en las mejores razones posibles, las que surjan precisamente de un debate abierto, amplio e incluyente (justificación), y finalmente, que los argumentos que se ofrezcan sean razones públicas, en el sentido de que sean unas que puedan ser explicitadas (no debe tratarse de razones subrepticias o inicuas) y que puedan ser aceptadas por todos como legítimas (publicación). En suma, entonces, una deliberación robusta se caracteriza por ser plural, inclusiva, racional, por tender a acoger las mejores justificaciones, las cuales deben tener un carácter público.
38. Como se hace evidente, en relación con estos vicios referidos a la falta de o a la insuficiente deliberación en el marco de la aprobación de una ley, resultaría demasiado restrictivo analizar únicamente si se han respetado los procedimientos de exoneración previstos formalmente, sin atender a que la finalidad de dichos procedimientos es, ante todo, permitir la discusión de ideas, el debate técnico de las propuestas y la revisión reflexiva de las decisiones que se toman.
39. Adicionalmente, debo señalar que la referida inconstitucionalidad debido a déficits deliberativos ha sido objeto de aplicación o desarrollo en países tan cercanos como Argentina o Colombia. En Argentina, por ejemplo, la Corte Suprema de la Nación ha determinado la inconstitucionalidad de algunas normas legales en mérito a que no se permitió la discusión de quienes se verían afectados por la medida aprobada (v. gr. “caso CEPIS y otros c. Ministerio de Energía y Minería”, de 18 de agosto de 2016). En Colombia, por su parte, la Corte Constitucional, en diversas causas, ha incluido a los déficits en la deliberación como vicios en la formación de la ley, lo cual permite declarar como inconstitucionales a

aquellas leyes que han sido insuficientemente debatidas (cfr. las Sentencias C-537/12, C-740/13, C-726/15).

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI OPI-
NANDO POR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 30900, POR VUL-
NERAR LA AUTONOMÍA MUNICIPAL DE LOS GOBIERNOS LOCALES
CONSAGRADA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

Discrepo de la sentencia de mayoría que ha decidido declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad promovida por la Municipalidad Provincial del Callao contra el Congreso de la República, por cuanto, soy de la opinión de que dicha demanda debe ser declarada **FUNDADA**, por cuanto considero que la Ley 30900 contraviene los artículos 194 y 195, inciso 5, de la Constitución.

A continuación, expreso las razones de mi discrepancia, bajo el siguiente esquema.

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las municipalidades en el proceso de descentralización del país.
2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.
3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía municipal
4. La garantía institucional y el bloque de constitucionalidad municipal.
5. La norma impugnada.
6. Mi posición sobre la inconstitucionalidad de la Ley 30900.
7. El sentido de mi voto.

Desarrollo dicho esquema siguiendo la misma numeración temática:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las municipalidades en el proceso de descentralización del país.

Como ya lo tengo manifestado en oportunidades anteriores², el artículo 43° de la Constitución de 1993, reproduciendo el numeral 79° de la Carta de 1979, establece que el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana, que conforma un Estado único e indivisible, cuyo gobierno es unitario, representativo y *descentralizado*, el cual se organiza en base a la separación de poderes.

Esta tipificación de la forma del Estado Peruano y, especialmente de su forma de gobierno, en cuanto a su carácter descentralizado, a la vez que unitario y representativo, no se encuentra en ninguna de las diez constituciones anteriores a la de 1979 que rigieron en el Perú. En efecto, en lo que atañe a la forma del Estado Pe-

² Véase, entre otros, mis comentarios contenidos en el libro colectivo “El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)”, editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, pp. 2 – 63.

ruano, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 no consignaron expresamente un solo artículo en sus textos que hiciera referencia expresa a aquella; mientras que la Constitución de 1933 si recogió en su articulado normas referentes a la forma del Estado Peruano. Así, sus artículos 1º y 2º caracterizaban al Perú como una república democrática y soberana, cuyo Estado era uno e indivisible. En lo que respecta a la forma del gobierno peruano y contrariamente al tratamiento brindado a la forma del Estado, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 si consignaron artículos que la describían con la única excepción de la Constitución de 1933, que guardó un marcado silencio sobre el tema. Ciertamente, las de 1823 (artículo 27º) y de 1826 (artículo 7º) establecieron que era popular y representativo; las de 1828 (artículo 7º) y de 1834 (artículo 7º) le agregaron el carácter de consolidado en la unidad nacional; la de 1839 (artículo 12º) le sumó las características de responsable y alternativo; la de 1856 (artículo 41º) lo describió como democrático, representativo y basado en la unidad; y las de 1860 (artículo 42º), de 1867 (artículo 43º) y de 1920 (artículo 68º) lo tipificaron además como republicano.

Tal constatación significa sin lugar a dudas que, a nivel de normativa constitucional, a partir de la Constitución de 1979 y sin perjuicio de los intentos efectuados en el pasado, se introdujo un cambio inédito y de enorme trascendencia respecto a la tipificación del gobierno peruano, al introducir en la misma su carácter de *descentralizado*, el cual la Carta Constitucional de 1993 ha mantenido en su precitado artículo 43º, que fuera aprobado con el 79% de votos a favor de los señores miembros del Congreso Constituyente Democrático, como lo enfatiza el doctor Carlos Torres y Torres Lara, ex - Presidente de su Comisión de Constitución.³

No es del caso detenerse en este punto en la explicación de las razones históricas, sociales y políticas, entre muchas otras, que tuvo el Legislador Constituyente Peruano para adoptar una decisión de tan tremenda envergadura, pero es evidente que se trató de un cambio sustancial en la forma del gobierno, que apostaba por un modelo que, sin perder sus características de unidad y de representatividad, conllevara un ejercicio del poder realmente descentralizado, que permitiera emprender la tarea de un desarrollo integral, armónico y uniforme del país, acabando con el ancestral centralismo, causante, en gran medida, de los males nacionales.

2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.

En esta línea, en orden a la implementación del diseño de gobierno unitario, representativo y *descentralizado* concebido por el Legislador Constituyente Peruano, la Constitución de 1993 ha dado importantes avances que es necesario resaltar, a los efectos del presente voto singular.

³ TORRES Y TORRES LARA, Carlos. “La Nueva Constitución del Perú 1993: Antecedentes, Fundamentos e Historia Documentada.” Desarrollo y Paz. Lima. 1993, p. 466.

Ciertamente, en primer término, ha establecido que la *descentralización es un proceso*, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. Vale decir, un proceso que permita que en todo el territorio nacional se den los elementos que posibiliten a los peruanos un nivel de vida acorde con su condición de seres humanos, dentro de la inspiración humanista ratificada por la Constitución vigente, que entiende que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que de lo que se trata es que en cada lugar de la República exista acceso a la educación, a la cultura, a la salud, al comercio, a la industria, al esparcimiento y, en general, a todos los elementos que trae consigo la modernidad en procura del bienestar y de la realización del hombre.

En segundo lugar, ha establecido que dicho proceso implica *el ejercicio del gobierno de manera descentralizada y desconcentrada*. Esto es, que para el desarrollo integral del país, sin romper el concepto unitario del gobierno peruano, deben reconocerse órganos de gobierno distintos a los que integran la estructura del gobierno central, con poder suficiente para enfrentar en forma autónoma la problemática de cada localidad. Ello, sin perjuicio de la desconcentración, que consiste en la delegación de funciones, atribuciones y decisiones desde el gobierno central (nivel de autoridad superior) hacia niveles de autoridades subordinadas, de menor jerarquía funcional o territorial, dentro del ámbito de la misma persona jurídica, para el mejor cumplimiento de sus fines nacionales. En tal sentido, en la concepción del Legislador Constituyente, la delegación del ejercicio del poder para lograr la ansiada descentralización del país corre por vías paralelas: por la vía de la descentralización propiamente dicha y por la vía de la desconcentración.

En tercer orden, ha establecido que el referido proceso *se da básicamente a través y a partir de las municipalidades*, a las cuales considera *instrumentos de la descentralización del país*. En este punto, es importante resaltar el papel que se asigna a las municipalidades como órganos del gobierno local, a las que no solamente se concibe como entidades encargadas de enfrentar y atender los requerimientos que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, en lo que atañe a las necesidades locales, sino también y, principalmente, como medios de materializar la descentralización del gobierno, en tanto entidades que representan a los vecinos de su respectiva circunscripción territorial, quienes, a través del sufragio directo, eligen a sus autoridades y, por medio de los mecanismos de democracia directa, participan en las tareas de su respectivo gobierno local.

En cuarto lugar, ha establecido que las municipalidades, para cumplir su papel de ser instrumentos y expresión de la descentralización, tengan *plena autonomía política, económica y administrativa, en los asuntos de su competencia*.

En quinto orden, ha establecido, en armonía con la referida autonomía política, económica y administrativa, que *las municipalidades mediante sus respectivos Concejos Municipales (equivalentes al Poder Legislativo en el nivel local, en los*

asuntos de su competencia) tienen la facultad de dictar normas con rango de ley, denominadas Ordenanzas Municipales.

Estos significativos avances están consagrados en los artículos 188, 189, 191, primer y segundo párrafo y 200, inciso 4), de la Constitución de 1993, que fueron aprobados en sus textos originales por el 85, 83, 78 y 93% de los votos emitidos por los miembros del ex Congreso Constituyente Democrático⁴, que establecieron literalmente al momento de su entrada en vigencia que “La descentralización es un proceso permanente que tiene como objetivo el desarrollo integral del país.”, que “El territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada.”, que “Las municipalidades provinciales y distritales, y las delegadas conforme a ley, son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Corresponde al Concejo las funciones normativas y fiscalizadoras; y a la alcaldía, las funciones ejecutivas.” Y que, al referirse a la acción de inconstitucionalidad, ésta “...procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.”, respectivamente.

3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía municipal

Queda claro de lo expuesto hasta esta parte, la gran importancia que atribuye el Legislador Constituyente Peruano a la descentralización, tanto como una de las principales características del gobierno peruano cuanto como proceso necesario e imprescindible para el desarrollo integral del país; y, dentro de este contexto, a las municipalidades como instrumentos de la descentralización, a las cuales ha dotado de autonomía normativa con rango de ley, en los asuntos de su competencia, por lo que corresponde a continuación detenerse brevemente en el tema relacionado con la autonomía municipal.

Siguiendo al constitucionalista español Francisco Fernández Segado⁵, puede afirmarse que el concepto de autonomía es de muy difícil precisión, si es que éste no se analiza dentro de el aquí y el ahora de cada momento histórico, así como de la cobertura constitucional existente en tal momento histórico. En este orden, el citado autor sostiene, siguiendo al profesor Santiago Muñoz Machado que “... el concepto de autonomía es difícil de precisar si no se enmarca en coordina-

⁴ Ibíd. pp. 478-479.

⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La Autonomía Municipal en la Constitución Española de 1978”. Citado por BLUME FORTINI, Ernesto, en el libro “El Rango de Ley de las Ordenanzas Municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)”, editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, p. 3.

das concretas de tiempo y lugar y se atiende al contexto normativo en que se emplea porque, ciertamente, es polisémico, relativo, históricamente variable y comprendido en forma diferente en los diversos lugares en que se utiliza”.⁶

Sin embargo, no obstante este carácter inicial del concepto de autonomía “si se tiene en cuenta la normativa constitucional peruana, así como los ingredientes que el Legislador Constituyente incorpora dentro de la autonomía asignada a las Municipalidades, resulta patente su voluntad de conformar la autonomía como un principio general de organización territorial del gobierno peruano y, a la par, como el derecho de la comunidad local a participar mediante sus propios órganos en el gobierno y la administración de cuantos asuntos le atañen”, al punto que, como bien apunta el mismo Fernández Segado, siguiendo la más actualizada doctrina que busca la redefinición de la autonomía local basada en el interés respectivo como base del principio de autonomía y, en particular a Alfonso Luciano Parejo, el verdadero objeto de la autonomía local “...radica en el derecho al autogobierno, que significa el derecho a la atribución de potestades (sin precisar cuáles deban ser éstas) en todos aquellos supuestos en que se vean comprometidas o afectadas necesidades de la comunidad local”.⁷

En este orden de ideas, la autonomía municipal debe ser entendida en su más amplio sentido como la capacidad de la municipalidad “... para ejecutar y cumplir todas las tareas de la Administración estatal con propia responsabilidad, y esto sin importar la posible trascendencia supralocal de estas tareas, pues lo que determinaría la capacidad sería la afectación a los intereses de los ciudadanos”⁸. No cabe por consiguiente, una visión limitativa y restringida de la autonomía municipal, máxime cuando a esta se asignan caracteres políticos, económicos y administrativos, sino por el contrario una visión amplia que, en el fondo encierra, una redefinición de la autonomía local, que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución de competencias, el cual rompe los esquemas tradicionales e implica una nueva concepción, dentro de la cual, en la medida del nuevo rol de las municipalidades se incrementan las competencias y atribuciones de estas, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales que antes (en el esquema centralista) las detentaba. Por ello, en opinión del constitucionalista español antes citado, la afirmación de la autonomía local “... ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen”⁹.

Con relación a este último aspecto, la intensidad de la participación de la municipalidad, en el ejercicio del gobierno, depende de la relación que se pueda dar en-

⁶ Loc. Cit.

⁷ Loc. Cit.

⁸ Loc. Cit.

⁹ Loc. Cit.

tre los intereses locales y los supralocales, en el contexto, como es obvio, de la atención a los problemas emergentes de la realidad local; ya que, por su propia naturaleza, el gobierno local ejerce poder únicamente sobre su respectiva circunscripción territorial.

Recalco que, a la luz de la normativa constitucional vigente, contenida puntualmente en los artículos 43, 188, 189, 191, 192, 193, 194, 195, 196 y 200, inciso 4, de la Constitución de 1993, el Legislador Constituyente Peruano ha concebido a la municipalidad como el órgano del gobierno local, con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, encargado de organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales, así como planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones y ejecutar los planes y programas correspondientes, entre otras funciones, que es instrumento básico de la descentralización del país, en el marco de un modelo que maximiza, revalúa y repotencia al gobierno local, al cual para el cabal ejercicio de sus responsabilidades le ha dado funciones normativas, por intermedio de sus Concejos Municipales, dictando Ordenanzas, que son leyes municipales, de igual rango que las leyes ordinarias que dicta el Congreso de la República.

Sobre la función normativa debe hacerse hincapié que la autonomía política comprende la autorregulación; razón que llevó a consagrar expresamente en el artículo 194 de la Carta Fundamental de 1993 que el Concejo Municipal (que es una suerte de parlamento municipal integrado por el Alcalde y los Regidores) tiene la facultad de legislar o normar en materia municipal y, adicionalmente, de fiscalizar a la Alcaldía (que es el órgano ejecutivo municipal). Nótese en este punto que el Legislador Constituyente crea al legislador municipal o parlamentario municipal, a quien denomina Regidor; y que se trata de un legislador para quien se reservan áreas sobre las que deberá ejercer su función normativa: los asuntos de competencia municipal. Nótese, igualmente, que tal decisión se cimienta también en la teoría de la reserva constitucional o reserva legal, en cuya virtud la normación en el ámbito competencial municipal queda reservada al legislador municipal.

A contramano, tal reserva conlleva que el legislador ordinario (que dicta las leyes propiamente dichas: el Poder Legislativo, a través del Congreso de la República), el legislador delegado (que dicta decretos legislativos por delegación del Congreso: el Poder Ejecutivo) y el legislador infralegal (que dicta normas de inferior jerarquía que las leyes: el Poder Ejecutivo, entre otros), han quedado privados de normar en materias propias de las municipalidades, ya que esa tarea ha sido entregada al legislador municipal, en concordancia con la autonomía política que tienen las municipalidades.

4. La garantía institucional y el bloque de constitucionalidad municipal

A esta altura del análisis interesa detenerse en el principio de la garantía institucional que promoviera el constitucionalista Carl Schmitt, a raíz de sus reflexiones

en torno a la Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919, cuando señaló que habría que establecer la distinción entre, de una parte, “derechos fundamentales” y, de otra partes, “garantías institucionales”, en la idea que el Legislador Constituyente brindara lo que podría denominarse una protección especial a “... *instituciones que no convenía que fueran entregadas a las posibles veleidades del legislador ordinario*”.¹⁰

Ciertamente, el *principio de la garantía institucional* resguarda que el legislador ordinario (que expresa y ejerce el poder constituido), en su tarea normativa no desnaturalice, limite, desconozca o anule aquellas instituciones creadas por el Legislador Constituyente (que expresa y ejerce el poder constituyente, que es el poder originario), al cual debe estar supeditado y subordinado. En buena cuenta, se trata de garantizar que al realizarse la tarea de reglamentación o de implementación normativa de la Constitución no se la contradiga, desnaturalice o desborde, sino, por el contrario quede garantizada una protección especial a ciertas instituciones, para que la normación constitucional impida su supresión en la vía legislativa ordinaria.

En otras palabras, a partir de las reflexiones de Carl Schmitt que, como está dicho apuntaban a la concesión de una protección constitucional especial a las instituciones de rango constitucional, protegiéndolas en su esencia (en su núcleo básico) frente a los peligros que podría significar una normativa infraconstitucional que las desnaturalizara, se fueron introduciendo en las Constituciones ulteriores a la segunda guerra mundial una serie de mecanismos tendientes a hacer efectiva la garantía institucional y recogiendo a nivel doctrinario dicho principio, el cual ha sido fortalecido y complementado por la jurisprudencia constitucional. Con relación a esto último, resulta ilustrativo hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional Español 32/1981, del 28 de julio de 1981, que pese a que admite que las Constituciones pueden omitir consagrar una regulación orgánica de las instituciones de rango constitucional, el hecho de su propio reconocimiento y plasmación en el texto constitucional asegura su existencia “... *a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin lugar a dudas normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se define al Legislador Ordinario, al que no se fija mas límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza*”.¹¹

¹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “El Sistema Constitucional Español.” Dykinson, 1992, p. 1019.

¹¹ *Ibíd.* p. 1021.

Se trata de instituciones básicas, cuya normación o regulación corresponde al legislador ordinario, pero dentro del límite de la indisponibilidad del núcleo o reducto esencial consagrado en la Constitución, por lo que la garantía institucional es desconocida “...cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre”.¹²

La garantía institucional conlleva una limitación en la facultad normativa del legislador ordinario, quien debe circunscribir su accionar a la aprobación de la correspondiente ley de desarrollo constitucional (ley orgánica), para, como está dicho, complementar, fortalecer e implementar el modelo, en el marco del núcleo o reducto indisponible. En el caso peruano, de conformidad con el artículo 196 de la Constitución de 1993, el Congreso de la República dicta la correspondiente Ley Orgánica de Municipalidades, que no es otra cosa que la ley de desarrollo constitucional de la institución denominada municipalidad, la cual debe complementar, fortalecer e implementar el modelo. Esto es, una municipalidad con plena autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, con facultad de dictar normas con rango de ley para la regulación de tales asuntos, que es instrumento básico del proceso de descentralización del país, que constituye la expresión del ejercicio descentralizado del poder y que refleja el carácter descentralizado del gobierno peruano.

En tal sentido, *el principio de la garantía institucional* persigue precisamente garantizar que la creación del Legislador Constituyente Peruano denominada municipalidad, sea desarrollada adecuadamente por el legislador ordinario en el plano normativo infraconstitucional, a fin de dotarla de todos los instrumentos normativos que permitan su cabal desarrollo y el pleno y eficiente cumplimiento de sus fines (esto es, fortalecerla, complementarla e implementarla, normativamente hablando); pues resulta inconcebible, carente de toda lógica elemental y, además, totalmente inconstitucional, que quien ejerce el poder constituido dicte normas para debilitar, maniar y disminuir la creación del Legislador Constituyente. Es decir, insólitamente, convertir a esa creación denominada municipalidad, que el Legislador Constituyente concibe como un órgano capaz de vencer con éxito las vallas y obstáculos que se le presenten, para cumplir con sus objetivos, en un ente tullido. En un órgano constitucional minusválido.

De otro lado, de acuerdo a la doctrina del Derecho Constitucional contemporáneo, la normativa que regula un determinado órgano, ente, entidad o institución del Estado de rango constitucional, conformada por el conjunto de normas contenidas en la propia Constitución que lo crean, establecen sus características básicas y determinan sus principales competencias, y la respectiva normativa infraconstitucional de primer rango que contiene su regulación complementaria, conformada por el conjunto de normas contenidas en su correspondiente ley de desarrollo

¹² Ibíd. p. 1022.

constitucional y en las leyes que complementan a esta última, que desarrollan con más detalle sus características y competencias, así como otros aspectos atinentes a su adecuado funcionamiento constituyen el *bloque de constitucionalidad*.

Esto es, un conjunto normativo conformado por los preceptos contenidos en la misma Constitución y los preceptos contenidos en la ley de desarrollo constitucional y sus complementarias, dictados dentro del marco constitucional, que determinan las características, competencias y atribuciones de un determinado órgano constitucional; conjunto normativo que es considerado como un todo o bloque (por ello su denominación), a los efectos del análisis de constitucionalidad. En tal sentido, el bloque de constitucionalidad es una unidad, que comprende la sumatoria de ambas normativas (la constitucional y la infraconstitucional de primer rango), la cual será comparada con la norma cuestionada para determinar su constitucionalidad o su inconstitucionalidad, entendiendo por constitucionalidad de una norma jurídica aquel "...vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas del sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma."¹³, o aquella suerte de "...cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus respectivos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico."¹⁴

En el Perú se ha recogido la figura del bloque de constitucionalidad en el Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley 28237, al establecer en su artículo 79 (ubicado dentro del Título VI referido a las disposiciones generales de los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad), que el Tribunal Constitucional para apreciar la validez constitucional de las normas "...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."

Ahora bien en lo que atañe específicamente a los órganos, entes, entidades o instituciones del Estado Peruano de rango constitucional, consagrados en la Constitución de 1993, el *bloque de constitucionalidad* está conformado únicamente por los preceptos constitucionales que los crean y regulan y por los preceptos infraconstitucionales contenidos en su correspondiente ley de desarrollo constitucional, denominada por el Legislador Constituyente Peruano ley orgánica, por cuanto su artículo 106 establece en sus partes pertinentes que mediante "...leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución...", y que para "...su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso."

¹³ BLUME FORTINI, Ernesto. "El Control de la Constitucionalidad (Con especial referencia a Colombia y al Perú). Ersa. Lima. 1996, p. 23.

¹⁴ Loc. Cit.

En el caso concreto de las municipalidades, estamos ante órganos de rango constitucional, ya que es la propia Constitución la que las crea, establece sus principales características, su composición básica, las facultades de sus órganos de gobierno, la forma de elección de sus máximas autoridades y sus competencias más importantes, entre otros aspectos (artículos 191 al 195) cuya implementación normativa debe darse en la Ley Orgánica de Municipalidades, a la que se refiere expresamente su artículo 196. Por consiguiente, el bloque de constitucionalidad municipal está integrado en el Perú por las normas sobre municipalidades contenidas en la Constitución de 1993 y los preceptos de la Ley Orgánica de Municipalidades 27972.

Dicho esto, corresponde precisar que, el hecho de que una disposición legal que pertenece al bloque de constitucionalidad sea modificada, no implica que la misma no pueda ser materia de un análisis de constitucionalidad, cuando ella sea cuestionada, como lo es en el presente caso.

5. La norma impugnada

La Ley 30900, modifica la Ley Orgánica de Municipalidades en su artículo 73 y crea la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU), como organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, estableciendo en sus normas lo siguiente:

Artículo 1. Objeto de la ley

El objeto de la presente ley es garantizar el funcionamiento de un sistema integrado de transporte de Lima y Callao que permita satisfacer las necesidades de traslado de los pobladores de las provincias de Lima y Callao de manera eficiente, sostenible, accesible, segura, ambientalmente limpia y de amplia cobertura, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, sobre provincias conurbadas.

Artículo 2. Modificación del artículo 73 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades

Modifícase el artículo 73 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, agregando un párrafo sobre la situación de conurbación integral entre provincias, el cual queda redactado de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 73.- MATERIAS DE COMPETENCIA MUNICIPAL

[...]

Cuando se trate del caso de municipalidades conurbadas, los servicios públicos locales que, por sus características, sirven al conjunto de la aglomeración urbana, deberán contar con mecanismos de coordinación en el ámbito de la planificación y prestación de dichos servicios entre las municipalidades vinculadas, de modo que se asegure la máxima eficiencia en el uso de los recursos públicos y una adecuada provisión a los vecinos.

Excepcionalmente, cuando se trate de circunscripciones provinciales conurbadas, la prestación de servicios públicos locales que sirven al conjunto de la aglomeración urbana, se regula por ley expresa. En tal caso la ley determina el organismo responsable de la prestación integrada del servicio público local, precisa su ámbito de competencia y funciones e incorpora en su dirección la participación de representantes del Poder Ejecutivo y de las municipalidades provinciales cuyas circunscripciones están involucradas. Dicho organismo ejerce la titularidad de las funciones en la materia para el conjunto del ámbito de las provincias conurbadas.

Los ámbitos conurbados, a que se refieren los párrafos precedentes, son debidamente identificados y declarados conforme a ley en la materia. La prestación de servicios públicos locales debe asegurar la mayor eficacia y eficiencia en el uso de recursos públicos y una adecuada provisión del servicio a los vecinos. [.]”

Artículo 3. Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU)

Créase la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU), como organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con personería jurídica de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, económica y financiera, las que se ejercen con arreglo a la presente ley. Constituye pliego presupuestal.

La ATU tiene como objetivo organizar, implementar y gestionar el Sistema Integrado de Transporte de Lima y Callao, en el marco de los lineamientos de política que apruebe el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y los que resulten aplicables.

6. Mi posición sobre la inconstitucionalidad de la Ley 30900

Discrepo de la ponencia por cuanto considero que la Ley 30900 –que modificó la Ley Orgánica de Municipalidades– vulnera la autonomía municipal otorgada por el artículo 194 de la Constitución a los gobiernos locales, pues crea una autoridad especial adscrita al Ministerio de Transportes y Comunicaciones –como lo es la ATU–, a la que faculta ocuparse del sistema de transporte urbano en Lima y Callao, trasladando dicha competencia constitucional de los gobiernos locales hacia el gobierno nacional, con la finalidad de dar solución a la problemática del transporte en estas circunscripciones.

Pese a que resulta real que en las zonas conurbadas existen problemas con relación a la prestación de diversos servicios públicos, incluido el transporte público, ello no habilita al legislador ordinario a violar la Constitución y, menos, al juez constitucional a olvidar los parámetros del ejercicio de su función jurisdiccional constitucional, que deben respetar el eje de preocupación y el ángulo de observación que le son propios al intervenir en un proceso de inconstitucionalidad.

En efecto, en el proceso de inconstitucionalidad corresponde al Juez Constitucional analizar si la norma cuestionada resulta o no acorde con el Texto Constitucional. Esa es su tarea y su responsabilidad.

Sin embargo, en el presente caso, se buscan justificaciones para obviar tal análisis y forzar un entendimiento de la norma desde el fin específico que cumple, el cual, por más que resulte cierto –y hasta sensato–, lo evidente es que pasa por alto la institución constitucional de la autonomía municipal establecida en el artículo 194 de la Constitución, con la única finalidad de dar una solución práctica pasando por alto el marco constitucional.

Así, en la sentencia de mayoría se ha variado el eje de observación en el análisis de constitucionalidad que se debe llevar a cabo en el presente proceso, pues en lugar de buscar garantizar la primacía de la Constitución que se alega afectada por la ley impugnada, se persigue justificar con argumentos aparentemente razonados, que es posible efectuar una modificación en la Ley Orgánica de Municipalidades en contra de la autonomía municipal otorgada por la Constitución a los gobiernos locales, pues, según se esgrime, resulta importante dar solución a la problemática continua y constante que existe en el transporte urbano de Lima y Callao, lo cual, si bien puede resultar importante y especialmente necesario, no debe constituirse en la preocupación primordial del Juez Constitucional y, menos aún, puede resultar determinante para orientar su veredicto, ya que, en puridad, escapa a sus competencias y distrae, obstaculiza y distorsiona el enfoque que le corresponde asumir en armonía con los fines esenciales de los procesos constitucionales regulados en los artículos 200 y 202 de la Carta Fundamental de la República; fines que, con claridad y contundencia, desarrolla el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional en los términos siguientes: “Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

En esa misma línea, en la sentencia de mayoría también se ha variado el ángulo de observación, pues, el análisis de constitucionalidad de la Ley 30900 no se ha dado a partir de la Constitución, sus valores, sus principios, sus instituciones –como lo es la autonomía municipal–, sus derechos, sus normas y demás aspectos que ella encierra –es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituyente–, lo cual significa que el Juez Constitucional asido (léase cogido o sostenido) de un enfoque constitucionalizado y recogiendo el telos constitucional –la inspiración, la filosofía, la lógica y la racionalidad del Constituyente– debe realizar el análisis de la materia controvertidas, para lograr los acotados fines esenciales de los procesos constitucionales, a través de un accionar consecuente con el carácter de supremo intérprete de la Constitución y de toda la normativa conformante del sistema jurídico nacional, que detenta el colegiado que integra; sino que, por el contrario, el ángulo de observación se ha dado básicamente a partir de los fines que persigue la Ley 30900 –es decir, de la voluntad y expresión normativa de Poder Constituido–.

Esta segunda distorsión en el análisis de constitucionalidad conlleva, lamentablemente, que el Poder Constituido –en este caso constituido por el Poder Legislativo– termine primando sobre el Poder Constituyente y que el Tribunal Constitucional, que es el órgano autónomo e independiente encargado de la defensa de la Constitución, de la expresión normativa del Poder Constituyente, termine defendiendo al Poder Constituido y desnaturalizando su función con una visión llanamente legalista y huérfana de un enfoque constitucional. Y, en otros casos, inspirada en enfoques, inquietudes o dimensiones ajenos a lo estrictamente constitucional.

Por ello, como Jueces Constitucionales debemos operar con suma cautela al momento de impartir Justicia Constitucional, sin descuidar en ningún momento el eje de preocupación y el ángulo de observación que informa a cada uno de los procesos constitucionales. En este caso, al proceso de inconstitucionalidad.

Dicho esto y en conclusión, considero que la norma impugnada contraviene de manera directa la Constitución en su artículo 194 y 195, inciso 5, pues desconoce abiertamente la autonomía municipal otorgada por ella a los gobiernos locales para organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales bajo su responsabilidad –como lo es el servicio de transporte público en el ámbito de su circunscripción territorial–, con la finalidad de dar solución a una problemática material, lo cual, pese a resultar importante, no puede transgredir el marco constitucional preestablecido, pues, en los hechos, la norma impugnada termina por ceder la mencionada competencia constitucional a una entidad creada en su seno, y adscrita y subordinada directamente al gobierno central, situación que, no puede ni debe utilizarse como justificación para validar una norma evidentemente inconstitucional. Por tal motivo, soy de la opinión que dicha norma debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.

7. Sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare FUNDADA la demanda; y, en consecuencia, INCONSTITUCIONAL la Ley 30900, por vulnerar los artículos 194 y 195, inciso 5, de la Constitución.

S.

BLUME FORTINI