

DESCENTRALIZACIÓN Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

CÉSAR LANDA ARROYO*

SUMARIO

1. Descentralización y democracia; 2. Descentralización y Constitución; 3. Análisis del caso Conga; 4. Perspectivas de la descentralización.

1. Descentralización y democracia

Desde el año 2000 los sucesivos gobiernos democráticos tienen una hipoteca política a resolver con la descentralización del país, en tanto constituye una de las reformas del Estado necesarias para fortalecer su democratización entrado el siglo XXI. Pero un proceso democrático que no respete los derechos de los pueblos del Perú profundo y desconozca la gobernabilidad democrática del país, está condenado al fracaso tarde o temprano.

41

Por eso, para lograr el bienestar general y la eficacia social del crecimiento económico en las regiones y municipalidades, se requiere desarrollar ordenada y progresivamente la descentralización territorial del poder político, económico y administrativo, en virtud del ejercicio responsable de la autonomía política, económica y administrativa, según disponen los artículos 191° y 192° de la Constitución.

Sin embargo, una década después de iniciada la transición, el gobierno central dispuso, para el año 2011, del 71 % del presupuesto nacional, dejando para los gobiernos regionales el 15 % y a las municipalidades el 14 %. Del presupuesto del gobierno central el 85 % es controlado por el Poder Ejecutivo.

* Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Con esa tendencia política aún vigente nunca la descentralización podrá acompañar al milagro económico peruano, que el centralismo históricamente ha sido incapaz de lograr.

Por eso resulta preocupante que en la capital reine un pesimismo desalentador al compartir el proceso económico con los gobiernos regionales y municipales, pero no exento de razones fundadas debido al mal manejo de los fondos públicos, e incluso a los graves casos de corrupción de las máximas autoridades regionales y municipales¹, que han llevado incluso a algunas de ellas a ser procesadas penalmente con mandato de detención (como los presidentes de las regiones de Ancash, César Álvarez, y Cajamarca, Gregorio Santos), mientras que otras se hallan prófugas de la justicia (como el presidente de la región de Tumbes, Gerardo Viñas)².

Ello no ha sido óbice para que en el interior del país anide una hiperinflación de expectativas de demandas ciudadanas al gobierno nacional. Lo que sí se puede señalar es que con las demandas y protestas sociales, tanto de los pueblos indígenas como de las poblaciones campesinas, a raíz de las inversiones en recursos naturales (minería e hidrocarburos), resulta necesario rediseñar el sistema legal de la descentralización política y económica, realizando los ajustes necesarios con la finalidad de que las poblaciones del interior del país tengan mejores posibilidades de gozar directamente de los beneficios económicos y sociales en sus propios ámbitos territoriales.

42

Como la descentralización del gobierno es más eficiente a largo plazo que el centralismo, se requiere, además de normas coherentes, de la voluntad política del gobierno central de redistribuir su poder, y de la apuesta responsable y sostenible de la inversión privada nacional, no solo extranjera, en el Perú profundo. Ello será posible en tanto se conciba que la descentralización constituye la mejor garantía técnica y democrática del desarrollo humano; porque la persona humana es el fin último de la política y de la economía, y no un mero instrumento del mercado.

¹ «TC no lo excluyó por lavado de activos. Castañeda sí puede ser investigado por el caso Comunicore», en *La Ley*, Lima, 8 de septiembre de 2014, p. 1.

² «Los delitos y hechos que motivan la investigación fiscal. Tres presidentes regionales y un alcalde en apuros con la justicia», en *La Ley*, Lima, 18 de mayo de 2014, p. 1.

En ese sentido, para que los gobiernos regionales y locales puedan ejercer progresivamente sus competencias, el gobierno central debe implementar, a través de la ley, una fuerte política de moralización, transparencia, responsabilidad y no impunidad a la corrupción en la gestión y administración de los fondos públicos. Asimismo, debe desarrollar políticas para capacitar a los técnicos de dichos gobiernos descentralizados mediante la canalización de la cooperación técnica internacional, crear bancos de proyectos de inversión, sin perjuicio de asignar tributos mediante ley, transferir responsablemente fondos en la Ley de Presupuesto Nacional, y destinar los recursos del Fondo de Compensación Regional y del canon por la explotación de los recursos naturales a las regiones.

2. Descentralización y Constitución

Si durante la transición democrática la política y la economía han avanzado parcialmente en la realización del mandato constitucional de la descentralización, cabe preguntarse si el derecho ha cumplido su papel en la promoción de la descentralización. Al respecto, en una primera etapa, el Tribunal Constitucional (TC), a través de su jurisprudencia, contribuyó a delimitar el proceso de descentralización del Estado.

43

Así, en los casos Hoja de Coca I y II (Exps. N° 0020-2005-AI/TC y N° 0025-2005-AI/TC), así como en el caso de la Ropa Usada (Exp. N° 0004-2009-PI/TC), el Tribunal delimitó los pilares de la articulación del Estado unitario y descentralizado, a través de los principios de cooperación y lealtad regional, taxatividad y residualidad, control y tutela; asimismo, en caso de conflicto de competencias, estableció las reglas de solución como los principios de unidad, lista de materias, competencias exclusivas y excluyentes, atribuciones, además de los principios de progresividad, efecto útil y poderes implícitos, básicamente.

Sin embargo, en una segunda etapa, se produjo un punto de inflexión de la transición democrática y del rol del TC en el fortalecimiento del proceso de descentralización. Esto a partir de la llamada postura de «El perro del hortelano» que el ex presidente Alan García expuso en dos artículos periodísticos, difundidos por el diario *El Comercio*. Dicha postura consideraba que los pueblos indígenas del interior del país, como poblaciones atrasadas, debían ser integrados, bajo los patrones políticos y morales de la nación, a los beneficios del pro-

greso económico³. Esta concepción excluyente de toda inclusión étnica y social tuvo consecuencias indeseables, cuando en conflictos por el agua, como el de Bagua en el año 2009, la violencia dejó cruelmente como saldo 35 muertos entre policías y nativos.

En ese entendido, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional inicia un proceso de *recentralización* de los asuntos de interés regional y local que buscaron proteger radicalmente las autoridades regionales y locales, mediante la declaración de intangibilidad ambiental y/o la declaración de zona no minera. Así el Tribunal Constitucional convalidó la centralización del manejo de los recursos hídricos, cuando declaró infundada la demanda contra la Ley N° 29338 («Ley de Recursos Hídricos»), como en el caso Conga (Exp. N° 0001-2012-PI/TC), en el que sentenció de inconstitucional la Ordenanza Regional N° 036-2011-GR.CAJ.CR, que declaró la intangibilidad de las cabecezas de las cuencas hidrográficas articuladas del proyecto Conga.

En esta misma línea se encuentra el caso Fajardo (Exp. N° 0008-2010-PI/TC), donde el Tribunal Constitucional sentenció la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N° 004-2008-MPF-H/A expedida por la Municipalidad Provincial de Fajardo (Ayacucho), que declaró como zona intangible de explotación minera toda la jurisdicción territorial de la provincia de Fajardo y, en consecuencia, prohibió las licencias para la exploración y explotación minera en la zona⁴. Asimismo, se encuentra el caso Cusco (Exp. N° 0009-2010-PI/TC), en el que el TC declaró inconstitucional la no admisión de denuncias mineras en toda la región de Cusco⁵.

Estas sentencias parecieran haber olvidado que las funciones de los procesos constitucionales son la valoración, pacificación y ordenación de nuestro

³ En dos artículos expone tal visión sobre los procesos de reestructuración económica, que de ser admitida el país, según su opinión, debería realizar para un supuesto desarrollo. Su visión de las comunidades indígenas en general se expresa en que «existen comunidades artificiales [...] de “mano muerta”, en la que sus habitantes viven en extrema pobreza y esperando que el Estado les lleve toda la ayuda en vez de poner en valor sus cerros y tierras, alquilándolas, transándolas porque si son improductivas para ellos, sí serían productivas con un alto nivel de inversión o de conocimientos que traiga un nuevo comprador». A. GARCÍA, «El síndrome del Perro del Hortelano», en *El Comercio*, Lima, 28 de octubre de 2007.

⁴ Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Urviola Hani.

⁵ *Ibid.*

sistema jurídico, y que tienen por finalidad resolver las controversias y así apaciguar los conflictos sociales del interior del país; más aún en un proceso de descentralización con fuertes conflictos sociales.

3. Análisis del caso Conga

Como la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional para que sea legítima debe gozar de una argumentación y fundamentación suficiente, resulta necesario analizar reflexiva y críticamente la motivación que sostuvo el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Conga (Exp. N° 0001-2012-PI/TC), en la cual declaró por unanimidad fundada la demanda de inconstitucionalidad que presentó el Ministerio Público contra la Ordenanza Regional N° 036-2011-GR.CAJ.CR, que declaró la intangibilidad de las cabeceras de las cuencas hidrográficas, la inviabilidad del proyecto minero Conga, la investigación de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental y la invalidez de las normas que se opongan a la mencionada Ordenanza Regional de Cajamarca⁶.

La demanda se planteó como un proceso de control de legalidad de la ordenanza regional, antes que como un proceso de control de constitucionalidad de una norma con rango de ley, toda vez que los argumentos del demandante (Ministerio Público) hicieron honor a su función de ser guardián de la legalidad. Por ello, la demanda tuvo un profundo yerro de origen al no formular una argumentación constitucional, sino sustentarse en el principio de legalidad, según lo reseñado en la sentencia; lo cual era inválido en un proceso de inconstitucionalidad de una norma legal. Dicha falencia puso en evidencia el desconocimiento de la naturaleza de una ordenanza regional, que en tanto norma con fuerza de ley, según el artículo 200°, inciso 4, de la Constitución, no se rige por el principio de jerarquía en relación con una ley nacional, sino sobre la base de un principio de competencia, cuando hay un vacío o deficiencia de las normas del bloque de constitucionalidad.

Pero lo más grave fue que el propio Tribunal Constitucional redujera sus competencias establecidas en la Constitución y la ley para abordar el presente caso. Así, el TC señaló que el proceso de inconstitucionalidad es un proceso abstracto y no concreto en principio (fundamento 8); pese a lo previsto en su

⁶ Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Mesía Ramírez, Calle Hayen y Eto Cruz.

jurisprudencia y en el art. II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, según el cual «Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales», en virtud de los cuales el TC no solo declara si una norma es en abstracto inconstitucional, sino que prevé o dispone efectos concretos sobre los particulares, al punto que una sentencia de inconstitucionalidad puede acarrear la nulidad de actos jurídicos particulares. Por ejemplo, cuando el TC declaró inconstitucional la legislación penal antiterrorista, porque era contraria a la Constitución, se anularon los procesos penales contra los terroristas, pero sin que la nulidad suponga la libertad de los condenados o procesados (STC N° 0010-2002-AI/TC).

Asimismo, no obstante que se trataba de un proceso de inconstitucionalidad, la sentencia empezó motivando la demanda de inconstitucionalidad como si se tratara de un conflicto de competencias; más aún, equívocamente tituló varios rubros como: 3. Conflictos de competencia y anulación de actos administrativos; 4. Delimitación de ámbitos competenciales en conflicto; 5. Determinación de competencias: test de la competencia; etc. Sin embargo, al momento de realizar el breve análisis constitucional del caso no utilizó ni resolvió el conflicto sobre la base del test de la competencia, sino que subordinó la ordenanza a las leyes nacionales sin motivación ni argumentación constitucional alguna, lo cual también es impropio de un proceso de inconstitucionalidad de la ley.

46

Más aún, tampoco utilizó los principios de interpretación constitucional de las leyes (unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora, etc.), ni las técnicas de la ponderación de una medida normativa restrictiva (con sus exámenes de adecuación, necesidad y estricta proporcionalidad) para declarar la inconstitucionalidad de la ordenanza regional; antes bien, el TC realizó un examen de legalidad subordinando la ordenanza a lo establecido en la Ley de Bases de la Regionalización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley de Recursos Hídricos, sin realizar un examen de constitucionalidad, al menos en la fórmula del bloque de constitucionalidad que dispone el artículo 79° del Código Procesal Constitucional⁷.

⁷ «Artículo 79°.- Principios de interpretación

Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional conside-

Así, el TC no realizó una labor propia de su existencia, como es interpretar la Constitución, sino que aplicó las leyes nacionales; para lo cual primero instrumentalizó el argumento de la minería, asumiendo que el Poder Ejecutivo es el regulador exclusivo y excluyente de la gran minería y los gobiernos regionales de la pequeña minería y la minería artesanal. Pero la ordenanza regional no estaba orientada a regular la gran minería, sino a proteger los recursos hídricos de su jurisdicción; por ende, la cuestión jurídica era saber si los recursos hídricos constituyen una materia competencial exclusiva del gobierno nacional.

La respuesta es negativa, en la medida que la Constitución y las leyes de desarrollo reconocen a los gobiernos regionales competencias para regular actividades en materia de agricultura, minería, así como en la elaboración de los planes de gestión de los recursos hídricos. Esto ubica al uso y la explotación del agua como una competencia compartida entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales, pero no bajo un principio de jerarquía, sino de competencia.

Esto es así en la medida que la reforma democrática a la Constitución de 1993 restableció la autonomía política, económica y administrativa de los gobiernos regionales, así como la elección de sus autoridades por el pueblo con facultades para emitir normas con rango y fuerza de ley, en el marco del bloque constitucional. Por eso este caso no era un asunto para ser resuelto a partir de la mera subsunción legal de la ordenanza regional en las leyes nacionales, sino para ser abordado constitucionalmente, de acuerdo con el test de la competencia que la propia sentencia señaló como necesaria al inicio, pero que no la desarrolló por razones que no explicita la sentencia.

Ahora bien, si los recursos hídricos —que son esenciales para la explotación minera grande, mediana o pequeña—, son una materia compartida entre diferentes niveles de gobierno, es razonable interpretar la Constitución en el sentido de que la regulación, protección y gestión de las cabeceras de cuenca no constituyen materia exclusiva del gobierno nacional y excluyente de los gobier-

rá, 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.»

nos regionales. En consecuencia, si el manejo de los recursos hídricos es una materia compartida y si las cabeceras de cuenca constituyen una zona ambientalmente vulnerable, parece razonable interpretar que no es una competencia exclusiva del gobierno nacional declararlas o no como zonas intangibles, y que los gobiernos regionales deben participar en las decisiones sobre el manejo de los recursos hídricos de su jurisdicción.

Ello será así no solo cuando sean actividades de explotación minera pequeñas, sino también medianas, y más aún si son grandes proyectos mineros, porque se pone en mayor riesgo, si es que no en peligro, el abastecimiento del agua para las actividades locales (agrícolas y/o ganaderas). Sobre todo si el proceso de descentralización está vinculado al desarrollo del principio democrático de participación ciudadana, tanto para asuntos regionales como nacionales, según se desprende del capítulo XIV del título IV («De la descentralización») de la Constitución.

Teniendo en cuenta que los efectos potencialmente dañinos de las actividades económicas en las cabeceras de cuenca, repercutirán directamente en perjuicio de las localidades en donde la región tiene competencias y responsabilidades constitucionales, el examen de constitucionalidad de este asunto debió pasar por un test de ponderación, en el que se debió analizar:

48

Primero, si la medida restrictiva a la protección de las cabeceras de cuenca gozaba de un respaldo constitucional; o, dicho en otras palabras, si tal afectación era grave, intermedia o leve, en la medida que todo proyecto de inversión siempre genera un impacto o daño ambiental.

Segundo, si la medida de afectar cuatro lagunas para el desarrollo del proyecto de inversión era la medida menos gravosa. Sin embargo, al existir un peritaje internacional en ciernes lo prudente hubiera sido tomar en cuenta sus conclusiones, que sugerían que no se debía afectar dos lagunas, con lo cual la medida restrictiva hubiera pasado al siguiente paso.

Tercero, realizar el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, para pronunciarse sobre la relación de costo/beneficio de la medida restrictiva, en el entendido que su desproporción la hacía inconstitucional.

Asimismo, resolver este caso sin haber tomado en consideración la legislación internacional (Convenio OIT N° 169) y nacional (Ley N° 29785) sobre

las obligaciones del Estado respecto de los derechos de participación de los pueblos originarios e indígenas, no contribuyó a la vigencia de los derechos fundamentales. Ello es aún más evidente cuando las actividades de inversión del proyecto Conga se pretenden realizar en territorios de comunidades campesinas, las que de acuerdo con la normatividad tienen derechos exigibles para participar en la deliberación de las normas y decisiones administrativas que puedan afectar esencialmente sus formas de vida ancestral, por ejemplo en la agricultura y ganadería, como actividades de subsistencia económica y social.

Por lo contrario, la sentencia argumentó que, por los principios de taxatividad y subsidiariedad, le correspondía a la Autoridad Nacional del Agua –con la opinión del Ministerio del Ambiente– declarar una cabecera de cuenca como zona intangible. Si bien, por un lado, el principio de taxatividad forma parte del test de la competencia, no puede ir en contra de los principios constitucionales de la eficacia integradora y de la fuerza normativa de la Constitución, en virtud de los cuales una ley no puede vaciar de contenido el mandato constitucional de la descentralización y de la protección del medio ambiente, que le otorga competencia compartida a las regiones para el manejo de los recursos hídricos de su jurisdicción.

49

De otro lado, la sentencia hizo un uso errático del principio de subsidiariedad, en tanto asumió que por dicho principio las competencias nacionales prevalecían sobre las competencias regionales en cuanto al manejo de recursos hídricos. Al contrario, es por el principio de subsidiariedad en materia de descentralización, que el artículo 4°, inciso f, y el artículo 14°, numeral 2, literal a, de la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783, prevé que «El gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función, por consiguiente el gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y estos a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales, evitándose la duplicidad y superposición de funciones».

De modo que, ante el vacío o deficiencia de la regulación nacional, por ejemplo en la protección de las cabeceras de cuenca, las autoridades más cercanas al conocimiento e interés sobre el asunto, debían gozar de un margen de competencia para regular, desarrollar o proteger el bien constitucional hídrico, que en este caso se encontraba en estado de abandono por parte del gobierno nacional. En virtud de ello, el gobierno regional habría actuado dentro de los principios generales del proceso de descentralización (permanente, dinámico,

irreversible, democrático, integral, subsidiario y gradual), de conformidad con los mandatos constitucionales y legales que han delimitado sus competencias y atribuciones.

Por eso la sentencia puede comprenderse, no desde el punto de vista de la argumentación constitucional ni legal, sino desde la concepción ideológica que le otorgó el TC al rol de la inversión privada y a la subordinación de los intereses de los pueblos originarios a ella. Ello porque en la sentencia se precisó, por ejemplo, que «no es posible enfatizar más la importancia del recurso hídrico [...]», pues «[...] no solo la contaminación resulta ser una amenaza del medio ambiente sino que ciertos fenómenos naturales, como el cambio climático, demandan acciones concretas del Estado y la sociedad, a fin de preservar y explotar de manera sostenible el agua» (fundamento 28).

Esto querría decir que como el calentamiento global y los deshielos que se vienen produciendo con el cambio climático afectan el derecho al agua de manera inevitable, la protección del derecho al agua de las cabeceras de cuenca no puede ser un argumento para restringir los proyectos de inversión que pudieran afectar dicha cabecera. Se trata de un argumento inconstitucional, por violar el contenido esencial del derecho al medio ambiente y atentar contra la protección de los valores y derechos constitucionales, dado que al parecer, a juicio desmoralizador del TC de ese entonces, la afectación del agua de las lagunas para implementar el proyecto Conga es inevitable, porque también ocurre lo mismo y de manera inmanejable a raíz del cambio climático.

50

Entonces, el TC aplicó una suerte de «doctrina del perro del hortelano», al declarar fundada la demanda en contra de la ordenanza del gobierno regional de Cajamarca, que declaró intangible las cabeceras de las cuencas de agua, cuando debió hacerlo la autoridad nacional (total o parcialmente) y de manera coordinada con el gobierno regional. Así, el TC consideró que el gobierno regional de Cajamarca violó la Constitución, cuando fue la Autoridad Nacional la que lo hizo, por la omisión de un acto debido de proteger los recursos hídricos de las caberas de cuenca.

Por lo contrario, la ordenanza del gobierno regional, ante la desprotección de un recurso natural como el agua, restableció la primacía de los valores y principios constitucionales. Con lo cual se podría afirmar que el TC no analizó el caso desde su posición de árbitro constitucional para las partes, sino desde la protección de los intereses gubernamentales y empresariales del proyecto Conga, representados a través del Ministerio Público.

La sentencia pareció olvidar que son funciones de los procesos constitucionales la valoración, pacificación y ordenación de nuestro sistema jurídico, con la finalidad de resolver las controversias y así apaciguar los conflictos sociales. Sin embargo, en esta sentencia el TC puso en evidencia, por un lado, una falta de argumentación constitucional y de aplicación de técnicas jurídicas; y, por otro lado, no procuró resolver el asunto pacificando el conflicto social de los comuneros cajamarquinos con la empresa Yanacocha y el Estado.

Más aún, el fallo convalidó la inicial falta de revisión y fiscalización estatal de los Estudios de Impacto Ambiental, tarea que había sido asumida por un equipo internacional de tres peritos, con el aval del gobierno, que realizó observaciones al Estudio de Impacto Ambiental de la empresa concesionaria, por deficiencias e inconsistencias técnicas respecto de la afectación de dos lagunas que forman parte de la cabecera de cuenca en la zona.

No obstante, este informe pericial en la práctica fue dejado de lado en la sentencia del TC; hubiera supuesto reconocer o confirmar la amenaza cierta y probable de daño ambiental, dado que si se utilizaban y vaciaban cuatro lagunas, según lo tenía previsto el proyecto Conga, se hubiera reducido la protección constitucional del medio ambiente y la explotación sustentable de nuestros recursos naturales, lo que no se hubiese subsanado con medidas de reparación patrimonial posteriores a la afectación del derecho al agua de la población, cuando antes se pudo prevenir el daño.

Por otro lado, se puede señalar que la sentencia desarrolló retóricamente fundamentos ambientalistas (fundamentos jurídicos del 45 al 60) sin ningún efecto útil para el caso; como en otros casos en los cuales los magistrados del TC que ya salieron fallaron en contra de los intereses de los pueblos amazónicos, y también en contra de los intereses de los pueblos andinos, demostrando en la práctica un prejuicio en contra de los valores étnicos, culturales y ambientales de las comunidades campesinas de Ayacucho (STC N° 0008-2011-AI/TC), de Cusco (STC N° 0009-2011-PI/TC) y de Cajamarca (STC N° 0001-2012-PI/TC).

Todo ello le otorgó a dicha sentencia precaria legitimidad, dado que su constitucionalidad era nula, convirtiendo el fallo no solo en ilegítimo, sino en ineficaz. Por eso a los jueces del Tribunal Constitucional, en tanto últimos garantes de los derechos fundamentales, les corresponde ejercer no solo el control de constitucionalidad en los procesos constitucionales, sino también el control

de convencionalidad, en función de los precedentes establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de protección del derecho al agua y de los pueblos indígenas (caso *Saramaka vs. Surinam*, párr. 133).

Esto es así en la medida que la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han otorgado a los tratados de derechos humanos un rango constitucional y a las decisiones de la Corte IDH un carácter vinculante en el derecho interno; los cuales deben ser aplicados por los jueces nacionales de manera directa o mediante el control del convencionalidad declarando inaplicable las normas o sentencias contrarias tanto a la Convención Americana de Derechos Humanos como a las sentencias de la Corte IDH, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

4. Perspectivas de la descentralización

La descentralización es un proceso técnico pero también político, por eso forma parte del fortalecimiento de la democracia constitucional, su ralentización también pone en evidencia las pesadas cargas que el actual modelo económico tiene con la descentralización del poder. Porque todavía existen fuertes resabios conservadores que cuestionan o ponen en duda otorgar más grados de autogobierno a los pueblos del interior del Perú profundo, dado que la élite política y económica gobernante siempre ha tenido en la centralización la mejor forma de ejercer y acrecentar sus privilegios e intereses.

52

Por eso, el panorama de la descentralización no puede ser visto de manera optimista, pero tampoco pesimista, porque al interior del Perú –sobre todo de los pueblos indígenas y originarios– existe la conciencia de que los recursos naturales renovables o no renovables (minerales, bosques, agua, petróleo, etc.) que yacen en sus regiones les pertenecen. De modo que son sus pobladores y autoridades locales los competentes para participar en la concesión y administración de estos recursos, con criterios de justicia redistributiva, de conformidad con los mandatos de origen internacional (Convenio OIT N° 169) y de la Ley N° 29785.

Si la descentralización ha sido una conquista de la democratización del Estado, entonces está en manos de los representantes del pueblo fortalecerla, a través de sus instituciones regionales y locales. No obstante, la descentraliza-

ción también es un proceso técnico que plantea una legítima pregunta: ¿y cuánta democratización soporta la gobernabilidad? Es decir, se plantea el desafío del desarrollo técnico de los gobiernos locales para poder gobernar y no solo administrar las competencias y recursos que pueda seguir transfiriendo el gobierno nacional.

Los problemas principales de la administración descentralizada según los propios testimonios de autoridades y especialistas en la materia, se pueden centrar en los siguientes temas y/o problemas jurídicos y administrativos:

- Transparencia y rendición de cuentas en la gestión de los fondos públicos. Lucha contra la corrupción y la impunidad en los delitos contra el patrimonio del Estado.
- Construcción de un sistema homogéneo de gestión descentralizada de las funciones transferidas del gobierno central.
- Avanzar en el saneamiento territorial de los ancestrales conflictos de límites, sobre todo entre los municipios provinciales.
- Promover la creación de las regiones, sobre la base de dos o más departamentos (regionalización), mediante el establecimiento de juntas de coordinación macrorregionales.
- Diseñar un sistema de recursos humanos y capacitar a la plantilla para gestionar y administrar las competencias y funciones a transferir.
- Acelerar la transferencia de competencias y recursos, en función de objetivos y metas cumplidas.
- Reformar el sistema tributario descentralizado con participación de los gobiernos locales, asegurando la distribución solidaria de los beneficios producidos por todos.
- Fortalecer la participación ciudadana en la elaboración de los planes y presupuestos respectivos, mediante la pre-publicación de estos y su debate en audiencias públicas.
- Concluir con la delimitación de las funciones de los ministerios y los gobiernos locales, articulando estos a las políticas y normatividad nacional, en función de las materias competenciales, exclusivas o compartidas.
- Fortalecer el sistema nacional de planeamiento estratégico.
- Avanzar en la configuración del ordenamiento territorial para la prestación de servicios y la promoción de inversiones más ordenadas, integradas, eficientes y equitativas.

Todo esto en buena parte dependerá, en un régimen político presidencialista como el peruano, del Presidente de la República de hoy y de mañana.

Sin embargo, esta tarea corresponde a los partidos políticos, alianzas y movimientos regionales y locales; y una vez electas las autoridades el 5 de octubre, deberán promover un pacto político y social multipartidario que asegure que el Congreso de la República respalde el fortalecimiento del proceso de descentralización, que es uno de los pilares de la democracia constitucional peruana.

Finalmente, sin perjuicio de ello, corresponde al Tribunal Constitucional, más aún renovado en su composición, cumplir el rol de guardián de toda la Constitución, no solo de la relativa a los derechos fundamentales, sino también de su parte orgánica, en la que el principio de división de poderes horizontales y verticales se acompaña con el de control y balance de poderes. De modo que, mediante la resolución de los procesos constitucionales, los nuevos magistrados constitucionales tienen el reto de contribuir a levantar esa hipoteca con la descentralización del país, que es una de las urgentes reformas del Estado para fortalecer la democracia constitucional, de camino al bicentenario de la República del Perú.