

UNIVERSIDAD ESAN
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO CORPORATIVO



LA EFICIENCIA DEL PRINCIPIO DE PERMANENCIA DE LA DESCENTRALIZACIÓN
FRENTE A SUPUESTOS DE INFRACCIÓN A LA CONSTITUCIÓN POR PARTE DE
LOS GOBIERNOS REGIONALES

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Autor:

Johnny Andrés Vásquez Soriano

Asesor:

Carlos González Palacios

ORCID N.º 0000-0001-6218-9687

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes.

Lima, agosto de 2022

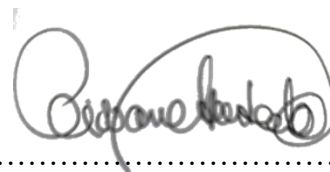
Esta tesis denominada:

LA EFICIENCIA DEL PRINCIPIO DE PERMANENCIA DE LA DESCENTRALIZACIÓN
FRENTE A SUPUESTOS DE INFRACCIÓN A LA CONSTITUCIÓN POR PARTE DE LOS
GOBIERNOS REGIONALES.

ha sido aprobada.



.....
Italo Bizerra Osorio, Jurado Presidente



.....
Giovana Hurtado Magan, Jurado



.....
Vanessa Tassara Zevallos, Jurado

ÍNDICE

CAPITULO I: INTRODUCCIÓN.....	6
1.1. Descripción de la Realidad Problemática	6
1.2. Problemas de investigación.....	8
1.2.1. Problema general.....	8
1.2.2. Problemas específicos.....	8
1.3. Objetivos.....	9
1.3.1. Objetivo general.....	9
1.3.2. Objetivos específicos.....	9
1.4. Justificación de la investigación.....	9
1.5. Hipótesis	10
1.5.1. Hipótesis general.....	10
1.5.2. Hipótesis específicas.....	10
1.6. Marco Metodológico	11
 CAPÍTULO II: ANÁLISIS CRÍTICO	
2.1. Las limitaciones del carácter permanente de la descentralización en el Perú	12
2.1.1. El proceso histórico de construcción de la descentralización en el Perú	17
2.1.1.1. El apresurado intento descentralizador en el quinquenio 1985-1990	17
2.1.1.2. La década de 1990: Entre la recentralización política y la descentralización de la Constitución de 1993	18
2.1.1.3. Las bases del actual proceso de descentralización en la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización del 2002	24
2.1.2. El régimen de las infracciones constitucionales.....	24
2.1.2.1. Infracciones constitucionales por la forma o el fondo	25
2.1.2.2. Infracciones constitucionales parciales o totales.....	25
2.1.2.3. Infracciones constitucionales directas o indirectas	26

2.1.3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia del proceso de descentralización	27
2.1.3.1. La impotencia del Poder Ejecutivo en el Caso Conga	33
2.1.3.2. La insuficiencia de los estados de excepción para lidiar con las infracciones constitucionales de un Gobierno Regional	43
2.1.3.3. Un vacío en la capacidad ejecutora del Tribunal Constitucional... ..	46
2.2. La aplicación de los criterios de eficiencia del Análisis Económico del Derecho al principio de permanencia de la descentralización peruana.....	47
2.2.1. La noción de eficiencia: Desarrollo histórico del Análisis Económico del Derecho	47
2.2.2. A propósito del óptimo de Pareto: Un análisis de las competencias gubernamentales como recursos.....	59
2.2.3. Los incentivos de los gobiernos regionales a optar por la teoría del incumplimiento eficiente respecto de las sentencias del Tribunal Constitucional	62
2.2.4. Los elevados costos de transacción de una negociación luego de una sentencia del Tribunal Constitucional: Aplicación del Teorema de Coase	71
2.3. La figura de la coerción estatal como contrapeso frente a los excesos de los gobiernos subnacionales... ..	73
2.3.1. La intervención federal a petición de un Estado miembro.....	75
2.3.1.1. La Constitución estadounidense de 1787	75
2.3.1.2. La Constitución argentina de 1994	76
2.3.1.3. La Constitución mexicana de 1917	76
2.3.1.4. La Constitución australiana de 1901	76
2.3.2. La disolución directa de los órganos constitucionales	77
2.3.2.1. La Constitución italiana de 1947	77
2.3.2.2. La Constitución austríaca de 1920.....	77
2.3.2.3. La Constitución portuguesa de 1976	78
2.3.2.4. La Constitución colombiana de 1991	78
2.3.3. La coerción federal o coacción estatal	79

	iv
2.3.3.1. La Ley Fundamental de Bonn en Alemania.....	79
2.3.3.2. La Constitución Española de 1978.....	82
2.3.3.2.1. La aplicación del artículo 155 de la Constitución Española con ocasión del proceso secesionista de Cataluña	85
2.3.3.2.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España referida a la aplicación del artículo 155 con ocasión del proceso secesionista de Cataluña.....	89
2.3.4. La viabilidad de incluir una figura de ‘coerción estatal’ en el ordenamiento jurídico peruano: Una reflexión final	93
CAPÍTULO III – CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	100
3.1. Conclusiones	100
3.2. Recomendaciones.....	100
BIBLIOGRAFÍA.....	101
ANEXOS	109
Anexo N°1.- Matriz de Consistencia.....	109
Anexo N°2.- Entrevista al Dr. Jhonny Zas Fris Burga.....	111

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Resumen:

Con el inicio del nuevo milenio, dos fenómenos jurídicos han tenido lugar en el Perú: El permanente proceso de descentralización del Estado, que busca lograr el desarrollo del país mediante la adecuada distribución de recursos y el equilibrado ejercicio del poder por los tres niveles de gobierno; y el auge de una corriente jurídica conocida como el Análisis Económico del Derecho, que mediante el uso de la noción de eficiencia, con criterios prestados de la Economía, pretende visibilizar los costos de un proceso jurídico. Así pues, se ha pretendido evaluar los costos jurídicos de un aspecto del diseño normativo del proceso de descentralización peruano. La presente investigación de carácter dogmático pretende evaluar el principio de permanencia de la descentralización utilizando tres criterios derivados de la noción de eficiencia: el Óptimo de Pareto, el incumplimiento contractual eficiente y el Teorema de Coase. Para tales efectos, se ha equiparado la noción jurídica de distribución del poder a la noción económica de distribución de recursos. Además, se recurre al Derecho Constitucional Comparado, con especial énfasis en Alemania y España, para examinar la viabilidad de la flexibilización del referido principio en determinadas situaciones de infracciones a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Palabras clave: descentralización, análisis económico del derecho, constitución.

Abstract:

With the beginning of the new millennium, two legal phenomena have taken place in Peru: The permanent process of decentralization of the State, which seeks to achieve the development of the country through the adequate distribution of resources and the balanced exercise of the power by the three levels of government; and the rise of a legal tendency mostly known as the Economic Analysis of Law, which by using the notion of efficiency, with criteria borrowed from Economics, aims to make visible the costs of a legal process. Thus, it has been tried to evaluate the legal costs of an aspect of the normative design of the Peruvian decentralization process. This dogmatic research aims to evaluate the principle of permanence of Peruvian decentralization using three criteria derived from the notion of efficiency: Pareto Optimum, efficient contractual breach and the Coase Theorem. To achieve such purposes, the legal notion of distribution of power has been equated to the economic notion of distribution of resources. In addition, Comparative Constitutional Law is used, with a special emphasis on Germany and Spain, to examine the feasibility of making the aforementioned principle more flexible in certain situations of infractions of the Constitution by regional governments.

Keywords: decentralization, economic analysis of law, constitution.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

CAPITULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. Descripción de la realidad problemática

último proceso peruano de descentralización que comenzó oficialmente en el año 2002 implicó la transferencia de competencias (políticas, administrativas y fiscales) por parte del Poder Ejecutivo o ‘Gobierno Central’ hacia las regiones al interior del país con la esperanza de que tal grado de autonomía lograría la más eficiente distribución y administración de los recursos disponibles en la nación, resultando en el desarrollo integral, armónico y sostenible del país¹. De hecho, cuando se debatía en el Congreso de la República la aprobación de la Ley de Bases de la Descentralización, todo el mundo estaba de acuerdo en que era urgente avanzar hacia la descentralización; por ello se puede afirmar que el congresista Zumaeta Flores, ponente del dictamen en minoría, en su sustentación ante el pleno, expresaba el sentir de la representación nacional al afirmar que “Los procesos de descentralización tienen un punto inicial, pero no se sabe cuándo culminan. Lo que proyectamos es un escenario de aquí a los próximos 20 años; Creemos que pondremos las bases para la descentralización en los próximos cinco años, y los resultados se verán en los próximos veinte años.”²

El ‘espíritu de la norma’, expresado en las palabras del entonces congresista Zumaeta, supone que el desarrollo de las regiones habría de encontrarse, *ad-portas* de cumplirse dos décadas de su inicio, ya en su etapa de maduración final; no obstante, en vez de haberse descentralizado el desarrollo, más bien parece haberse ‘descentralizado’ la corrupción³, que

¹ Ley N°27783/2002, de 26 de junio, de Bases de la Descentralización (Lima 26 de julio de 2002) Artículo 3.- Finalidad

La descentralización tiene como finalidad el desarrollo integral, armónico y sostenible del país, mediante la separación de competencias y funciones, y el equilibrado ejercicio del poder por los tres niveles de gobierno, en beneficio de la población.

² César Zumaeta Flores, sustentación ante el pleno del dictamen en minoría del proyecto de Ley Orgánica de Bases de la Descentralización. Diario de los Debates del Congreso de la República. Segunda Legislatura Ordinaria, sesión 16° A vespertina. (Congreso de la República, Lima, 11 de junio de 2002): 2137.

³Según la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, las 24 regiones del país y la Provincia Constitucional del Callao registran casos de corrupción que involucran a gobernadores y alcaldes, electos entre los años 2002 (fecha en que se eligieron por primera vez los gobernadores regionales) y 2014.

Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, La corrupción en los Gobiernos Regionales y Locales. *Informe Temático - Septiembre 2018*. (Lima: Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018): 8.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

“esencialmente es la apropiación privada del poder público para fines privados”,⁴ e incrementado la constante situación de conflictividad social⁵ que se vive en el interior del país. Por su parte, el antropólogo Eduardo Ballón pone de relieve, a manera de resumen estadístico, los problemas de ineficiencia que aquejan al actual proceso de descentralización peruano:

[...] es clarísimo que La gente no siente que la descentralización está en sus mejores intereses, no saben qué les va a hacer o cómo les va a ayudar. [...] Lo que quiero decir es que seguimos pasando por un cambio: La descentralización no ha cambiado mucho la diferencia entre Lima y el resto del país. Cuando veas los números, verás que, por ejemplo, que Lima continúa concentrando el 52,8% del PBI, Aunque algunos de los nuevos departamentos no llegan a 1%. El 39% del crédito como porcentaje directo del PBI es principalmente encontrado en Lima, mientras Huancavelica y Apurímac tienen un número más pequeño de 5%.⁶

Los problemas no se limitan a la gestión, sino que se extienden a los conflictos de competencias entre los distintos niveles de gobierno. Si bien es cierto que tales controversias entre diferentes poderes del Estado son previsibles en los albores de un proceso complicado de descentralización, no es el hecho de que haya conflictos lo que atraiga la atención, sino las específicas competencias en conflicto y cómo esos conflictos afectan a la sociedad⁷. Habida cuenta de la situación, el paradigma dominante hoy en día es el que la Ley de Bases de la Descentralización ha consagrado como el principio general de permanencia⁸, por eso sólo

⁴ Jhonny Zas Fris Burga, entrevista por Johnny Andrés Vásquez Soriano, 27 de julio de 2022. Anexo N°2.- Entrevista al Dr. Jhonny Zas Fris Burga.

⁵La Defensoría del Pueblo realiza periódicamente reportes de conflictos entre la población y entidades públicas. Define como situaciones de conflicto aquellas que, “empleando o no mecanismos institucionales previstos en la legislación, han alterado el orden público y producido al menos alguna de las siguientes situaciones: daños a la propiedad pública o privada; amenazas a la vida, integridad o salud de las personas; impedimento del ejercicio de funciones de una autoridad; paralización de la provisión de servicios públicos”. A enero del 2019, dio cuenta de 180 conflictos sociales: 133 activos y 47 latentes, la mayoría de ellos focalizados fuera de la capital del país. De hecho, según el reporte, la mayor cantidad de conflictos sociales que se desarrollan en una sola región se ubican en los departamentos de Áncash (24 casos), Puno (17 casos) y Cusco (17 casos). Defensoría del Pueblo. *Reporte Mensual de Conflictos Sociales n.º179 – Enero 2019*. (Perú: Defensoría del Pueblo, 2019):5.

⁶ Eduardo Ballón, “Un mundo dividido: Lima y provincias.” Entrevista por Abelardo Sánchez León. *Revista Quehacer*, no. 186 (2012): 12.

El autor es antropólogo de la Universidad Católica (PUCP). Investigador principal del Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO) desde 1973. Parte del grupo Propuesta Ciudadana.

⁷ Declaratorias de patrimonio cultural, gran minería, derechos sobre el subsuelo, etc. Por ejemplo: Ordenanza Regional N° 022-2007. Artículo Primero. Noviembre 06 de 2007 (Puno, Perú). Posteriormente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional mediante STC. EXP. N.º 006-2008-PI/TC, 11 de junio de 2008.

⁸ Ley N ° 27783/2002

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

podemos hablar de ‘cómo, cuánto y/o cuándo’ el ‘Gobierno Central’ transfiere las competencias hacia los gobiernos regionales. Cabe señalar que un aspecto fundamental que no será evaluado en esta investigación es la implicancia de que “(...) desafortunadamente, la descentralización, digamos, como única reforma importante en estos últimos 20 años, ha sufrido la ausencia de otras reformas;”⁹ Sin pretender atacar la necesidad del proceso descentralizador, es cierto que algunos gobiernos regionales han abusado de sus competencias y han merecido sendas enmiendas de parte del Tribunal Constitucional.

Considerando la situación descrita, y sin querer eximir de sus graves responsabilidades a quienes toman incorrectas ventajas de la situación, se hace necesario cavilar acerca de qué aspecto del diseño institucional de la descentralización ha permitido o fomentado estos atentados contra su fin. Es por ello por lo que en la presente indagación se propone evaluar la eficiencia de la ‘rigidez’ del principio de permanencia y explorar la posibilidad de flexibilizarlo de manera que permita la ‘intervención’ de un gobierno regional en determinadas circunstancias extremas. Para tal fin se ha de utilizar un concepto que la misma Ley de Bases de Descentralización dice que el proceso debe tener como objetivo e incluye dentro de las descripciones de los criterios a utilizar para las transferencias y asignaciones de competencias económico-jurídico como es el criterio de eficiencia, que cambia el enfoque de ‘el fin justifica los medios’ según el cual se juzgan los resultados absolutos, para determinar a qué costo se logra un fin. Siendo que la permanencia de la descentralización es un medio para lograr un fin, hace sentido examinar los costos de tal fin.

1.2. Problemas de investigación

1.2.1. Problema general

¿Resulta eficiente la rigidez del principio de permanencia de la descentralización en supuestos de infracciones a la Constitución por parte de los gobiernos regionales?

Artículo 4.- Principios generales

La descentralización se sustenta y rige por los siguientes principios generales:

a) Es permanente: Constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, cuyo efecto vinculante alcanza a todos los Poderes del Estado, Organismos Constitucionales Autónomos y al gobierno en su conjunto.

⁹ Jhonny Zas Fris Burga, entrevista por Johnny Andrés Vásquez Soriano, 27 de julio de 2022. Anexo N°2.- Entrevista al Dr. Jhonny Zas Fris Burga.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

1.2.2. Problemas Específicos

¿Cuál es la principal limitación del principio general de permanencia de la descentralización?

¿Cómo se determina la eficiencia de la rigidez del principio general de permanencia de la descentralización en supuestos de infracciones a la Constitución por parte de los gobiernos regionales?

¿Cómo se aborda normativamente la ineficiencia de la rigidez del principio de permanencia de la descentralización en el derecho comparado?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

Evaluar si resulta eficiente la rigidez del principio de permanencia de la descentralización en supuestos de infracciones a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

1.3.2. Objetivos Específicos

Diagnosticar cuál es la principal limitación del principio general de permanencia de la descentralización.

Establecer cómo se evalúa la eficiencia de la rigidez del principio general de permanencia de la descentralización en supuestos de infracciones a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Determinar cómo se aborda normativamente la ineficiencia de la rigidez del principio de permanencia de la descentralización en el derecho comparado.

1.4. Justificación de la investigación

Esta investigación es un análisis de eficiencia respecto de la distribución del actual diseño normativo peruano en el marco del proceso de descentralización del Estado que viene teniendo lugar desde inicios del siglo XXI. Específicamente, la investigación se enfoca en la correlación de fuerzas del poder que ostentan los gobiernos regionales en su calidad de

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

receptores de competencias frente al poder que ostenta el gobierno central en su calidad de delegador de competencias en los casos en que un gobierno subnacional infringe la Constitución.

Así pues, esta investigación al buscar servir como insumo al desarrollo de la doctrina de Derecho Público en materia de descentralización y diseño normativo, halla su innovación y utilidad en la medida en que utiliza un método pragmático de evaluación jurídica, no exento de polémica y aguda crítica, como es la noción de eficiencia. En tal sentido, permitirá enriquecer el debate jurídico en boga respecto de los alcances del análisis económico del derecho como un método que permite medir si acaso el diseño normativo representa un uso adecuado de los recursos escasos disponibles en la sociedad.

El carácter innovador de esta investigación es, a la vez que su mayor atractivo, también su principal limitación, puesto que la tendencia a la especialización deja poco espacio a los intentos de emprender estudios sobre la interseccionalidad entre la economía y el derecho constitucional. Además de ello, en razón de la complejidad y diversidad de factores merecedores de estudio en un proceso descentralizador, es menester señalar que la presente investigación no pretende emitir un juicio categórico, sino más bien servir para estimular la discusión de ideas a fin de perfeccionar la reforma del Estado peruano.

1.5. Hipótesis

1.5.1. Hipótesis General

La rigidez del principio de permanencia de la descentralización resulta ineficiente en supuestos de infracciones a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

1.5.2. Hipótesis Específicas

La principal limitación del principio general de permanencia de la descentralización es la inexistencia de un mecanismo jurídico de coerción estatal que sirva de contrapeso al poder del gobierno regional y permita el cese de la infracción constitucional en el corto plazo.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización en supuestos de infracciones a la Constitución por parte de los gobiernos regionales se puede evaluar utilizando los criterios del Análisis Económico del Derecho tales como la asignación óptima de recursos

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

(Óptimo de Pareto), el incumplimiento contractual eficiente y los costos de transacción (Teorema de Coase).

La inclusión de una figura de intervención estatal como contrapeso a los excesos del poder regional es la forma en que se aborda normativamente la rigidez del principio general de permanencia en el derecho comparado.

1.6. Marco Metodológico

Esta tesis de tipo descriptivo-correlacional, cuyo diseño es dogmático, busca evaluar el principio de permanencia de la descentralización, utilizando la noción jurídica y económica de eficiencia, específicamente en supuestos de infracciones a la Constitución por parte de los Gobiernos Regionales en el marco de las competencias transferidas en el proceso de descentralización peruano en curso a partir del inicio del siglo XXI.

Primeramente, se efectuará un estudio de los antecedentes históricos y los alcances jurídicos del proceso de descentralización en el Perú, enfocándose en las limitaciones que impone el principio de permanencia. Luego, se aplicará la noción de eficiencia al diseño constitucional de equilibrio de poderes entre el Gobierno Central y los gobiernos regionales, para tal fin se utilizan tres instrumentos del análisis económico del Derecho: el Óptimo de Pareto, la teoría del incumplimiento eficiente y el teorema de Coase. Finalmente, se realizará un estudio sobre la figura "intervención estatal" en el Derecho Comparado y se culminará con una reflexión sobre la viabilidad de incorporar la referida figura al ordenamiento jurídico peruano.

Debido a la complejidad y diversidad de factores merecedores de estudio en un proceso descentralizador, la posibilidad de contar con una figura de intervención estatal como contrapeso frente a los excesos de los poderes subnacionales no ha merecido mayor atención por la doctrina nacional. Por tal razón se consideró conveniente conducir, excepcionalmente, una entrevista a un referente nacional en el tema de descentralización. La entrevista se realizó vía llamada telefónica el día 27 de julio de 2022 a las 5:00 p.m., tuvo una duración total de 27 minutos y constó de 4 preguntas que fueron previamente validadas por el asesor del tesista, el Dr. Carlos González Palacios. No se realizaron repreguntas ni comentarios a las respuestas del entrevistado, el Dr. Jhonny Zas Fris Burga.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS CRÍTICO

2.1. Las limitaciones del carácter permanente de la descentralización en el Perú

Antes de realizar el ejercicio de evaluación, es importante comprender los matices del proceso actual de descentralización. La complejidad del término ‘descentralización’ incluye dentro de sí el concepto de ‘centralismo’ refiriéndose al plano político de acumulación de decisión y administración en un solo nivel de gobierno, usualmente el nivel más alto que suele denominarse ‘Gobierno Central’. Aunque el término ‘niveles’ alude a jerarquías, el sistema de gobierno peruano no es meramente jerárquico, sino que se adhiere a la clásica tradición democrática de separación tripartita de poderes en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que sus funciones y áreas de responsabilidad están claramente definidas por la Constitución Política y otras leyes. En ese sentido, considerando que la separación de poderes implica que ninguno tiene supremacía sobre el otro, sino que sus funciones se equilibran. No es preciso señalar que la descentralización sólo tiene que ver con el Gobierno Central o el Ejecutivo que cede poder, sino que alcanza a todos los poderes del Estado.

Así, según lo señalaba tempranamente Palma en el año 1987, la descentralización: “[...] es algo que ocurre y un proceso político en su núcleo, sin molestar a los procesos económicos, sociales, culturales y territoriales, a los que, que a su vez se utiliza como entrada.”¹⁰ Ahora, si el Estado se entiende, en palabras del célebre jurista y sociólogo alemán Max Weber, como “[...] “[...] aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el “territorio” es elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima. [y por tanto] es la única fuente del “derecho” a la violencia.”¹¹ Entonces, la descentralización, como el proceso de formación de autonomías que pretende lograr la más eficiente distribución de los recursos disponibles, debe entenderse también como el proceso jurídico de delegación gradual de tal uso legítimo y monopólico de la violencia a través de la transferencia de

¹⁰ E. Palma, “*La descentralización desde una perspectiva política*”, documento presentado al III Seminario Latinoamericano de Planificación Regional y Estadual organizado por el ILPES y el CENDEC, Brasilia, 1983. Citado por Sergio Boisier, “Centralización y descentralización territorial en el proceso decisorio del sector público” en *Ensayos sobre descentralización y desarrollo regional*. Cuadernos del ILPES no. 32 (Santiago de Chile: 1987):10.

¹¹ Max Weber, “La política como vocación”, en *El político y el científico*, trad. Francisco Rubio Llorente (Madrid: Alianza Editorial, 2009), 83-84.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

competencias a las regiones al interior del país que los gobiernos subnacionales ejercen a través leyes que tienen fuerza de ley en cuestiones políticas, administrativas y fiscales.

La descentralización es, pues, un proceso complejo, que incluye, entre otros tantos, un factor económico. Aunque a menudo los términos descentralización y desconcentración suelen intercambiarse cual sinónimos en el ideario social, el matiz de este último concepto es más bien económico que jurídico. Ello puesto que asume la existencia de una concentración de producción y distribución de recursos en determinada zona geográfica dentro de una nación. Generalmente hace alusión a la capital del Estado como la determinada zona geográfica de concentración económica, pero nada obsta para que pueda aplicarse a las capitales de las regiones o departamentos. El principal diferenciador entre la desconcentración económica y la descentralización lo distingue de manera precisa el profesor Efraín Gonzáles de Olarte:

La concentración es la aglomeración de las actividades económicas, del capital y de los trabajadores en determinados espacios geográficos, lo que lleva a la concentración del poder económico en algún lugar. La centralización es más bien un fenómeno institucional y político, que consiste en la acumulación de capacidades de decisión política e institucional en los niveles altos de gobierno o de la empresa, es decir aglutinación del poder político.¹²

Por otro lado, “La centralización económica es un problema cuando la producción e ingresos del centro (...) no genera mecanismos de igualación y de difusión de los frutos del crecimiento entre regiones”¹³, además, para el caso peruano se trata de “[...] un problema de concentración de poder económico en el centro, con escasos mecanismos de redistribución. Esto se debe a la concentración en Lima del capital humano, físico y financiero.”¹⁴ Bajo el provocador título de “La Macroeconomía en contra de la descentralización.”, Gonzáles de Olarte explica por eso, Perú también necesita distribuir su economía.

La generación de centros alternativos a Lima es una condición sine qua non para un desarrollo regional equitativo. La descentralización económica debe proponerse tratar de generar dos objetivos: crecimiento acelerado de los centros urbanos alternativos a Lima y mayor articulación económica entre estos centros

¹² Efraín Gonzales de Olarte, “*Concentración y Centralización: Enemigos del desarrollo regional convergente y equitativo*” Economía Peruana (blog) 16 de febrero de 2017. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/economiaperuana/2017/02/16/concentracion-y-centralizacion-en-el-peru-enemigos-del-desarrollo/>

¹³ Alberto Adrianzén et al., *Perú Hoy, Centralismo y concentración*. (Lima: desco, 2010): 10.

¹⁴ Alberto Adrianzén et al., *Perú Hoy, Centralismo y concentración*, 2010.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

y sus entornos agrícolas mineros, pesqueros, forestales. Para tal fin, la descentralización económica requiere de varios ingredientes, uno de ellos fundamental: un contexto macro-económico favorable. Si tenemos en cuenta que el principal factor de crecimiento es la inversión en capital físico (fábricas, infraestructura productiva, de transportes o básica), en capital humano o en capital natural y que ésta depende de ciertos incentivos económicos generados por las políticas macroeconómicas, entonces para promover una descentralización económica es necesario un contexto que promueva las inversiones fuera de Lima en estos distintos tipos de capital.¹⁵

Por su parte, PROINVERSION ha señalado oportunamente que: “[...] nuestro país no sólo requiere una descentralización política, es decir, el traslado de poder a los gobiernos regionales y locales, sino sobre todo de una descentralización económica que genere igualdad de oportunidades para la población que vive en la capital como aquella que vive fuera.”¹⁶

En el caso peruano se ha consagrado el régimen jurídico del proceso de descentralización al máximo nivel jerárquico posible en un Estado de Derecho, esto es, a nivel constitucional; no obstante, como es tradición del país, el desarrollo normativo fue encargado por el constituyente al legislador. Ahora bien, también es importante decir que el proceso de descentralización en Perú, además de gozar de un nivel constitucional, es una política pública que sigue las normas establecidas por otros países según explica Iván Finot, experto de la Dirección de Desarrollo y Gestión Local del ILPES¹⁷, al sostener que “(...) “(...) la descentralización emerge ya no solamente como una condición para profundizar la democratización y como parte de una estrategia para enfrentar la crisis de la deuda sino como la forma de organización más adecuada para implementar un nuevo paradigma que se basa en la complementariedad entre los sectores privado, social y público”¹⁸

¹⁵ Efraín Gonzáles de Olarte, “La Macroeconomía en contra de la descentralización.” En *Actualidad Económica* no. 221, (Lima, 2001). Artículo recopilado por Asociación SER. “Alcances del actual proceso descentralista” en *Lecturas Descentralistas* (Lima: 2003):24.

¹⁶ Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN y Proyecto USAID/Perú ProDescentralización. “Guía de Promoción de Inversiones descentralizadas”. (Lima, 2010):47.

¹⁷ El Instituto Latinoamericano de Planificación Económica y Social (ILPES) es un organismo permanente y con identidad propia, que forma parte de la CEPAL. Fue concebido a principios de los años 60 con el fin de apoyar a los Gobiernos de la región en el campo de la planificación y gestión pública, mediante la prestación de servicios de capacitación, asesoría e investigación.

¹⁸ Iván Finot, “Descentralización en América Latina: teoría y práctica”. *Revista de la CEPAL Serie Gestión pública*, no. 12 (2001):15

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Cabe resaltar que, a causa de la coyuntura histórica y política¹⁹ que rodeó a la entrada en vigor de la Carta Magna de 1993, no fue sino hasta el 26 de julio de 2002 cuando el legislador concretó el primer peldaño de su cometido mediante la promulgación de la Ley Orgánica de Bases de Descentralización, en la que se delinearón los principios generales —que constituyen más bien características— en el proceso, como la permanencia, el dinamismo, la incapacidad de volver, el hecho de que el proceso fuera democrático, la integralidad, Subsidiariedad y lentitud. Al respecto, Zas Fris Burga explica:

Todos los principios generales están entrelazados y son expresiones de un mismo proceso de descentralización. Al definirse el proceso de descentralización como permanente se asume que éste no concluirá y que su desarrollo será constitutivo de la futura organización estatal peruana. El dinamismo del proceso está ligado a su permanencia y a su gradualidad. La continuidad de un proceso implica la acción dinámica de los tres niveles de gobierno: nacional, intermedio y local con la participación de la sociedad civil, residiendo aquí la integralidad del proceso de descentralización. Éste, a su vez, tiene un carácter democrático, al ser un proceso de distribución territorial del poder.²⁰

Por su parte, el ex-presidente del Tribunal Constitucional, Víctor García Toma, en un ejercicio de exégesis de la Constitución Política del Perú de 1993, en lo concerniente al proceso de descentralización, explica que éste está asociado a tres conceptos trascendentales, a saber:

a) Proceso Permanente: La transferencia de funciones y recursos del gobierno central a otros organismos gubernamentales menores, se promueve, desarrolla y constituye de manera continua e ininterrumpida.

b) Desarrollo Integral: La transferencia de funciones y recursos del gobierno central a otros organismos gubernamentales menores, tiene como objetivo la elevación de los niveles de calidad del país, así como el incrementar la riqueza nacional.

c) Política de Equidad: La transferencia de funciones y recursos del Gobierno central hacia otras instancias menores de gobierno -con el objetivo de promover el desarrollo integral de la nación-, está sujeta a la búsqueda de

¹⁹ La década de 1990 estuvo marcada por el terrorismo rampante, por ello, la descentralización no fue una prioridad.

²⁰ Johnny Zas Fris Burga, “Definición y características principales del diseño institucional del actual proceso peruano de descentralización política” en *La Continuidad Crítica. Balance del Diseño Normativo e Institucional del Actual Proceso Peruano de Descentralización Política (2002-2008)*. (Lima: Palestra, 2008), 23.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

armonía y equidad en la distribución de la riqueza y el aprovechamiento racional y pleno de los recursos del país.²¹

Este principio, o característica, de permanencia se introdujo para evitar que el proceso pueda detenerse o retrotraerse. La intención del legislador, pues, era definir el proceso como abierto y sin una fecha de culminación, obligando así al Estado a involucrarse en un esfuerzo constante por descentralizar competencias y recursos. Es razonable suponer que el legislador haya ponderado los riesgos y ventajas probables de emprender tamaña reforma, no solo del Estado, sino de la nación, y haya valorado que, al final, pesaban más los beneficios de descentralizar la separación de poderes. Ese ejercicio de pensamiento analítico pudo haber sido parecido al que ensaya el decano de Economía de la Universidad Externado de Colombia, Mauricio Pérez Salazar:

“En principio, la separación de poderes no es eficiente. Aumenta los costos de transacción de tomar y ejecutar decisiones públicas. Puesto que es imposible determinar de antemano y con precisión el ámbito del poder de cada rama del gobierno, puede suscitar choques y controversias. Hace más lento y engorroso el proceso político. Lleva con alguna frecuencia a soluciones de compromiso que son incoherentes y poco funcionales.

La ineficiencia de la separación de poderes se hace patente cuando se le compara con un tipo ideal de “gobierno eficiente”. En éste, un gobernante sabio y benévolo cuyas decisiones siempre se ajustan al interés general tiene a su servicio una burocracia que ejecuta fiel y prontamente sus instrucciones, usando de la mejor manera posible los recursos puestos a su disposición por la sociedad, Hay unidad de criterio entre el gobernante y el resto del aparato estatal en cuanto al qué y el cómo del ejercicio del poder público.”²²

Por supuesto, para afirmar que un así llamado “gobierno eficiente” no sea en absoluto deseable basta nombrar unos cuantos ejemplos de este modelo en la vida real que se vivieron en el siglo XX: la Alemania de Hitler, la Unión Soviética de Stalin y Chile de Pinochet²³. En

²¹ Víctor García Toma. Capítulo XI La descentralización y los Gobiernos descentralizados. en *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993 Tomo II* (Lima: Universidad de Lima Fondo de Desarrollo Editorial, 1998):376-377.

²² Mauricio Pérez Salazar, “Una aproximación a la teoría económica del derecho constitucional” *Revista Derecho del Estado* no. 20 (2007):8.

²³ En una alocución pública del 5 de julio de 1940, F. D. Roosevelt se refirió a los gobiernos entonces en el poder en países como Italia (fascista), Rusia (comunista) y Alemania (nacional socialista). Según Roosevelt, su modelo, que denominó “el estado corporativo”, resultaba ‘extremadamente eficiente’, en parte porque prescindía de las ramas legislativa y judicial.

Cass R. Sunstein. *The Second Bill of Rights* (New York: Basic Books, 2004), 79.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

ese sentido, no se discuten los perjuicios del centralismo y la cuestión no es si se debe descentralizar ni tampoco hasta cuándo se debe descentralizar; la cuestión es si, luego de aproximadamente veinte años, ésta característica particular de “permanencia” concebida como una barrera frente al centralismo no habrá resultado más bien contraproducente en algunos casos particulares, como reflexionaba, en tono poco condescendiente, Abusada Salah, presidente del Instituto Peruano de Economía, cuando sostiene que “Hoy el Perú ha dejado de ser un país unitario de facto para convertirse en un archipiélago de 26 regiones en las que — paradójicamente— se practica el ‘centralismo en pequeño’ [...]”²⁴ Conviene dar un vistazo a los antecedentes del proceso en curso antes de poder contestar tal cuestión.

2.1.1. El proceso histórico de construcción de la descentralización en el Perú

2.1.1.1. El apresurado intento descentralizador en el quinquenio 1985-1990

Reseñar el contexto es crucial en todo análisis; en el caso del actual proceso de descentralización, parte del contexto es el último intento previo de descentralizar el país. Así pues, durante el primer gobierno del fallecido presidente Alan García, de 1985 a 1990, hubo un fuerte impulso hacia la regionalización. Tomando como base el Plan Nacional de Regionalización de 1984, en 1987 se aprobó la primera Ley de Bases de Regionalización, la cual fue nuevamente revisada y aprobada en 1988. Como resultado, la ley de la época establecía que sólo podía haber 12 regiones, lo que generó un problema en la integración de los departamentos y provincias contiguas en ellos. Pese a ello, el Poder Ejecutivo, sin algún tipo de consulta popular o estudio serio y con una mayoría parlamentaria afín al gobierno de turno que no reparó en realizar mayor debate al respecto.

Tal y como relatan Luis Carranza y David Tuesta en un artículo publicado por la revista del Banco Central de Reserva (BCR) en el año 2004, con la coyuntura del gobierno de Alejandro Toledo que enarbolaba nuevamente la descentralización como política de Estado:

Las regiones eran un nivel intermedio de gobierno, con autonomía económica y administrativa, cuyo objetivo era lograr el desarrollo integral y armónico de la región. Sus competencias (delegadas) fueron amplias, aunque las

²⁴ Roberto Abusada Salah. “El archipiélago peruano”. Diario El Comercio. 21 febrero, 2019. <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/descentralizacion-regiones-peru-archipelago-peruano-roberto-abusada-salah-noticia-609819-noticia/>

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

autonomías limitadas. Así, las regiones no contaban con representantes elegidos directamente por voluntad popular ni con potestad tributaria, y las leyes regionales debían ser promulgadas por el Poder Ejecutivo. Durante los últimos meses del gobierno de García, y de manera apresurada, se empezaron a traspasar las funciones, el personal y los recursos materiales, financieros, presupuestarios y documentarios a los gobiernos regionales.²⁵

Los siguientes pasos fueron: primero que el 13 julio de 1989, mediante la Resolución Suprema 132-89-PCM, se estableció una convocatoria al pueblo en distintos lugares del país para que expresara su opinión sobre cómo dividir las regiones; luego, el 19 julio de 1989 se aprobó el reglamento de la Ley 25077, por primera vez se eligió a los representantes para elegir escaños en los parlamentos regionales; después, el 12 de noviembre del mismo año, se eligieron líderes para cinco de las once regiones que fueron declaradas por ley (Grau, Amazonas, Ucayali, Arequipa y Moquegua-Tacna-Puno); finalmente, el 8 abril de 1990 —al mismo tiempo que se celebran las elecciones nacionales,— se eligen los líderes de las regiones Nororiental del Marañón; San Martín-La Libertad; Gran Chavín; Andrés Bello Caceres y Los Libertadores-Wari; Inka. El proceso fue, pues, bastante acelerado y sin planificación.

2.1.1.2. La década de 1990: Entre la recentralización política y la descentralización de la Constitución de 1993

Un importante factor para tener en cuenta respecto del proceso de regionalización entre 1989/90 y 1992 es que, además de heredar el apresurado proceso iniciado en el gobierno anterior, “se caracterizó no solamente por deficiencias de diseño institucional [...], sino también por hallarse en el contexto de una profunda crisis económica, crisis de autoridad del Estado y la guerra interna.”²⁶ En efecto, según señala la Comisión de la Verdad y la Reconciliación:

(...) el inicio de la década del noventa encontró al país en una grave crisis económica y social. El año 1988 había terminado, de acuerdo a cifras del INEI, con una inflación anual de 1,722% y el año 1989, con una de 2,775%. Hasta fines de 1989, se había acumulado el 63.6% del total de muertos y desaparecidos

²⁵ Luis Carranza Ugarte y David Tuesta Cárdenas, “Consideraciones para una Descentralización Fiscal: Pautas para la Experiencia Peruana.” *Revista Estudios Económicos*, no. 12 (2004).

²⁶ Markus Rühling, “Proceso de descentralización en el Perú: análisis, retos y perspectivas 2002”. *Aportes al Debate* no. 2. (Lima: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2002): 9.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

a causa del conflicto reportados a la CVR. Por otro lado, hacia mediados de 1990, 65 provincias y un distrito se encontraban bajo estado de emergencia.²⁷

Es así, que, a partir de 1992, luego del autogolpe, el Estado fue rediseñado hacia una estructura de poder más centralizado: se suprimieron las asambleas, consejos y presidentes regionales. Al mismo tiempo, el Ministerio de la Presidencia recibió un papel mucho mayor en el gobierno, de modo tal que le fueron adscritos organizaciones, instituciones y organismos públicos descentralizados. A su vez, se crearon los Consejos Transitorios de Administración Regional (CTAR) en cada departamento, como entidades descentralizadas que ejecutaban el gasto público en las regiones y contaban con autonomía técnica, presupuestal y administrativa en el ejercicio de las funciones, pero no así con ingresos propios o potestad tributaria.

A los CTAR se les encargó la responsabilidad de gestionar y llevar a cabo la formulación, evaluación y supervisión de los esfuerzos de desarrollo continuo del departamento, supervisar los proyectos de investigación relacionados con la planificación física del departamento; no obstante, el Ministerio de la Presidencia estaba encargado de aprobar los objetivos, pero su trabajo era fomentar la aplicación de las inversiones privadas con el alcance del departamento y su combinación con las inversiones públicas, estrategias y actividades de los CTAR y ver los resultados de la forma en que se llevaron a cabo. Las Direcciones Regionales y Subregionales a cargo de los CTAR eran parte del Ministerio que iba con ella. Cuánto presupuesto recibía cada uno de los CTAR dependía de los recursos del presupuesto institucional del pliego regional del cual provenían.

En 2003, Manuel Dammert, sociólogo peruano y excongresista de izquierda²⁸, en su escrito “Empezando la descentralización del siglo XXI en Perú: desde la reforma institucional hasta el desarrollo territorial”, escribiendo para la CEPAL, explica y critica el procedimiento que siguió el proceso ‘descentralista’ en los años 1990-200, señalando que en el esquema estatal

²⁷ Comisión de la Verdad y Reconciliación. Informe Final Tomo III, Capítulo 2, punto 2.3 La década del noventa y los dos gobiernos de Alberto Fujimori. Página 61

²⁸ Diputado por el Partido Comunista Revolucionario en 1980, reelecto por el partido Izquierda Unida en 1985, vuelto a elegir en las elecciones de 1990 por el partido Izquierda Socialista, pero interrumpido por el autogolpe de 1992. En las elecciones generales de 2011 postuló al congreso, pero no resultó electo y quedó como primer accesitario por Lima Metropolitana. Habiendo fallecido el congresista Javier Diez Canseco, el 4 de mayo de 2013, Dammert asumió como Congresista de la República, cargo que juramentó el día 15 de mayo. En las elecciones de 2016, fue reelegido congresista por la coalición del Frente Amplio para el periodo 2016-2021. Tras la disolución del Congreso decretado por el presidente Martín Vizcarra su cargo llegó a su fin el 30 de septiembre de 2019.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

del expresidente Alberto Fujimori no tenía cabida un nivel de gobierno regional no sólo en lo representativo sino tampoco en la administración del territorio. De hecho, titula a aquel apartado específicamente como “*El hipercentralismo y las regiones*”:

[...] Este Ministerio [de la Presidencia] empezó, además, a absorber dependencias de otros ministerios, hasta convertirse en un superministerio. En 1999 se le había asignado ya el 24% del Presupuesto Nacional. De este modo, se reorganizaba el Estado para extenderlo a todo el territorio pero con dependencia directa, hasta para la más mínima decisión, de los niveles centrales del gobierno nacional.

El debate de la Constitución de 1993, evidenció que en el esquema del gobierno, debían existir “Intendentes Regionales”, designados por el Ejecutivo para coordinar la obra pública. El rechazo a esta propuesta fue muy amplio. Entonces en la Constitución de 1993 se adoptó una fórmula singular. Se definía un Presidente Regional elegido, con un Consejo de Coordinación, integrado por los Alcaldes Provinciales. De este modo, se le anulaba el carácter de gobierno al nivel regional, para establecer sólo un nivel de coordinación, que deviene en la práctica en un órgano supeditado a las direcciones sectoriales del gobierno nacional en la localidad. Con estas limitaciones, se incluyó el compromiso constitucional, en la 8° disposición transitoria de elegir las autoridades regionales, “a más tardar en 1995”, lo que nunca se produjo²⁹

Dada la formación y orientación política de Dammert, era esperable que su posición fuese bastante crítica a las políticas del expresidente Fujimori; no obstante, su testimonio es valioso al tratarse de un testigo y participante directo en los vaivenes políticos de aquella época. Sentada aquella acotación, es relevante poner de manifiesto que las motivaciones detrás de la recentralización noventera fueron más políticas que técnicas o jurídicas; en un contexto de inestabilidad, como el ya descrito, el Ejecutivo necesitaba concentrar y centralizar el poder para llevar a cabo sus estrategias. Entregar o permitir que las regiones tuvieran poder hubiera implicado una situación de tirante enfrentamiento a la que los regímenes autocráticos no suelen arriesgarse. Así lo afirma Carlos Hakansson Nieto, en el año 2012:

La idea de fondo es la siguiente: sin descentralización no hay posibilidad que funcione el presidencialismo. La falta de una división territorial del poder, entendida como la descentralización de las decisiones políticas a través de ejecutivos y parlamentos regionales, trae como consecuencia el riesgo de elegir,

²⁹ Manuel Dammert, “La descentralización en el Perú a inicios del siglo XXI: de la reforma institucional al desarrollo territorial Volumen I” *Revista de la CEPAL Serie Gestión pública*, no. 31 (2003): 42.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

o reelegir, un caudillo luego de cada proceso electoral, salvo que el presidente se autolimita.³⁰

Es resaltante que Hakansson Nieto destaque el trasfondo político del proceso de descentralización: es una condición *sine qua non* el sistema presidencial de gobierno para trabajar. Es decir que, la división territorial del poder político funge como límite ante el peligro de que el presidencialismo degenera en caudillismo. El análisis es particularmente interesante al realizarse como comentario exegético al contenido constitucional de una Carta Política que nació en el contexto de un caudillismo abiertamente partidario del centralismo. Así, el autor sostiene no solo la necesidad, sino la viabilidad, de la descentralización dentro de un cuerpo normativo de sesgo centralista como es la Constitución Política de 1993.

El Supremo Intérprete de la Constitución tampoco ha sido ajeno a pronunciarse adjetivando o calificando el carácter centralista del país tanto en la actualidad en que se emitió la sentencia como en la década de 1990. Así pues, en 2005, en un proceso de inconstitucionalidad contra el Artículo 2 de la Ley N° 28374, Ley que regulaba la distribución de los recursos en el caso de la adjudicación directa de predios en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional, publicada el 5 de noviembre de 2004, se pronunció de la siguiente manera:

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

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

³⁰ Carlos Hakansson Nieto, “Capítulo II La Constitución como un pacto de límites al ejercicio del poder.” en *Curso de Derecho Constitucional*. (Lima: Palestra Editores, 2012),88.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Transitorios de Administración Regional – CTAR, dependientes del Ministerio de la Presidencia, como una forma marcada de “recentralización” del poder.

Por eso, es interesante que el proceso descentralizador no sea truncado por los intereses gubernamentales anticonstitucionales. Es más, la etapa antidemocrática de la década pasada debe servir de lección para que las instituciones públicas, desde el rol que cumplen en el Estado, puedan hacer concurrir esfuerzos para cumplir los deberes que el Poder Constituyente ha establecido al Estado democrático y social de derecho, según la normatividad constitucional.³¹

A su turno, Friz Burga también se pronuncia sobre el referido proceso señalando que la experiencia de los gobiernos regionales, en general, fue considerada negativa. Así, pues, lista entre los principales problemas, considerados causas del fracaso de la experiencia regional peruana, a los siguientes:

- i) La constante superposición de funciones entre los niveles de gobierno nacional, regional y local.
- ii) El origen heterogéneo, designación corporativa y elección de los miembros de las asambleas regionales.
- iii) La inestabilidad política de la forma de gobierno de asamblea actuada a nivel regional.
- iv) La ausencia de facultades tributarias originarias y el sometimiento a facultades delegadas del Congreso -delegación que nunca se concretó-.
- v) La ausencia de materias de competencia originarias.
- vi) El funcionamiento de los gobiernos regionales coincidió con la aplicación de un modelo económico neoliberal y centralizador.
- vii) Una elevada e insatisfecha expectativa de la población.
- viii) La rigidez de los sistemas administrativos centrales de los cuales dependían las regiones.
- ix) La inexperiencia de los dirigentes políticos regionales.
- x) La ausencia de equipos técnicamente calificados.
- xi) La debilidad de las alianzas entre los grupos políticos regionales, uno de los elementos típicos de la forma de gobierno de asamblea.

³¹ Tribunal Constitucional. EXP. N° 002-2005-PI/TC, (Lima, 18 de febrero de 2005) sala Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, González Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli, Landa Arroyo. Fundamento 22.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

- xii) La escasez de recursos.
- xiii) La repetición de un esquema de administración centralista en el nivel regional.
- xiv) Una mínima incorporación de los gobiernos locales en el proceso de regionalización.
- xv) La violencia política del período.
- xvi) La falta de apoyo y de una voluntad política favorable a la regionalización por parte del Poder Ejecutivo.
- xvii) La ausencia de una instancia institucional para la coordinación entre regiones.
- xviii) La ausencia de una instancia institucional eficaz para la resolución de los conflictos de competencia.³²

De hecho, no obstante que el Congreso Constituyente Democrático alcanzó un acuerdo para “Hacer de la descentralización uno de los criterios que inspire, diseñe, organice y dé sentido a la nueva Constitución Política del Estado”³³, la versión inicial de la Carta Magna de 1993, aunque mantuvo las regiones, nunca señaló “expresamente las materias de competencia regional, ni cuáles eran sus bienes ni sus rentas propias, ni cómo se estructuraban sus órganos, ni sus funciones”³⁴ dejando así la tarea de una regulación vía ley por parte de los legisladores futuros. Respecto a esa situación, Domingo García Belaúnde, realiza una feroz crítica:

Es cierto que la Constitución de 1993 [...] consagró las regiones, pero lo hizo en el papel, sin autoridades, sin competencias, sin órganos de dirección y sin recursos. Estuvieron pintadas en la pared, pues no sirvieron para nada y jamás se instalaron. Más bien, a través del Ministerio de la Presidencia, se inició un lento pero eficaz proceso de centralización del país, a tal extremo que a los pocos meses todo dependía del poder Ejecutivo. Se llegó de esta manera a un hiper-centralismo, en dimensiones que jamás antes existieron. Fue, pues, un retroceso notable.³⁵

³²Johnny Zas Friz Burga. “Procesos de descentralización y recentralización estatales: Una aproximación al caso peruano (1821 - 2000)” (Ponencia presentada en la I Jornada Chileno-Peruana de Historia del Derecho, Valparaíso 23-24 noviembre, 2000).

³³ Congreso Constituyente Democrático. Diario de los Debates-Debate Constitucional Pleno -1993. Tomo I. 25.

³⁴ Johnny Zas Friz Burga. *La insistencia de la voluntad. El actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004)*. (Lima: Defensoría del Pueblo, 2004): 121.

³⁵ Domingo García Belaúnde, “La descentralización en el Perú actual (Antecedentes, desarrollo y perspectivas) (Reflexiones al hilo de la reforma constitucional peruana en materia de descentralización).” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, no. 9 (2005): 745.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Para Lucía Dammert, el escenario de fragilidad de los gobiernos regionales y distritales se dio en gran parte por no haberse implementado una política de fortalecimiento de capacidades de capital humano.³⁶ en estos casos de gobierno.

2.1.1.3. Las bases del actual proceso de descentralización en la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización del 2002

Si bien es cierto que, en el Perú, la descentralización ha sido un anhelo que se ha intentado alcanzar, con distintos matices y niveles de intensidad, desde la fundación de la República, fue luego de la turbulencia política con que acabó el siglo XX, durante el Gobierno de Transición, que resurgió como prioridad entre las políticas públicas y se relanzó a partir del gobierno del expresidente Alejandro Toledo. Dentro de este contexto, la evolución legislativa del actual proceso de descentralización se desarrolló cronológicamente comenzando el 7 de marzo de 2002 cuando el Congreso de la República aprueba la modificación del capítulo XIV del título IV de la Constitución Política del Perú, mediante Ley de Reforma Constitucional N.º 27680 que permite la formación de gobiernos regionales y luego el 15 de marzo de 2002 promulga la Ley de Elecciones Regionales N.º 27683. Posteriormente, durante aquella misma legislatura, el 17 de julio de 2002 se promulga la Ley de Bases de la Descentralización N.º 27783. En la segunda legislatura del mismo año, el 16 de noviembre se promulga la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales N.º 27867 y el 30 de diciembre se promulga la modificación de la Ley de Gobiernos Regionales N.º 27902. En el siguiente año, el 26 de mayo de 2003 es promulgada la nueva Ley Orgánica de Municipales N.º 27972 y para el 8 de julio de 2004 se promulga la Ley del Sistema de Acreditación de Gobiernos Regionales y Locales N.º 28273, que establecería las pautas para la transferencia de competencias.

2.1.2. El régimen de las infracciones constitucionales

El artículo 75° del Código Procesal Constitucional explica que romper las normas de la Constitución en el orden equivocado es un delito, puede ser: a) por la forma o por el fondo; b) parcial o total; y, c) directa o indirecta.

³⁶ Lucía Dammert, “La corrupción y crimen organizado: la fragilidad estatal del Perú”, *Nova Crimis*, vol 9, no.14, (2017): 137.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

2.1.2.1. Infracciones constitucionales por la forma o el fondo

En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha establecido que un régimen viola la Constitución en tres situaciones principales:

a) Cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación.³⁷ Tal episodio tendría lugar, por ejemplo, si, aparte de las excepciones previstas en el Reglamento del Congreso de la República, un proyecto de ley fuera sancionado sin que previamente haya sido aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, tal como lo exige el artículo 105° de la Constitución.

b) Cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho.³⁸ Así, por ejemplo, existen determinadas materias que la Constitución reserva a las leyes orgánicas, razón por la cual en caso de que una ordenanza regional se ocupe de dicha regulación, incurriría en un vicio de inconstitucionalidad formal.

c) Cuando es expedida por un órgano que, constitucionalmente, resulta incompetente para hacerlo.³⁹ Aquello podría acontecer si, por ejemplo, el Poder Legislativo expediera decretos de urgencia, pues la posibilidad de dictar dichas fuentes normativas ha sido reservada al Presidente de la República.

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

2.1.2.2. Infracciones constitucionales parciales o totales

La totalidad o parcialidad de las infracciones constitucionales, no se encuentra referida a la cantidad de la fuente afectada, que en este caso es la Constitución, sino de la fuente lesiva

³⁷ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°00020-2005-PI/TC, 00021-2005-PI/TC, (27 de setiembre de 2005, sala Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzáles Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli, Landa Arroyo)

³⁸ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°00020-2005-PI/TC, 00021-2005-PI/TC,

³⁹ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°00020-2005-PI/TC, 00021-2005-PI/TC,

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

(sea la ley o la norma con rango de ley). Así pues, una ley puede ser totalmente inconstitucional cuando la totalidad de su contenido dispositivo o normativo es contrario a la Constitución. En tales situaciones, la demanda de inconstitucionalidad es declarada fundada, y la disposición impugnada queda sin efecto.

Por el contrario, la ley es parcialmente inconstitucional cuando lo que resulta inconstitucional es solamente una fracción de su contenido dispositivo o normativo. El colegiado constitucional ha señalado que “en caso de que el vicio parcial recaiga sobre su contenido dispositivo (texto lingüístico del precepto), serán dejadas sin efecto las palabras o frases en que aquel resida.”⁴⁰ Mas si por el contrario, “el vicio recae en parte de su contenido normativo, es decir, en algunas de las interpretaciones que pueden ser atribuidas al texto del precepto, todo poder público quedará impedido, por virtud de la sentencia del Tribunal Constitucional, de aplicarlo en dichos sentidos interpretativos.”⁴¹

2.1.2.3. Infracciones constitucionales directas o indirectas

La infracción directa de la Carta Fundamental por una norma, tiene lugar cuando dicha vulneración queda verificada sin necesidad de apreciar de manera previa la incompatibilidad de la norma enjuiciada con alguna o más normas legales. Se trata de aquellos supuestos en los que el parámetro de control de constitucionalidad, se reduce únicamente a la Norma Fundamental.

Por su parte, la infracción indirecta de la Constitución implica incorporar en el canon del juicio de constitucionalidad a determinadas normas además de la propia Carta Fundamental.⁴² Se habla en estos casos de vulneración "indirecta" de la Constitución, porque la invalidez constitucional de la norma impugnada no puede quedar acreditada con un mero juicio de compatibilidad directo frente a la Constitución, sino sólo luego de una previa verificación de su disconformidad con una norma legal perteneciente al parámetro de constitucionalidad.

Tal como ha afirmado el Colegiado en anterior oportunidad,

⁴⁰ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°00020-2005-PI/TC, 00021-2005-PI/TC.

⁴¹ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°00020-2005-PI/TC, 00021-2005-PI/TC.

⁴² Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°00020-2005-PI/TC, 00021-2005-PI/TC,

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

(...) en determinadas ocasiones, ese parámetro puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de 'normas sobre la producción jurídica', en un doble sentido; por un lado, como 'normas sobre la forma de la producción jurídica', esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como 'normas sobre el contenido de la normación', es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido.⁴³

2.3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia del proceso de descentralización

En al menos dos pronunciamientos el Tribunal realiza unas precisiones acerca del carácter 'unitario y descentralizado' que bien pudieran parecer meras disquisiciones, pero cuya explicación tiene una repercusión trascendental respecto a cómo se entiende la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el proceso de descentralización.

El 11 de agosto del año 2004, luego de publicarse la Ley N.º 28325, la Municipalidad Provincial de Cajatambo interpuso contra tal una demanda de inconstitucionalidad, argumentando que violaba los artículos 43 y 106 de la Constitución, así como diversas normas integrantes del "bloque de constitucionalidad municipal". Sostuvo además que la ley en cuestión se basaba en una tesis centralista, que desnaturalizaba y contradecía el modelo de Estado y de gobierno descentralizados. La competencia para conceder licencias de conducción estaba en el centro del argumento, la controversia giraba en torno a la competencia para emitir licencias de conducir, expedir tarjetas de propiedad, placas de rodaje e inscripción administrativa de propiedad de vehículos menores. Así pues, en uno de los argumentos por los que se sustentó la sentencia, el Tribunal dijo lo siguiente:

[E]l Tribunal Constitucional ha de recordar que, de conformidad con el artículo 43 de la Constitución, el Estado peruano es unitario y descentralizado. Esta definición excluye la posibilidad de que el Estado peruano sea concebido como un Estado unitario centralizado, es decir, como uno en el cual las

⁴³ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°007-2002-AI/TC (Lima, 27 de agosto de 2003, sala Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma) Fundamento 5.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

actividades fundamentales se encuentran concentradas en un ente único; por el contrario, nuestra Constitución no solo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regiones y municipios) autonomía administrativa, sino también económica y, lo que es más importante autonomía política, la cual se traduce en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191 de la Constitución) así como en la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículos 192 inciso 6 y 200 inciso 4 de la Constitución).⁴⁴

En otra ocasión, con motivo del primer caso ‘Hoja de Coca’, En ese momento, el presidente de la República dijo que la Ordenanza Regional N.O 031-2005-GRC/CRC impulsado por el Presidente del Gobierno Regional de Cusco, no estaba en consonancia con la Constitución, en los extremos en que: a) También dijo que la planta de hojas de coca era un tesoro natural, biológico, cultural y histórico de la región de Cusco. a) Declaró a la planta de la hoja de coca como patrimonio regional natural, biológico, cultural e histórico de Cusco, y como recurso botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino y a las costumbres y tradiciones culturales y medicinales (artículo 1°); y b) Reconocía como zonas de producción tradicional de carácter legal de la planta de la hoja de coca los valles de La Convención y Yanatile, de la provincia de Calca, y Qosñipata, de la provincia de Paucartambo, todos integrantes del departamento del Cusco. Cuando el Tribunal tomo su decisión, señaló que:

[E]l Estado peruano no es “unitario descentralizado”, sino “unitario y descentralizado”. La diferencia entre uno y otro caso no es un simple juego de palabras. Encierra profundas diferencias en lo que a la distribución horizontal del poder respecta.

Un Estado “unitario descentralizado” es meramente un Estado unitario complejo, es decir, aquel en el que la descentralización solamente se presenta en un ámbito administrativo, más no en un ámbito político. En dichos Estados, las entidades descentralizadas no gozan de verdadera autonomía, pues si bien tienen importantes potestades reglamentarias y ejecutivas, estas, finalmente, reducen su cometido a la ejecución de las leyes estatales.

Sin embargo, nuestra Constitución no solo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regiones y municipios) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo

⁴⁴Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°00020-2010-PI/TC, (Lima, 24 de mayo de 2011, sala Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz, Urviola Hani) fundamento 13.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

191 de la Constitución), y, de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (Artículo 192.6 y 200.4 de la Constitución).⁴⁵

Con ocasión del más famoso caso ‘Hoja de Coca’, El presidente de la República demandó la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal 022-2007-GRP que declaró a la hoja de coca como parte del patrimonio regional de Puno. En el referido caso, el Colegiado se expresó respecto del ‘carácter unitario’ del Estado peruano descentralizado y su diferencia con el Estado ‘centralista’:

[...] El Estado constituye una unidad, un todo, un universo; no obstante, la vertiginosidad con la que avanzan los Estados modernos y la creciente población, que suma miles de millones en algunos casos como China, han creado la necesidad de transferir el poder, elemento básico para gobernar, a órganos especializados para una mejor administración del Estado. Es indudable que quien gobierna necesita del poder y lo ejerce para bienestar del componente social. El poder del Estado en consecuencia es único, pero hay que diferenciar el Estado unitario del centralista; en este último el poder recae en un solo órgano que se convierte en dominante de los poderes locales y particulares en los que además la subordinación orgánica al poder central es absoluta, con autoridad investida con competencias normativas en el gobierno Central. En el Estado unitario y descentralizado en cambio el poder no se encuentra concentrado en un órgano único sino que se permite la posibilidad de transferir facultades de gobierno a entidades denominadas por algunos como "organismos constitucionales autónomos", que ayudan al desarrollo integral de la política nacional (artículo 189 de la Constitución), con poder incluso para dictar normas de ámbito territorial, pero en atención a las competencias asignadas por la propia Constitución del Estado que, como se dijo, constituye una unidad, razón ésta por la que un organismo del Estado al que se le ha conferido una parte de ese poder no puede ir más allá de lo que la propia Constitución le asigna.⁴⁶

Refiriéndose al aspecto específico de la regionalización, tampoco ha escatimado pronunciamientos y enmendamientos el Tribunal; por ejemplo, en fecha 23 de noviembre de 2004, el Gobierno Regional de San Martín interpuso demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N°27971 (publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de mayo de 2003), que facultaba el nombramiento de los profesores aprobados en el Concurso Público autorizado por la Ley N.º 27491. De otro lado, refirió que la ley impugnada vulneraba la autonomía regional en los

⁴⁵ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°00020-2005-PI/TC, 00021-2005-PI/TC fundamento 38.

⁴⁶ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°006-2008-PI/TC (11 de junio de 2008, sala Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda), fundamento 9.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

ámbitos político y administrativo, por cuanto consideró que, de acuerdo con el artículo 191° de la Constitución, y los artículos 46° y 47°, literal a), de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, era de competencia exclusiva de los gobiernos regionales el nombramiento de los maestros en sus respectivas plazas. Añadiendo que, dentro de las competencias exclusivas del gobierno nacional, estipuladas en el artículo 26° de la Ley N.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización, no se contemplaba la de nombrar al personal de las regiones, entre ellas, la de la Región San Martín. Al resolver la cuestión, el razonamiento del Tribunal fue el siguiente:

El Estado unitario y descentralizado regional presupone que la potestad normativa está distribuida entre órganos nacionales y los gobiernos regionales y locales, puesto que la autonomía político-normativa otorgada conlleva la facultad de crear Derecho, y no solo de ejecutarlo. (fundamento 116)⁴⁷

[E]l Estado peruano no puede concebirse como un Estado “unitario descentralizado”, es decir, como uno en el que la descentralización tan solo refleja una proyección estamentaria o administrativa de un único ordenamiento jurídico a ejecutar. Se trata, por el contrario, de un Estado “unitario y descentralizado”, esto es, un Estado en el que la descentralización, al alcanzar una manifestación político-normativa, acepta la convivencia de subsistemas normativos (nacional, regional y local). (fundamento 117)⁴⁸

Otro caso, no tan bien conocido, pero no por eso menos importante, giró en torno al cuestionamiento de la municipalidad demandante respecto al examen de constitucionalidad del artículo único de la Ley N.º 28414, luego la Ley N.º 28917, que adjudicó un terreno de propiedad del Estado en favor del Club Departamental Tumbes, alegando que tal disposición vulnera el artículo 103° de la Constitución, pues establece un trato diferenciado que es contrario a la dignidad humana, así como los artículos 194° y 195°, por cuanto se vulnera la autonomía municipal y determinadas competencias de los gobiernos locales. Sostenía que tal terreno lo pretendía utilizar para servicios públicos a favor de la respectiva comunidad. Previamente al análisis de fondo debe precisarse que en el referido caso el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley N.º 28414, toda vez que fue derogada implícitamente por la mencionada Ley N.º 28917, publicada el 7 de diciembre de 2006. En efecto, la Ley N.º 28917 estableció: “Adjudicase en propiedad a título gratuito, el terreno

⁴⁷Tribunal Constitucional del Perú EXP. N.º 0047-2004-AI/TC, (24 de abril de 2006, sala García Toma, Gonzáles Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli, Landa Arroyo), fundamento 116.

⁴⁸Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 0047-2004-PI/TC, (24 de abril de 2006, sala García Toma, Gonzáles Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli, Landa Arroyo), fundamento 117.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

afectado en uso por Ley N.º 28414 a favor del Club Departamental Tumbes (...)", por lo que, como se aprecia, respecto de este bien inmueble se reemplaza la condición de "afectación en uso" por la de "propiedad" a favor del mencionado Club Departamental. Por tanto, habiéndose sustraído la materia respecto de la Ley N.º 28414, el examen de constitucionalidad en el presente caso se circunscribió al artículo único de la Ley N.º 28917. Así pues, el criterio del Tribunal fue el siguiente:

[S]i bien los gobiernos regionales, locales, provinciales y distritales poseen autonomía, no puede olvidarse que estos forman parte de un ordenamiento presidido por la Constitución (artículos 38, 44, 45 y 51), y que el Estado peruano es "uno e indivisible" (artículo 43, Constitución), de modo tal que el ejercicio de sus propias competencias, así como los efectos de sus decisiones deben resultar compatibles con las competencias y atribuciones asignadas a los poderes del Estado u otros órganos constitucionales.⁴⁹

En su oportunidad, y refiriéndose al concepto del Canon, el Tribunal Constitucional explicó que "el canon, es la participación de la renta económica ya recaudada dispuesta por el Estado a favor de los gobiernos regionales y locales de las zonas de explotación de recursos."⁵⁰

Al respecto, la Comisión de Descentralización del Congreso de la República ha señalado lo siguiente:

Más allá del debate que se haya generado en torno a estos casos, debe destacarse que el argumento principal del Tribunal Constitucional en ambas sentencias, es que si existiera una incompatibilidad entre los distintos ordenamientos jurídicos existentes en el marco de un Estado unitario y descentralizado (según el cual los niveles descentralizados de gobierno en el marco de su autonomía política, pueden dictar normas con rango de Ley); dicha incompatibilidad no se resolvería apelando al principio de jerarquía normativa, pues ambas normas (nacional y regional) tienen el mismo rango; sino al principio de competencia.⁵¹

⁴⁹Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 0015-2008-PI/TC, (6 de enero de 2010, sala Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda), fundamento 18.

⁵⁰Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 0042-2004-PI/TC (13 de abril de 2005, sala Alva Orlandini, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli, Landa Arroyo), fundamento 53.

⁵¹ Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado. *Informe de Evaluación Relaciones Intergubernamentales en el Proceso de Descentralización*. Informe Anual Período de sesiones 2017-2018. (Lima, 2018):18.

http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2017/Comision_de_Descentralizacioni/files/evaluación_2017-2018.pdf

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Así pues, en palabras del excanciller César Landa, para averiguar en cada caso qué nivel de gobierno está a cargo, El Tribunal Constitucional ha explicado lo que significa el término “bloque de constitucionalidad”, que consta de:

“aquellas (normas) que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los deberes, derechos, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos”⁵²

Esto lleva a examinar otro principio conocido como “principio de cooperación y lealtad regional” que no está expresamente recogido en la Ley, pero ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional.

Los gobiernos regionales, al tener un deber de cooperación leal, o de lealtad regional, en la consecución de los fines estatales, no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales. Asimismo, tienen la obligación de facilitar el cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada al Gobierno Nacional, así como a los gobiernos municipales. También la de abstenerse de realizar toda medida que pueda comprometer o poner en peligro el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados a tales instancias de poder estatal y vecinal.⁵³

Dicho principio de lealtad regional, se deriva implícitamente de los artículos 189, 191 y 192 de la Constitución. Opera como una garantía institucional, pues asegura que el proceso de descentralización no degenera en uno de desintegración en el que los gobiernos regionales puedan confundir el principio de autonomía que le ha sido reconocido constitucionalmente (artículo 191) con los de autarquía o soberanía interna.⁵⁴

Tal como sostiene Ferrando Badía,

La autonomía implica siempre competencias legislativas. Ser entidades autónomas no supone que sean soberanas, sino que presupone su integración en el Estado. De ahí que la actividad legislativa de los entes autónomos ha de estar de acuerdo con los principios de integración del Estado del que forman parte.

⁵² César Landa Arroyo, “Descentralización y jurisprudencia constitucional.” Revista de Derecho Constitucional, no. 7. (2014):47.

⁵³ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 00020-2005-PI/TC, 00021-2005-PI/TC, fundamento 42.

⁵⁴ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N° 00020-2005-PI/TC, 00021-2005-PI/TC, fundamento 44.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

(...) La autonomía es, en efecto, libertad, facultad de promulgar normas, pero con coordinación necesaria, respecto de una colectividad más grande.⁵⁵

La teoría sobre el adecuado funcionamiento del proceso descentralizador y los supuestos de cooperación, unidad y armonía no despiertan mayor crítica. Lo más importante es cómo funciona este marco legal en la práctica cuando se prueban los límites entre los diferentes niveles de gobierno del Estado, si resultan eficientes las fórmulas que provee la legislación actual.

2.1.3.1. La impotencia del Poder Ejecutivo en el Caso Conga

Los depósitos de Chailhuagon y Perol fueron los primeros lugares donde comenzó el trabajo de exploración del Proyecto Conga en 2004. Teniendo en cuenta esto, del 2005 al 2007 se iniciaron los estudios de base medioambiental, y se actualizaron en 2008 para que la ingeniería del proyecto pudiera comenzar. Las actividades de perforación continuaron durante todo 2009. En el 2008 se aprobó mediante Resolución Directoral N° 243-2008-MEM/AAM, el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIASd) del Proyecto de Exploración Conga. Posteriormente, en abril de 2009, mediante Resolución Directoral N° 081-2009-MEM/AAM, se aprobó la Primera Modificación del EIASd del Proyecto de Exploración Conga y luego se presentó una segunda modificación. El 31 de marzo del 2010 se realizó una Audiencia Pública en el caserío Chailhuagón para presentar el EIA de Conga, que fue aprobado por la población.

El 27 de julio de 2011, la compañía Newmont Mining Corporation hizo pública la aprobación de la financiación total del Proyecto Conga, con un monto de US\$ 4,800 millones. El inicio de la producción se dispuso para fines del año 2014 e inicios del 2015, con una vida útil de 19 años. Este anuncio hizo que el presidente regional de Cajamarca, Gregorio Santos (perteneciente al Movimiento de Afirmación Social o MAS, un ala regional del partido Patria Roja que es el Partido Comunista del Perú); el presidente del Frente de Defensa Ambiental de Cajamarca, Wilfredo Saavedra (un abogado que purgó prisión por pertenecer al MRTA y luego se convirtió en juez de paz suplente de la provincia de San Marcos), y otras organizaciones sociales dieran a conocer sus críticas a la viabilidad de este proyecto denunciando los graves impactos que ocasionaría en la zona, sobre todo en las cabeceras de cuenca.

⁵⁵ Juan Ferrando Badía. *El Estado unitario, el Estado federal y el Estado regional*. (Madrid: Tecnos, 1978), 46.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

En diciembre del año 2011, Juan Arribasplata escribe la cronología del conflicto para la revista cajamarquina VOCES:

(...) El 21 de setiembre más de mil pobladores convocados por el SUTE-Cajamarca marcharon por las principales calles de la ciudad en contra del referido proyecto. Gregorio Santos pidió conversar con los entonces Primer ministro, Salomón Lerner, y Ministro del Ambiente, Ricardo Giesecke, para pedir la nulidad de Conga.

14 de octubre: La población del distrito de La Encañada liderada por su alcalde Jorge Vásquez, bloquea los kilómetros 28 y 29 de la carretera a Bambamarca como medida de protesta contra minera Yanacocha por incumplir diversos acuerdos sociales. Exigen que no se haga explotación minera en las cabeceras de cuenca.

15 de octubre: Mientras continúan las protestas de La Encañada, en el distrito de Huasmín, provincia de Celendín, autoridades del gobierno regional y congresistas conversan sobre el Proyecto Conga. Todos rechazan su instalación. Por su parte, Jorge Balcázar, gerente de responsabilidad social de Minera Yanacocha, explica que trasvasar las aguas de las lagunas a distintos reservorios significará contar con más recurso hídrico incluso en las épocas de sequía.

24 de octubre: Más de 2 mil pobladores de diferentes caseríos del distrito de Huasmín visitan las lagunas que serían afectadas por Conga. Luego de ello, dan un ultimátum de 8 días para que Yanacocha retire su maquinaria. Representantes de la empresa denuncian que la visita se hace con violencia y rechazan todo tipo de imposiciones.

2 de noviembre: Los ex ministros del Ambiente, Ricardo Giesecke; de Agricultura, Miguel Caillaux y Energía y Minas, Carlos Herrera llegan a las lagunas Azul y Perol del proyecto Conga. Ese mismo día el exministro Herrera regresa a la ciudad de Lima en un avión privado de minera Yanacocha lo que ocasiona desconfianza y críticas por parte de la población.

9 de noviembre: Se desarrolla un paro contundente en la ciudad de Cajamarca contra el proyecto Conga convocado por el presidente regional. Luego Minera Yanacocha suspende sus actividades de manera preventiva. El 11 de noviembre, los congresistas Jorge Rimarachín, Luis Llatas y Mesías Guevara en la sede de la municipalidad provincial de Cajamarca realizan una audiencia pública para conocer las demandas de la población en cuanto al tema del medio ambiente. La consigna de los pedidos es clara: Que se declare inviable el Proyecto Conga.

El Frente de Defensa Ambiental de Cajamarca, anuncia para el día 24 de noviembre un paro indefinido. Un día antes, el ex ministro del Interior, Oscar Valdés, ahora Premier, realiza una visita a Cajamarca para negociar la declinación de la medida de protesta, pero no se llega a ningún acuerdo. Las

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

autoridades cajamarquinas piden la presencia del Presidente de la República, Ollanta Humala.

24 de noviembre: Empieza el paro indefinido. Miles de personas de distintas provincias y distritos de la región Cajamarca salen a marchar a las calles en contra del proyecto Conga. Wilfredo Saavedra, presidente del Frente de Defensa Ambiental, señala: “Es imposible la viabilidad de Conga se mire por donde se mire”. El presidente regional también participa en los mítines. “Lo único que se quiere es que el gobierno central emita un documento declarando al proyecto Conga inviable”, afirma.

Se producen bloqueos de carreteras en distintas zonas, principalmente en la carretera de salida a las ciudades de la costa y a Bambamarca y Baños del Inca. La movilización y protesta es masiva.

En los siguientes días el paro se intensifica. Los bloqueos continúan y se producen enfrentamientos en las inmediaciones del proyecto Conga y en las lagunas Mishacocha, próxima a la laguna Totorococha, entre comuneros y policías. Resultan heridos comuneros y policías. También se registran detenidos.

29 de noviembre: En el sexto día de paro, Minera Yanacocha hace conocer un comunicado público anunciando la suspensión de las actividades del Proyecto Conga a exigencia del gobierno nacional. Carlos Santa Cruz, Vicepresidente de Operaciones Newmont Sud América, aparece por la noche junto al ex Premier, Salomón Lerner, en una conferencia de prensa, donde argumenta que con esta medida se busca el reestablecimiento de la paz y el diálogo en Cajamarca. Las reacciones de los dirigentes y autoridades regionales no se hacen esperar. Gregorio Santos dice: “Lamentablemente Yanacocha ha emitido un comunicado sin mayor contenido. No hay nada nuevo. Nosotros queremos que se declare la inviabilidad del proyecto Conga”.

4 de diciembre: El paro continúa. Un sector del empresariado cajamarquino se queja de las pérdidas económicas que viene produciendo el paro. Las pérdidas ascienden a aproximadamente un millón de dólares por día, según afirma Jorge Vergara, presidente de la Cámara de Comercio de Cajamarca.

El mismo día se lleva a cabo una reunión en Cajamarca entre el ex Premier Salomón Lerner, varios ministros y las autoridades y dirigentes regionales. Luego de más de 8 horas de diálogo no se llega a ningún acuerdo pese a haberse instalado dos mesas de trabajo para debatir la viabilidad del proyecto Conga y el Plan de Desarrollo Regional. El tema sensible es la suspensión del paro. Santos y Saavedra informan haber solicitado un plazo de 24 horas para decidir este punto con las bases. Afirman que el pedido ha sido rechazado por los miembros del Ejecutivo.

En horas de la noche el Presidente de la República, Ollanta Humala, decreta el Estado de Emergencia por 60 días en las provincias de Cajamarca,

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Hualgayoc, Celendín y Comtumazá. Santos y Saavedra critican duramente esta medida e invocan a la población a mantener la calma y suspender las actividades de protesta.

5 de diciembre: El gobierno regional de Cajamarca informa que a través del oficio N° 47-2011-EF/52.03, se ha dispuesto por disposición del Ministerio de Economía y Finanzas, el bloqueo de sus cuentas bancarias para evitar un eventual uso indebido de los recursos públicos. Se habla también de una probable intervención de Controlaría de la Republica.

6 de diciembre: Luego de participar en una reunión organizada por la Comisión de Pueblos Indígenas del Congreso de la República, los dirigentes Wilfredo Saavedra y Milton Sánchez, este último, presidente de la Plataforma Interinstitucional de Celendín, son detenidos y trasladados a la DIRCOTE junto a otros 4 dirigentes cajamarquinos. Son puestos en libertad después de más de 8 horas. La razón de la detención no queda clara. Inmediatamente se suscitan críticas al gobierno por este accionar.

A este punto, la ciudad de Cajamarca se encuentra bajo la vigilancia de las Fuerzas Armadas y efectivos de la DINOES, no obstante, las actividades comerciales se han reactivado. El diálogo y las negociaciones para solucionar el conflicto se pierden de vista.

11 de diciembre: El presidente Ollanta Humala juramenta a su nuevo Gabinete ministerial tras la renuncia irrevocable, el día anterior, del premier Salomón Lerner. Al parecer el conflicto Conga y las desavenencias al interior del gobierno en el tema de la resolución de conflictos conducen a tomar esta decisión al ex premier.

En horas de la noche, en sus primeras declaraciones, el flamante Premier Oscar Valdés, indica que el gobierno convocará a un peritaje internacional del Estudio de Impacto Ambiental de Conga para evaluar la viabilidad del proyecto. Luego de los resultados se sabrá si éste sigue adelante o no.⁵⁶

Luego de aquellas escaladas en el conflicto, el Gobierno Regional de Cajamarca emite la Ordenanza Regional N.º 036-2011-GR.CAJ-CR publicada en el diario oficial El Peruano, el 28 de diciembre de 2011 en la que se establecía lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR de interés Público Regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la Región Cajamarca, en armonía con los planes nacionales y regionales de desarrollo sostenible.”

⁵⁶ Juan Arribasplata. “Conga: Cronología de un conflicto.” *VOCES* no. 38. (2011).

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

SEGUNDO: DECLARAR inviable la Ejecución del Proyecto “CONGA” en las cabeceras de cuenca donde se ubican las lagunas: El Perol, comprensión del Distrito de Sorochuco, Azul, Cortada comprensión del Distrito de Huasamín; Mamacocha comprensión del Distrito de Bambamarca y todas aquellas ubicadas en el ámbito de influencia del Proyecto Conga, en razón a las inconsistencias técnico – legales del Estudio de Impacto Ambiental aprobado mediante Resolución Directoral N.º 351-2010-MEM/AAM, de fecha 27 de octubre de 2010, por contravenir normas constitucionales y tratados internacionales a los cuales está adscrito el Perú, ejecución que podría ocasionar daños irreversibles en los ecosistemas frágiles generando a su vez perjuicios económicos y sociales de magnitudes incalculable, colisionando directamente con los derechos fundamentales de las personas que habitan dichas jurisdicciones y en el área de influencia directa e indirecta del Proyecto Conga, lo cual, pone en riesgo la gobernabilidad de la Región Cajamarca y la Paz social de sus pobladores. Por lo que el Gobierno de Regional de Cajamarca, al amparo y aplicación de los Principio de Subsidiariedad, Precautorio, Pro homine, y haciendo uso de su autonomía política, económica y administrativa ante la falta de regulación y los vacíos normativos advertidos respecto a la protección del medio ambiente, está obligado a adoptar medidas que garanticen el orden público, la paz social y el respeto del Estado Constitucional de Derecho, instando al Gobierno Central el respaldo de esta decisión.

TERCERO: ENCARGAR al Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca, realice las acciones técnico – legales a fin de canalizar ante el Congreso de la República, los procesos investigatorios sobre las circunstancias en que se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto “Conga”, a ejecutarse en la concesión minero “Conga” a fin de deslindar las responsabilidades legales de los funcionarios y servidores públicos a cargo de la revisión y aprobación de dicho expediente.

CUARTO: DEJAR sin efecto cualquier disposición legal que se oponga a la presente Ordenanza Regional.” [...]

Frente a tal disposición, mediante demanda de inconstitucionalidad el Fiscal de la Nación cuestiona la Ordenanza pues alega que con dicha normativa el Gobierno Regional de Cajamarca se extralimitó en sus funciones invadiendo competencias propias del Ejecutivo, cuestionando específicamente: i) la declaración del interés público regional respecto la protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la región Cajamarca; ii) la declaración de la inviabilidad del Proyecto Conga; iii) el encargo dado al Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca para que canalice ante el Congreso de la República, los procesos investigatorios sobre el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) que

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

aprobó dicho proyecto; y, iv) que se deje sin efecto cualquier norma que se oponga tal Ordenanza Regional.

Este proceso de inconstitucionalidad era en esencia un conflicto de competencias, según lo ordena el artículo 110° del Código Procesal Constitucional, debido a que la Ordenanza Regional es de rango legal (art. 200, inciso 4, de la Constitución). Es por eso por lo que el Tribunal no analizó la legalidad o constitucionalidad de actos administrativos como el EIA referido, por no ser competente para ello, remitiéndose exclusivamente a determinar las competencias establecidas por la Constitución. Así pues, como ha resultado costumbre, lo que comenzó como un proceso de control de constitucionalidad se convirtió en la resolución de un conflicto competencial entre dos niveles de gobierno. El Tribunal Constitucional sostuvo respecto de la minería que:

En suma, si bien la Constitución establece que los gobiernos regionales son competentes para regular materias relativas al ámbito de minería, las normas interpuestas, como la LBD y la LOGR, establecen que las competencias en materia de minería son compartidas, estableciéndose específicamente que las concesiones en el caso de la pequeña minería y la minería artesanal recaen sobre los gobiernos regionales. En cuanto al Gobierno Nacional, este es competente para el otorgamiento de la concesión de la gran minería así como de la mediana minería. En tal sentido, el Gobierno Regional de Cajamarca no tiene competencias normativas para declarar la inviabilidad de la ejecución del proyecto de gran minería, como es el caso del proyecto Conga, ya que intervenir en ello, implica exceder las competencias normativas atribuidas por la Constitución y las normas interpuestas que ordenan la repartición de competencias. Por todo ello, el artículo segundo de la Ordenanza regional bajo estudio debe ser declarada inconstitucional.⁵⁷

Con ocasión del proceso de inconstitucionalidad en el caso Conga, el supremo intérprete de la Constitución tuvo oportunidad de referirse a la descentralización y el principio constitucional de la coparticipación de la riqueza de la siguiente manera:

La consecuencia esperada de este principio es que tales recursos sean utilizados a fin de empoderar a las sociedades circundantes al área de donde se extraen los recursos naturales. Concretizar esta idea, no obstante, requiere no solo de tales recursos financieros sino de recursos humanos preparados para poder plantear las políticas de desarrollo verdaderamente necesarias y técnicamente idóneas. En tal sentido, debería estar considerado que las entidades

⁵⁷ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 0001-2012-PI/TC (7 de abril de 2012, sala Álvarez Miranda, Urviola Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz), fundamento 26.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

que reciben el canon, tengan personal realmente capacitado para poder administrar la riqueza, privilegiándose proyectos de inversión a favor de la educación y la salud.⁵⁸

Así pues, el Tribunal en su último fundamento antes de declarar fundada la demanda de inconstitucionalidad, expresó lo siguiente:

Por último, queda claro que, a juicio de este Tribunal, los funcionarios del Estado, cualquiera sea su jerarquía (artículo 39° de la Constitución), deben ejercer sus competencias y atribuciones de manera proporcionada al principio de “lealtad constitucional” [Lucas Verdú, Pablo. El sentimiento constitucional, 1985], que consiste en la obligación de respetar el orden público constitucional realizando un ejercicio responsable de las funciones atribuidas por la Constitución y la Ley, así como a la jurisprudencia constitucional vinculante.⁵⁹

Aunque la recepción del fallo no fue pacífica, sino que generó bastante polémica y críticas de diversa índole, la más relevante es la del expresidente del Tribunal Constitucional, y excanciller de la República, César Landa Arroyo, en su artículo titulado “Conga y el Perro del Hortelano”, cambiando el enfoque de la discusión hacia la competencia para regular los recursos hídricos, una interesante perspectiva que lo lleva a sostener la viabilidad constitucional de la Ordenanza en cuestión:

(...) el TC no realiza una labor propia de su existencia, como es interpretar la Constitución, sino aplicar las leyes nacionales; para lo cual primero instrumentaliza el argumento de la minería, asumiendo que el Poder Ejecutivo regula la gran minería y los gobiernos regionales la pequeña minería y la minería artesanal. Pero, la Ordenanza Regional no está orientada a regular la gran minería sino a proteger los recursos hídricos de su jurisdicción; por tanto, la cuestión jurídica a saber es si los recursos hídricos es una materia exclusiva del gobierno nacional.

(...)

Por el contrario, la sentencia argumenta que por los principios de taxatividad y subsidiariedad le corresponde 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

⁵⁸ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 0001-2012-PI/TC (7 de abril de 2012, sala Álvarez Miranda, Urviola Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz), fundamento 61.

⁵⁹ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 0001-2012-PI/TC (7 de abril de 2012, sala Álvarez Miranda, Urviola Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz), fundamento 70.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

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 les otorga competencia compartida a las regiones para el manejo de los recursos hídricos de su jurisdicción.

(...)

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, sean las que puedan regular, desarrollar o proteger el bien constitucional, en este caso en abandono por parte del Gobierno Nacional. En virtud de lo cual, 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.⁶⁰

Es atendible la crítica del profesor y ex ministro de Relaciones Exteriores, Landa Arroyo, aún más considerando su trayectoria y desempeño en el papel de presidente del Colegiado; no obstante, es adrede que el Tribunal no se haya pronunciado sobre la protección de los recursos hídricos o la afectación medioambiental, puesto que ello le hubiera significado tomar una posición en un debate que trasciende la esfera de control constitucional. En cambio, el criterio que sujeta la norma regional a la ley nacional no es atentatorio contra la descentralización, sino que se sustenta en el principio de lealtad a que se deben los gobiernos regionales y en general todos los órganos constitucionales. Las disidencias políticas o ideológicas no pueden ser óbice para la unidad.

Si bien un fallo no cambia la realidad ni zanja la discusión política, en democracia se aceptan los resultados cuando agradan y cuando no también. En cualquier Estado de Derecho, este pronunciamiento del último órgano jurisdiccional debiera haber puesto fin al conflicto. No obstante, la realidad supera la juridicidad, e incluso la presión social forzó un peritaje internacional independiente que debía dar por terminada la problemática pero que en palabras del entonces Ministro de Ambiente, Pulgar-Vidal, “no determina la viabilidad ni la

⁶⁰ César Landa Arroyo, “Conga y el Perro del Hortelano” *IUS 360 (blog)* 21 de mayo de 2012. <https://ius360.com/publico/constitucional/conga-y-el-perro-del-hortelano/>

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

inviabilidad” sino que servirá como ‘insumo’ para las decisiones del gobierno.⁶¹ Hoy en día, el proyecto minero Conga ha sido suspendido.⁶²

Dejando de lado los probables aspectos sociológicos o meramente políticos, este caso muestra que es necesario de que el Poder Ejecutivo disponga de una solución jurídica que le permita superar el *impasse*, pues si bien la descentralización implica delegación y autonomía, no significa independencia ni supremacía; de hecho, el sistema está diseñado para mantener un equilibrio de poderes de manera que los ‘pesos y contrapesos’ provean estabilidad. El Poder Ejecutivo posee herramientas para controlar al Legislativo, tales como las cuestiones de confianza y la posibilidad de disolver al Parlamento en caso se le sea denegada dos veces (arts. 133, 134 y 135 de la Constitución Política de 1993); por su parte, el Poder Legislativo controla al Ejecutivo con las interpelaciones y censuras a ministros, o con la vacancia presidencial (arts. 131, 132 y 113 de la Constitución Política de 1993). Distinta es la situación con los gobernadores regionales que solo pueden ser revocados y no les es aplicable ni siquiera un juicio político (art. 99 de la Constitución Política de 1993).

Al respecto resulta pertinente la reflexión del Dr. Zas Fris Burga:

“JV: ¿Cuáles considera usted que son los principales vacíos o fallos del diseño normativo institucional del proceso de descentralización peruana que han permitido a los Gobiernos Regionales incumplir el contrato social, es decir la Constitución, al abusar de su autonomía y atentar contra el principio de unidad del Estado?

JZF: Allí no sé, en la pregunta hay demasiados supuestos que habría que evaluar: ¿cuál es el alcance de decir que han ejercido su autonomía al margen del ordenamiento jurídico nacional o que han atentado contra la unidad nacional? Está claro que la autonomía solamente se puede ejercer en el marco del ordenamiento jurídico nacional y eso está planteado en toda la normatividad, en las decisiones del Tribunal Constitucional. Todas las políticas públicas son políticas públicas nacionales. Los gobiernos regionales y locales tienen que seguir los planes y las políticas realizadas a nivel nacional. En ese sentido, habría que discutir más los presupuestos de esa pregunta.

(...)

⁶¹ <https://www.actualidadambiental.pe/ver-documento-peritaje-de-conga-gobierno-anuncio-que-dara-prioridad-al-acceso-del-agua/>

(Disponible para descarga en: <https://es.scribd.com/document/90022626/Peritaje-del-EIA-del-Proyecto-Conga>)

⁶² <http://www.mining.com/community-opposition-forces-newmont-abandon-conga-project-peru/>

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

En realidad, yo no veo que los gobiernos regionales o las municipalidades atenten contra la unidad nacional o atenten contra el ordenamiento jurídico nacional, yo le diría más bien que están bastante acotadas y ya el tema de la corrupción es un tema transversal, mucho más profundo, que tiene que ver con estas organizaciones políticas muy permeables a los intereses privados, y las dificultades para controlar la acción de esas personas, de esos grupos que asumen responsabilidades en el Estado.”⁶³

Aquí el Dr. Zas Fris se expresa con cautela, y realiza una disquisición importante cuando señala que “la autonomía solamente se puede ejercer en el marco del ordenamiento jurídico nacional”; el Dr. Zas Fris parece implicar que no es jurídicamente posible ejercer la autonomía la margen del ordenamiento jurídico, pues ello atenta contra todos los principios y políticas nacionales. Según explica, el problema de fondo es la crisis de los partidos políticos que son copados por intereses privados contrarios al interés general. El presupuesto principal de la pregunta es que ha existido un abuso de la autonomía, una extralimitación en las atribuciones y/o funciones que legítimamente la ley otorga a las autoridades subnacionales para la correcta consecución de los fines subyacentes a la misma idea de gobierno, pues, cuando se va más allá de lo que la ley permite, se está yendo, últimamente, contra la ley. Esto ha quedado evidenciado en el caso Conga.

El caso Conga, en toda su dimensión, pone de relieve la impotencia del Ejecutivo frente a un Gobierno Regional que discrepa de una política nacional y la desafía abiertamente, llegando a azuzar la violencia tanto física como política para incrementar su poder de negociación. Si bien es cierto que existe un fuerte debate político con trasfondo ideológico (el sector que conforma la más férrea oposición al proyecto minero Conga se encuentra en el espectro político de izquierda peruana, aunque no todos los grupos apoyan la radicalización y la violencia) y que todo debate político debe encontrar siempre un cauce jurídico, El caso de Conga muestra una grave deficiencia en la forma en que el Gobierno Central y los gobiernos regionales comparten el poder, y también muestra que el Tribunal Constitucional no tiene suficiente poder para hacer que las cosas ocurran, porque la verdad es que hay una sentencia del intérprete del Tribunal Supremo de la Constitución que da al Gobierno Central el derecho a

⁶³ Jhonny Zas Fris Burga, entrevista por Johnny Andrés Vásquez Soriano, 27 de julio de 2022. Anexo N°2.- Entrevista al Dr. Jhonny Zas Fris Burga.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

resolver un conflicto sobre quién tiene derecho a hacer algo, y éste poder del Estado sigue, irónicamente, impotente.

2.1.3.2. La insuficiencia de los estados de excepción para lidiar con las infracciones constitucionales de un Gobierno Regional

Siendo patente la necesidad de una herramienta de coerción constitucional, antes de considerar la incorporación de figuras Derecho Comparado o la creación de una nueva fórmula jurídica, hace sentido cavilar acerca de las actuales herramientas que ofrece la Constitución y su viabilidad tanto jurídica como práctica para atacar el problema.

Es cierto que la ley en sí es una herramienta de coerción social a disposición del legislador, puesto que sus disposiciones configuran límites a la conducta de los individuos, definiendo así las permisiones y prohibiciones; no obstante, existe un fundamento conocido como ‘núcleo duro’ de la Constitución, que se basa en las reglas básicas del derecho, aquellas costumbres y logros alcanzados por el hombre, usualmente llamados libertades, derechos fundamentales y/o garantías, a los cuales el Derecho ha consagrado como pilares de toda sociedad moderna en la que impere el ‘*rule of law*’. En este orden de pensamientos, el artículo 137° de la Constitución prevé una figura que permite el establecimiento temporal de una ‘dictadura’ mediante los llamados estados de excepción durante los cuales se suspenden múltiples garantías y libertades cuya magnitud dependen proporcionalmente de la intensidad de la emergencia que debe atenderse para hacer frente a situaciones sociales y políticas que son especialmente malas.

Para afrontar crisis constitucionales de tal magnitud, el ordenamiento constitucional prevé mecanismos *ad hoc* que: (i) conceden al Poder Ejecutivo potestades excepcionales de actuación y regulación; (ii) alteran el cuadro usual de división de poderes, concentrándolos en el Gobierno; (iii) habilitan la suspensión del ejercicio de determinados derechos fundamentales; y, (iv) permiten recurrir a las Fuerzas Armadas, en sustitución de la Policía, para vencer el peligro que se cierne sobre el país. Tal como oportunamente lo señala Javier Pérez Royo, “lo típico de los Estados excepcionales es que se produce una acumulación de funciones en la

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

cúspide del poder ejecutivo y se suprimen estadios intermedios, a fin de poder tomar las decisiones más rápidamente”.⁶⁴

El Tribunal Constitucional Peruano también ha expresado que una de las características del régimen excepcional es la “concentración del poder, con permisión constitucional, en un solo detentador –normalmente el jefe del Ejecutivo–, mediante la concesión de un conjunto de competencias extraordinarias, a efectos de que la acción estatal sea tan rápida y eficaz como lo exijan las graves circunstancias de anormalidad que afronta la comunidad política”.⁶⁵ A fin de cuentas, un estado de excepción, en palabras de Marcial Rubio, “(...) es la constitucionalización de una forma de dictadura temporal, para hacer frente a situaciones sociales y políticas especialmente graves.”⁶⁶

Se trata, pues, de medidas constitucionales de excepción dirigidas a salvar la misma Norma Fundamental. La naturaleza paradójica de la institución, que permite suspender los mecanismos corrientes de la democracia constitucional con el propósito ulterior de preservarla, ha sido advertida, por ejemplo, por estudiosos reconocidos como Sanford Levinson y Jack Balkin, quienes examinan la cuestión bajo el rótulo de “dictadura constitucional”, sostienen que la expresión es una “contradicción en los propios términos”, ya que ella –el “oxímoron”– parece combinar “absolutismo” con “constitucionalismo”, y afirman, en consecuencia, que “si el gobierno de emergencia es necesario, sus instituciones –y las restricciones bajo ellas– deben ser materia de una sistemática «reflexión y elección», encaminada a preservar y adaptar el gobierno republicano a través de las muchas crisis que las democracias inevitablemente encaran”.⁶⁷ En ese sentido, al reconocer los peligros de una deriva hacia formas autoritarias que la ambigüedad de la institución favorece, los referidos autores apuestan por la implementación de un diseño de frenos y garantías que eviten la conversión de la emergencia en un gobierno tiránico.

⁶⁴ Javier Pérez Royo. “Curso de Derecho Constitucional”. (Madrid: Marcial Pons, 2005), 1046.

⁶⁵ Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N°. 0017-2003-AI (16 de marzo de 2004, sala Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda, García Toma), fundamento 18.

⁶⁶ Marcial Rubio Correa. “De la estructura del Estado.” En *Para conocer la Constitución de 1993*. (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010): 224.

⁶⁷ Sanford Levinson y Jack Balkin. “Constitutional Dictatorship: Its Dangers and its Design”. *Minnesota Law Review* no. 94. (2010.): 1794-1795. Traducción propia.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Por supuesto, esto genera inquietudes naturales, como ha hecho notar acertadamente el profesor Friedrich, “el problema de la dictadura constitucional presenta, en consecuencia, un caso más agudo dentro del problema general del constitucionalismo. Y es éste: ¿cómo vamos nosotros a alcanzar una acción eficaz, vigorosa, del gobierno, y al propio tiempo a limitar el poder de los organismos gubernamentales, de manera que se evite la aparición de una concentración de poder despótica?”⁶⁸ Por paradójico que pueda ser, más allá de cualquier punto teórico o práctico que se puedan hacer, el estado de excepción es una herramienta fundamental cuya eficacia ha sido probada con éxito en la preservación del orden constitucional en momentos en que un Estado atraviesa una situación caótica temporal y fuera de lo ordinario. La cuestión que queda pendiente de discutir a estas alturas en el análisis del proceso descentralizador peruano es si acaso este nivel de coerción es suficiente para contener las consecuencias caóticas que genera la desobediencia a la Constitución por parte de Gobiernos Regionales.

Ahora bien, un estado de excepción, más propiamente un estado de emergencia por motivos de alteración del orden o conflictos internos —pues el supuesto de un desastre natural es irrelevante para el presente análisis—, implica el traspaso del deber de protección y orden de parte de la Policía Nacional a las Fuerzas Armadas, además de la suspensión de ciertas libertades y garantías tales como el derecho de reunión, al libre tránsito, o la inviolabilidad del domicilio, entre otras según apremie la necesidad. En efecto, son prácticas que permiten un accionar rápido por parte de las autoridades ante situaciones de escalada social que pueden devenir en enfrentamientos, violencia, pillaje o vandalismo debido al enajenamiento de cierta parte de la ciudadanía en un determinado espacio geográfico y motivados por una o más situaciones coyunturales. No obstante, ha de notarse que el enfoque de un estado de emergencia está en contener a la suma enajenada de individuos, a la masa o la turba, mas no prevé situaciones en que uno o más individuos a cargo de un órgano de gobierno descentralizado se encuentren abusando del poder que por su función pueden ostentar para atentar contra el orden establecido y el imperio de la Constitución.

⁶⁸ Carl Friedrich. “Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América”. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1975): 633.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

El Caso Conga, caso emblemático, arroja luces respecto al grado idoneidad del uso de este recurso. Cuando el conflicto arreciaba y la protesta social se desbordaba, el entonces presidente de la República, Ollanta Humala Tasso, decretó un estado de emergencia en las principales provincias de Cajamarca durante 60 días, lo que permitió colocar la zona bajo vigilancia estrecha de las Fuerzas Armadas y efectivos de la DINOES, lo cual resultó en detenciones de varios líderes de la insurrección, la caída del primer gabinete presidido por el Primer Ministro Salomón Lerner Ghitis, y la intromisión del Gobierno Regional de Cajamarca en las competencias propias del Gobierno Central aprobando la controvertida Ordenanza Regional que declaraba que la conservación, la protección y la intangibilidad de la sede de la cuenca eran de interés público en toda la región de Cajamarca.

El orden interno, en cuanto a conmoción popular y manifestaciones sociales, se restableció eventualmente, pero ni el entonces presidente regional ni su Consejo Regional, responsables de un actuar desmesurado y rebelde, fueron sancionados en modo alguno. Aún más, continuaron fomentando una situación polarizadora mientras ostentaban los privilegios e inmunidades propias a sus cargos de funcionarios públicos por elección popular. El Derecho es una fuerza reguladora que sirve para ordenar una sociedad bajo la idea de que todos son iguales ante la ley y deben seguir las normas. El caso Conga pone de manifiesto la impotencia jurídica del Poder Ejecutivo frente a la desobediencia de un Gobierno Regional y la necesidad de contar con una herramienta de coerción constitucional, además de la necesidad de figurar como relleno en las decisiones del Tribunal Constitucional para que puedan ser aplicadas, máximo intérprete de la Norma Fundamental.

2.1.3.3. Un vacío en la capacidad ejecutora del Tribunal Constitucional

En toda sociedad, incluso en las más homogéneas, las individualidades generan controversias o disputas que no pueden resolverse mediante el sentido común ni la buena voluntad de las partes. Basándose en la naturaleza del conflicto, una vez alcanzado ese nivel de conflicto, la condición de las partes y/o el espacio geográfico relevante entran a tallar los órganos jurisdiccionales competentes para resolver la litis y compeler a las partes a someterse a su pronunciamiento. Idealmente, el pronunciamiento vinculante del tercero imparcial dejaría satisfechas a las partes involucradas y, consiguientemente, estas cumplirían voluntariamente

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

con las acciones indicadas por el juez o árbitro; no obstante, el legislador ha previsto que el nivel de obediencia de un fallo judicial no es el ideal y por ende se ha previsto una especie de proceso judicial para exigir la ejecución de una sentencia firme.

Por lo tanto, es evidente que hay una gran diferencia entre la forma normal de resolver un caso y el poder extraordinario y especial del Tribunal Constitucional; Esto se debe a que no hay manera de presentar un caso ante la persona más alta que puede interpretar la Constitución. Esto es así porque se opera bajo la asunción de que el pronunciamiento del colegiado es de tal relevancia que sería impensable desafiar el carácter vinculante de sus veredictos, sería incivilizado. Después de todo, el Tribunal es “(...) el llamado a dirimir los impostergables conflictos que involucran a los principales poderes del estado —sea por un conflicto entre distintos poderes o entre niveles jerárquicos de un mismo poder del estado— para evitar el entrapamiento y garantizar la continuidad del contrato social.”⁶⁹

2.2. La aplicación de los criterios de eficiencia del Análisis Económico del Derecho al principio de permanencia de la descentralización peruana

2.2.1. La noción de eficiencia: Desarrollo histórico del Análisis Económico del Derecho

El profesor Doménech Pascual, de la Universidad de Valencia, explica que “El AED [Análisis Económico del Derecho] consiste en estudiar (...) las leyes que utilizan los conocimientos y los métodos que nos da la economía.”⁷⁰ A su vez, en Perú, Bullard explica que “Se parte del principio que los seres humanos (...) tratan de maximizar beneficios y minimizar costos. En base a ello es posible encontrar fórmulas que permiten predecir (al menos presumir) cómo los individuos actuarán ante tales incentivos.”⁷¹ Oportunamente, Garoupa también señala que “Lo que nos interesa es entender como una norma jurídica impacta en el comportamiento

⁶⁹ Johnny Vásquez, “¿Puede alcanzarse la eficiencia en la distribución del poder en un contrato social?” En: LP Pasión por el Derecho. 28 de marzo de 2022.

<https://lpderecho.pe/puede-alcanzarse-la-eficiencia-en-la-distribucion-del-poder-en-un-contrato-social/>

⁷⁰ Gabriel Doménech Pascual, “Por Qué y Cómo hacer Análisis Económico del Derecho”. *Revista de Administración Pública*. no. 195, (2014):101.

⁷¹ Alfredo Bullard “El análisis económico del Derecho” en: *Derecho y economía*. (Lima: 2ª ed. Palestra 2009): 41-49.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

de los individuos y demás agentes económicos.”⁷² Finalmente, Bruno Mayerhof explica cuáles sean, a su juicio, la histórica relación entre ambas disciplinas y sus marcadas diferencias:

Mientras el Derecho es exclusivamente verbal, la economía es también matemática, mientras el Derecho es marcadamente interpretativo, la economía es marcadamente empírica, mientras el Derecho en última instancia aspira a ser justo, la economía en última instancia aspira a ser científica, y mientras la medida del análisis económico es el costo y beneficio, la medida del análisis jurídico es la legalidad. Estas diferencias metodológicas han vuelto históricamente al diálogo entre los investigadores jurídicos y económicos bien turbulento y muchas veces destructivo.⁷³

Es meritoria la distinción de los objetivos perseguidos por estas dos disciplinas de modo tal que se entienda la dureza de los adjetivos que podrían describir su relación; no obstante, es una tendencia que en las últimas décadas tiende a revertirse, al punto en que, delimitados los campos y objetos de estudio, ambas ‘ciencias’ se han animado a encontrar intersecciones.

A modo de precaución, las palabras del profesor Ortega advierten al investigador jurídico acerca de las distintas funciones del investigador con el legislador. En ese sentido, señala que “[...] legislar implica optar, elegir aquello que resulta más conveniente, más seguro, para fines de las relaciones jurídico-sociales en general, por lo que se requiere el necesario deslinde respecto de aspectos que pueden ser impecablemente correctos desde el punto de vista teórico pero que carecen de un correlato práctico [...]”.⁷⁴ Tal advertencia encuentra parangón en una reflexión del profesor Calabresi “¿Y quién puede garantizar que las leyes analizadas y criticadas por los expertos en análisis económico del derecho no hayan nacido justamente porque el poder legislativo (o los tribunales...) han considerado injustas las alternativas más eficientes?”⁷⁵ O como diría el maestro, Fernando de Trazegnies: (...) el Derecho se supone que es un sistema razonable de regulación de conductas razonables, que persigue fines razonables y que es aplicado por personas razonables. (...) Un Sistema Jurídico compuesto por normas sin

⁷² Nuno Garoupa. “Análisis Económico del Derecho de Enforcement y Regulación”. *IUS ET VERITAS*, no. 48, (2014):143.

⁷³ Bruno Meyerhof Salama, “The Art of Law & Macroeconomics”, *University of Pittsburgh Law Review*, Issue 2, Vol. LXXIV (2012):8. Traducción propia.

⁷⁴ Marco Antonio Ortega Piana, “Responsabilidad Civil y Seguros”. *IUS ET VERITAS*, no. 43, (2011):60-61.

⁷⁵ Guido Calabresi, Prefazione. Traducción de F. Pulitini. En: Guido Alpa et. al., *Interpretazione giuridica e analisi economica*. (Milán: Giuffrè, 1982).8.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

explicación, que no son consistentes entre sí y que se aplican de manera ritual con independencia de su sentido dentro del contexto, crearía simplemente un mundo de locos.⁷⁶

Si bien el reconocimiento del Análisis Económico del Derecho como un campo independiente de investigación suele considerarse como el resultado de los estudios realizados en los Estados Unidos luego de la década de 1970, es en Europa donde se encuentra la mayor cantidad de precursores. Como ejemplo, dos notables antecedentes del análisis económico del Derecho incluyen el trabajo de Adam Smith sobre los efectos económicos de la legislación y la teoría de la legislación⁷⁷ y el utilitarismo de Jeremy Bentham⁷⁸.

Respecto a la evolución de la corriente del análisis económico del derecho que tuvo su auge en los Estados Unidos se encuentran dos escuelas contrapuestas: la Escuela de Chicago y la Escuela de New Haven o también conocida como la Escuela de Yale.

En su primera edición del año 2006 la Revista Foro Jurídico recogió un interesante diálogo titulado “*Entre el Análisis Económico del Derecho, el pensamiento reaccionario, y el liberalismo político*”, conversatorio entre los especialistas José Juan Haro Seijas (JHS)⁷⁹, Eduardo Hernando Nieto (EHN)⁸⁰ y Alessandro Caviglia Marconi (ACM)⁸¹, en el que polemizaron acerca de variedad de temas tales como los derechos humanos, la religión, el papel del Estado en la sociedad, entre otros. Habiendo empezado el diálogo versando sobre el tema de la justicia, llegados a un punto de la conversación el profesor Haro señala que se está intentando forzarle a defender que la idea de justicia es exactamente equivalente a la idea de eficiencia, algo que sinceramente no pensaba. Concediendo sí que la búsqueda de eficiencia es una necesidad probablemente en muchos campos del sistema de Derecho y que tiene mucho que ver en el sistema de atribución de derechos patrimoniales y en temas de competencia o en temas de regulación económica; pero expresando sus serias dudas de que el criterio de

⁷⁶ Fernando de Trazegnies “*La responsabilidad extracontractual*”. Biblioteca “Para leer el Código Civil” Vol. IV, Tomo II. (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, 1988), 141.

⁷⁷ Adam Smith. “An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations.” Londres: 1776.

⁷⁸ Jeremy Bentham, “Of Laws in General.” 1782.; “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation.” 1789.

⁷⁹ Profesor de Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú

⁸⁰ Profesor de Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú

⁸¹ Profesor de Filosofía Antigua en la Pontificia Universidad Católica del Perú

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

eficiencia, utilizado en términos utilitarios, sirva para resolver situaciones en abstracto. Tales comentarios provocaron la respuesta del profesor Caviglia expresando algunas dudas sobre la idea de eficiencia, cuestionando si es que es necesario que complementar el concepto de eficiencia con otros conceptos y cuáles serían esos 'otros', o si es que ése es realmente el problema por resolver o si más bien el asunto es cambiar de enfoque. Finalmente plantea su mayor consternación acerca de si se debe pensar que la noción de eficiencia aplicada al mercado y a las leyes de la economía es una noción aplicable solamente a estos campos, o si es posible aplicar el concepto de eficiencia a la justicia y al derecho. El desenlace de la conversación en cuanto al concepto de eficiencia se desarrolló del siguiente modo:

EHN: Pero ¿qué se está entendiendo por eficiencia?

JHS: Ése es el tema: ¿qué definiciones de eficiencia tenemos? Encuentro que es relativamente sencillo cuando se habla de cuestiones de carácter patrimonial porque es posible una mensuración en términos pecuniarios. Trataré de no hablar de valor para eludir conscientemente el término. Cuando tú abstraes al máximo la definición de eficiencia, uno encuentra que es difícil aplicar esta definición a situaciones concretas. Voy a tratar de extender más este punto y colocar algunos ejemplos. Cuando hablamos de eficiencia uno puede usar la noción clásica o puedo usar la definición de eficiencia social, que me parece más sincera. Ésta dice que algo es eficiente, no desde una perspectiva personal sino desde la perspectiva social, cuando el beneficio agregado que genera ese algo, sea una operación, transacción o decisión dentro de la sociedad, es superior al perjuicio agregado. Ésa es una definición que parece bastante sencilla: algo es bueno cuando genera más beneficios que perjuicios. Esa es la definición clásica de eficiencia social que la perspectiva económica sostiene. No obstante, en decisiones complicadas, relacionadas a valores intangibles, encuentro que esa definición, que puede ser académicamente sugerente, es difícil de sostener. Cuando tengo una situación concreta, por ejemplo, el tema de los limones de Tambo Grande o la oposición a los temas mineros repitiendo y repitiendo, en todo Perú: ¿qué vale más en esas situaciones? Es una situación complicada.

ACM: Pero tu razonamiento tiene algo que debemos ver. Estás diciendo que el concepto de eficiencia y la idea de beneficio funcionan como parámetros para la justicia y que el problema sería cómo hacerlos concretos. Pero lo que debemos ver es si realmente estos conceptos funcionan como parámetros para la justicia o no. Ése es el tema.

JHS: No tengo duda de que el concepto de eficiencia ha funcionado como parámetro para la justicia en ciertos campos de la actividad jurídica

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

concreta. Funciona en regulación económica, en telecomunicaciones, que es donde trabajo, en electricidad. No tengo duda que es un patrón válido. (...) ⁸²

En palabras de Polinsky “El término eficiencia se refiere a la relación existente entre los beneficios agregados de una situación dada y los costos agregados de esa misma situación. Esta noción es, (...), intuitiva.” ⁸³ El profesor peruano, Alfredo Bullard, se apoya en el trabajo de Polinsky para explicar en cierta manera los alcances genéricos de la noción de eficiencia:

El análisis que vamos a llevar a cabo pretende estudiar el problema desde la óptica de la maximización de los beneficios sociales. En otras palabras, queremos identificar qué remedios al incumplimiento contractual llevan a un resultado más eficiente. Esto no quiere decir, que no se puedan tomar criterios distintos a la eficiencia para determinar cuál es la solución más adecuada. (...) Siendo más concretos, y refiriéndonos al aspecto contractual, diremos que una operación de intercambio (es decir, un contrato) es eficiente cuando, como consecuencia de éste, los bienes y/o servicios involucrados quedan asignados a usos más valiosos a los que tenían antes que el intercambio operara. ⁸⁴

Antes de proseguir, es valioso reseñar que, en el año 1992, en el marco del Primer Congreso Internacional del Derecho de Daños, el jurista argentino Jorge Mosset Iturraspe fue entrevistado por THĒMIS lo que pensó sobre el análisis económico de la ley, una corriente que estaba arraigándose fuertemente en el Perú. Así, pues, se le pregunta “(...) *¿Qué piensas sobre si o no este método podría funcionar [el Análisis Económico del Derecho] en el campo de la responsabilidad civil fuera de un contrato?*” Siendo su respuesta textual:

Este Análisis Económico del Derecho, que privilegia la economía y supedita el Derecho a la Ciencia Económica, (...) me parece rotundamente incompetente (...). Los hombres de Derecho debemos insistir y poner el acento en los valores de la escala jurídica, debemos poner el acento en la justicia, y decir, sí señores, nadie puede desconocer que la utilidad es conveniente, pero utilidad con justicia. Nadie puede desconocer que hay leyes en el mercado, pero esas leyes deben ser justas. ⁸⁵

⁸² José Juan Haro Seijas, Eduardo Hernando Nieto, Alessandro Caviglia Marconi. “Entre el análisis económico del derecho, el pensamiento reaccionario y el liberalismo político” *Revista Foro Jurídico*, no. 5 (2006):206

⁸³ Mitchell Polinsky. *An Introduction to Law and Economics*. (Little, Brown and Company Law and Business, 1989), 7. Traducción propia.

⁸⁴ Alfredo Bullard, “La noción de eficiencia” en: *Derecho y economía*, 317-318.

⁸⁵ Jorge Mosset Iturraspe. Entrevistado por THĒMIS-Revista De Derecho. *THĒMIS-Revista De Derecho*, no. 24, (1992) 58.

La entrevista fue realizada en el marco del Primer Congreso Internacional del Derecho de Daños, llevado a cabo en setiembre de 1992 en la Universidad de Lima.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

En ese mismo contexto, años después Guido Calabresi explica la eficiencia en una entrevista para *Ius Et Veritas* ante la pregunta formulada por el entrevistador que hacía referencia a la respuesta del argentino Mosset: “Algunos dijeron que “el Análisis Económico del Derecho” interpreta las leyes y el sistema judicial privilegiando principios del mercado como la eficiencia, utilidad y riqueza sobre los principios legales como justicia, equidad y seguridad ¿Está de acuerdo con esto?”

Si uno sólo ve la Economía desde el lado de la eficiencia entonces ese podría ser el resultado. Pero esa es una visión muy pobre de la Economía. La Economía se enfrenta con mucho más que eso y, eso es como decir “la Economía está aquí, el Derecho allá y se enfrenta con la justicia”. Sin embargo, cuando el Derecho lidia con la justicia ¿lo hace en los términos que el codificador del siglo XIX escribió en el Código? ¿o argumenta valiéndose de la Filosofía o la Psicología?

(...) ¿Qué hay acerca de la Economía en sí misma? A menos que no se entienda la redistribución y no se conozcan los valores, no se va a saber lo que es eficiencia, no tiene sentido hablar de la producción ineficiente de plátanos si a las personas no les gustan los plátanos, por otro lado, a menos que también se hable acerca de valores uno no va a saber qué es una distribución justa porque el darte varios plátanos y el quedarme con varios plátanos podrá parecer una distribución bastante justa, pero ten en cuenta que si tú odias los plátanos y a mí me encantan, entonces debes valorar también eso. Se ha de hablar de valoración incluso en Economía, sea que hables sobre ella estrechamente en el sentido eficiente o en uno más amplio que incluya la redistribución. Si es que puedes definirla de forma suficientemente amplia, entonces es muy útil; si es que lo haces de forma estrecha, entonces eso simplemente no es Economía.⁸⁶

Lo curioso es que el profesor Mosset ciertamente expresó sus profundos reparos al Análisis Económico del Derecho, sin escatimar sus cuestionamientos y algunos epítetos, pero la línea de la respuesta completa lo muestra más bien abogando por menguar a Posner y la Escuela de Chicago mediante la confrontación con y quizás hasta la preferencia de autores como Calabresi, Dworkin o el francés Camdessus, referentes de otras escuelas menos confiadas de la autosuficiencia del mercado. Aunque, en efecto, la respuesta del juez Calabresi fue bastante más serena que la del argentino, es sencillo notar que ambos coinciden en sus criterios.

⁸⁶ Guido Calabresi, entrevistado por Isabel Lira (2006). "De lo que más me preocupé fue de crear un lugar que fuera tanto feliz, como intelectualmente emocionante". *THÉMIS-Revista De Derecho*, no. 53 (2006):322-323. La entrevista fue realizada en New Haven por Isabel Lira, directora de la Comisión de Proyección Académica de THÉMIS.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Por otra parte, la precisión del profesor Calabresi resulta crucial para esta investigación, a saber, la eficiencia se suele entender como un parámetro de medición objetiva, pero no es posible analizar la ‘eficiencia’ en abstracto, sino respecto de un fin u objetivo particular. En efecto, siguiendo con el razonamiento de los plátanos como recursos y la idea de redistribución, se puede afirmar que el Derecho también es una ciencia redistributiva de recursos. Si bien no se refiere a los factores de producción, si se ocupa más bien de redistribuir el poder con el propósito de lograr el bien común. Puestas así las ideas, las competencias son poderes que deben distribuirse eficientemente entre los distintos niveles de gobierno a fin de mantener el equilibrio.

Respecto a la aplicación práctica de la disciplina que constituye el Análisis Económico del Derecho, reviste de vital importancia para todo abogado según lo resume Bullard, irónicamente un discípulo aventajado de Calabresi y uno de los principales exponentes nacionales en la materia, conocido por su tendencia más libertaria y próxima a la Escuela de Chicago: “Redactar una ley, preparar una sentencia o decisión administrativa o simplemente redactar un contrato, son actos respecto de los cuales los abogados necesitamos saber cómo influirán en la conducta de los involucrados. Identificar los incentivos correctos contribuirá con alcanzar o no los fines que nos proponemos.”⁸⁷

Aunado a ello, Ana María Arjona Trujillo y Mauricio Rubio Pardo explican cual sea, a su juicio, la utilidad o practicidad de esta disciplina:

El AED se ha desarrollado en dos áreas: (i) el estudio del derecho aplicando el instrumental metodológico de la teoría económica, y (ii) el estudio de la relación entre los fenómenos económicos y el sistema jurídico. Para algunos el área (i) es lo que recibe el nombre de AED, mientras el área (ii) se refiere a ‘Derecho y Economía’ (Law and Economics, en adelante L&E).

[...]

La teoría positiva es una rama del conocimiento que pretende describir cómo las leyes tienen efectos y, a partir de esas explicaciones, identificar las leyes que permiten alcanzar determinados resultados que se consideran deseables. La especificación de estos ‘objetivos deseables’ corresponde a la rama de la teoría conocida como normativa, porque identifica las circunstancias que son mejores para la sociedad porque identifica las situaciones que son más ventajosas para la sociedad. La escuela tradicional del AED apela a la eficacia

⁸⁷ Alfredo Bullard, “Esquizofrenia Jurídica El impacto del análisis económico del Derecho en el Perú”. En *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. (Lima: 2ª ed. Palestra 2006): 77.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

como norma para evaluar las circunstancias. De esta manera, favorece la adopción de leyes que puedan conducir a resultados eficaces.⁸⁸

Respecto a la primera acepción del término, esto es, el aspecto metodológico de la economía que, en palabras de Richard Posner: “[...] es la ciencia de la elección racional en un mundo, nuestro mundo, donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas. La tarea de la economía, así definida, consiste en la exploración de las implicaciones de suponer que el hombre procura en forma racional aumentar al máximo sus fines en la vida, sus satisfacciones: lo que llamaremos su ‘interés propio’.”⁸⁹

Al respecto, Parisi añade que “Metodológicamente, el análisis económico del Derecho emplea el aparato conceptual y los métodos empíricos de la Economía al estudio del Derecho.”⁹⁰ Para mayor abundamiento, lo sostenido por Garoupa: “Lo que nos interesa es entender como una norma jurídica impacta en el comportamiento de los individuos y demás agentes económicos. Es decir, cuando hay una norma jurídica, como es que ésta se ajusta a la sociedad en términos individuales y después, en términos agregados, como sociedad en sí misma a esa norma jurídica.”⁹¹

La profesora María Camacho afirma que no es posible comprender la lógica del Análisis Económico del Derecho si es que primero no se entienden claramente los tres presupuestos principales sobre los que, a su juicio, se fundamentan las obras sobre este tema y contra los que se dirigen la mayor parte de las críticas:

- a) **Racionalidad:** (...) El sentido formal de la racionalidad que toma la teoría de la elección racional se basa en el supuesto de que las preferencias de los sujetos son por lo general reflexivas y continuas. Eso significa que el sujeto las conoce y puede ordenarlas, o si les es indiferente una u otra. Estas características permiten a los individuos ordenarlas en función de los resultados deseables de acuerdo con una determinada utilidad para el individuo. (...)
- b) **Eficiencia:** en la economía clásica, la eficiencia es el principal instrumento para evaluar y comparar las decisiones económicas. (...) El hecho de

⁸⁸ Ana María Arjona Trujillo y Mauricio Rubio Pardo, “El análisis económico del derecho.” *Anuario Jurídico. Precedente* no. 2, (2002):120.

⁸⁹ Richard Posner, “*El análisis económico del derecho*” (México: Fondo de Cultura Económica, 2007): 25. Traducción de Eduardo Suárez.

⁹⁰ Francesco Parisi, “Escuelas positivas, normativas y funcionales en el Análisis Económico del Derecho” *IUS ET VERITAS*, no. 41 (2010):17.

⁹¹ Nuno Garoupa. “Análisis Económico del Derecho de Enforcement y Regulación”. *IUS ET VERITAS*, no. 48, (2014):143.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

que los economistas y juristas dedicados al análisis del derecho escojan la eficiencia como forma de valoración de las conductas no significa que la realidad tenga que ser necesariamente eficiente o que la eficiencia sea siempre deseable. (...) El tema de reflexión para nosotros los juristas es si se puede separar la eficiencia de aquello que es justo (...) Posner no estuvo alejado de esta reflexión, defendía la moralidad de la maximización de la riqueza, y defender este objetivo supone, desde el punto de vista económico, favorecer el nivel máximo de las normas jurídicas. (...)

c) **Normas jurídicas como precios:** (...) Para el AED las normas funcionan como sistemas de incentivos para sus destinatarios y en los cálculos racionales de los sujetos se les asigna un precio. En general, explica esta teoría, los precios que establecen las normas son negativos: sanciones penales, multas, conceptos que se pagan por incumplimiento de contratos, embargos, etc. Pero estos precios pueden ser positivos cuando las normas jurídicas, en sentido general, estimulan una conducta. El individuo considera entonces la norma como un precio que se asigna a sus acciones y deriva de ello la utilidad esperada de sus acciones. (...) ⁹²

Ulen sostiene que existen cuatro principales concepciones acerca de la teoría de la elección racional: versión puramente definitoria, en el que las personas que participan en el sistema jurídico actúan como maximizadoras racionales de sus deseos; versión de la utilidad esperada, así como la del propio interés y, por último, de la maximización de la riqueza, esto es, la idea de que los sujetos no buscan simplemente satisfacer sus deseos, sino más bien, o también, maximizar su bienestar financiero.⁹³ Posner en cambio explica que en las sociedades en las que el libre mercado existe como forma de organización de la economía, es difícil separarse de la eficiencia como criterio de valoración de los resultados.⁹⁴

En cuanto a la practicidad del método, Bullard tiene a bien sugerir algunos lineamientos acerca de cómo ampliar la visión de un análisis de un caso concreto para encontrar cosas que no parecen obvias desde un análisis legal que comienza con un diálogo y que los jueces pueden tener en cuenta a la hora de tomar una decisión. sugerencias:

a. Analizar el proyecto de fallo no solamente como la solución a un caso concreto, sino como un mensaje a la sociedad. Una buena idea es tratar de extraer el principio en que se basa el caso y que se desprende de una simple lectura de la resolución. Luego pensar que se tratará de una ley que se va a publicar en el Diario Oficial «El Peruano». ¿Se ajusta el principio a

⁹² María Camacho. *Derecho Económico, Financiero y Bancario*. (Lima: Grijley, 2019), 48-51.

⁹³ Thomas Ulen. *Rational Choice Theory in Law and Economics*. (Cheltenham: Encyclopedia of Law and Economics, 2000), 54.

⁹⁴ Richard Posner en W. Landes y Mark Kelman. *Análisis Económico del Derecho*. (Bogotá: Editorial Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2011), 36.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

los objetivos que se persiguen con él? ¿Cuál será la consecuencia de este principio en la conducta de personas distintas a las partes?

b. Cuando se va a aplicar un principio tuitivo (por ejemplo, proteger al deudor, al trabajador, a la viuda, etc.) debe analizarse cuál es el efecto de la aplicación de dicho principio en la situación futura de otras personas que pertenecen a la misma categoría que se piensa proteger. (...) Es importante por ello visualizar o imaginar que el fallo va a ser leído por todos. También es fundamental analizar cuál será el efecto de tal lectura en la conducta.

c. Si lo que se persigue con el fallo es desincentivar una conducta no deseada: ¿Es el sentido del fallo un mecanismo idóneo para lograr tal fin? ¿No se presenta el riesgo que se desincentiven otras actividades que podrían ser totalmente deseables? (...)

d. Evaluar cuanto contribuye el fallo a generar confianza para operaciones o situaciones futuras. ¿Los inversionistas creerán que el fallo les da confianza porque protege la propiedad privada? ¿Hace el fallo más fácil contratar porque genera confianza en que la palabra empeñada se cumplirá? ¿Garantiza que los daños causados en una actividad serán indemnizados, favoreciendo así la confianza de la población?⁹⁵

Finalmente, para entender las externalidades, es importante ser conscientes de que, en su actuación, tanto individuos como empresas, imponen a terceros una serie de efectos ‘*no contratados*’, como apunta Stigler: "no cabe duda de que en la conducta individual existen estos efectos externos. De hecho, en estricta lógica, hay muy pocos actos cuyas consecuencias totales recaen sobre el protagonista"⁹⁶

Para la Escuela de Chicago la defensa del mercado resultaba ser el pilar esencial en sus consideraciones, por ello se estimaba que el monopolio resultaba ocasional y transitorio y no requería mayor esfuerzo regulatorio pues las presiones de la competencia lo eliminarían. De hecho, como bien explica Andrea Alarcón Peña, escribiendo para la Universidad Católica de Colombia:

Para esta escuela, el fin último es la asignación eficiente de recursos, por ello es reconocida por su visión conservadora respecto al mercado, en la que la intervención del Estado en la economía resulta nociva por los problemas y costos a ella asociada. Las fallas del mercado resultaban ser una circunstancia que por

⁹⁵ Alfredo Bullard, "Viendo más allá del expediente" en: *Derecho y economía*, 66.

⁹⁶ George Stigler "La teoría de los precios" (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1968), 441.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

la dinámica misma del mercado serían resueltas sin necesidad de un marco regulatorio que promoviera o facilitara la concurrencia y la competencia.⁹⁷

Debe entenderse que estas posturas surgieron como reacción a la política *antitrust* estadounidense formada por una serie de reglas que, dada la tendencia jurisprudencial y casuística del sistema de *common law*, fueron fortalecidas por una serie de decisiones judiciales, como: *Sherman Antitrust Act* expedida en el año 1890, *Clayton Act* del año 1914, la *Federal Trade Commission Act* del mismo año, la *Robinson-Patman Act* de 1936, la *Celler-Kefauver Act* de 1950 y la *Hart Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976 (es importante aclarar que estas tres últimas son enmiendas a las primeras). La idea de esta escuela fue que esa era la forma en que se suponía que se utilizaba la ley *antitrust* podría convertirse en innecesario porque las normas estaban haciendo las cosas menos eficaces porque el marco institucional era débil, Los altos costes de la regulación y la forma en que interrumpió el mercado de forma que no tenía sentido.

La Escuela de Chicago expandió su influencia mediante la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, el "*Journal of Law and Economics*", cuyo primer número salió en octubre de 1958. El objetivo era abordar los problemas de la política pública en los que estaban interesados tanto los abogados como los economistas.

A diferencia de la Escuela de Chicago, la Escuela de Yale argumentaba que los fallos del mercado no son un pequeño problema, sino que, por el contrario, los problemas de equidad se producirán si a los errores anteriores no se les presta atención y se reparan lo antes posible. Por lo tanto, el gobierno debe intervenir y hacer algo para que las instituciones replanteen su papel como reguladores del mercado. Así pues, cuando el mercado no funciona como debería, es claro que el problema no será demasiada regulación, sino demasiada poco. Tal y como explica el profesor Renzo Saavedra para IUS 360:

[...] en general [...] la escuela de Yale, se centra en reconocer que el mercado es capaz de asignar eficientemente recursos pero que pueden existir razones de otra índole que lleven a elegir una solución «sub-óptima». El L&E [Law and Economics] se erigiría entonces en una de las más valiosas

⁹⁷ Andrea Alarcón Peña, "Análisis Económico del Derecho: Principales Antecedentes Metodológicos" en Ó. A. Agudelo-Giraldo, J. E. León Molina, M. A. Prieto Salas, A. Alarcón-Peña & J. C. Jiménez-Triana. *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación*. (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018):146-147.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

herramientas para la mejora del Derecho, favoreciendo que su rendimiento se acerque a la eficiencia (por tanto, no tendería naturalmente a ella). El rol del L&E se trasladaría a la creación, reconocimiento y formulación de productos jurídicos, así como de las políticas públicas que mejoran la vida de los ciudadanos y el cumplimiento de los objetivos del sistema jurídico.⁹⁸

Uno de los mayores exponentes de esta escuela es Guido Calabresi, profesor emérito y ex director de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, se desempeñó también como juez principal del Tribunal de Apelación de Estados Unidos para el segundo circuito, juntamente con Douglas Melamed, escribió en los años 60 un artículo clásico en el Análisis Económico del Derecho, “*Property Rules. Liability Rules and Inalienability: A view of the Cathedral*”. El título del artículo hace referencia a la serie de pinturas de la catedral de Rouen del artista Claude Monet, lo que implica que el análisis académico posterior de los autores es solo una mirada a un tema que puede considerarse desde varios puntos de vista. La tesis primaria del artículo se centra en la noción de ‘*entitlements*’ (que se definen como los derechos establecidos y protegidos por la ley) o derechos, que pueden protegerse mediante reglas de propiedad, responsabilidad o inalienabilidad. El objetivo principal de los autores es proporcionar un marco conceptual dentro del cual las áreas temáticas legales separadas de ‘*Property and Torts*’ puedan abordarse desde una perspectiva unificada. (...). El artículo es una contribución fundamental al campo del derecho y la economía, y ofrece un intento ambicioso de tratar diversas áreas del derecho a través de un enfoque uniforme.⁹⁹

En el Perú, los primeros indicios que pueden calificarse como Análisis Económico del Derecho datan de la década de los 80, focalizados principalmente en los trabajos que encabezaba el economista Hernando de Soto en el Instituto Libertad y Democracia (ILD) referidos a “la evaluación de los costos de la legalidad, los costos de transacción que la sobrerregulación y los trámites burocráticos generaban y la mala definición de derechos de propiedad. A partir de lo cual se sostenía la existencia de una economía informal que

⁹⁸ Renzo Saavedra, “La(s) escuela(s) del Análisis Económico del Derecho: Hacia la necesidad de diferenciar perspectivas” *IUS 360 (blog)* 20 de mayo 2015, <https://ius360.com/columnas/las-escuelas-del-analisis-economico-del-derecho-hacia-la-necesidad-de-diferenciar-perspectivas/>

⁹⁹ Guido Calabresi y Douglas Melamed, “Property Rules. Liability Rules and Inalienability: A view of the Cathedral.” *Harvard Law Review*, no. 84 (1972):1089. Traducción propia.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

desarrollaba sus propias reglas y creaba su propio mercado para superar los costos que el sistema legal generaba.”¹⁰⁰

El acontecimiento más importante durante esta fase fue la publicación de "El Otro sendero"¹⁰¹, en 1986, libro en el cual sus autores, Hernando de Soto, Enrique Ghersi y Marco Ghibellini condensaron en principal medida los estudios realizados por el ILD. El impacto que tendría el ILD sería tal que a fines de la década de los 80 el Estado, por la asesoría del Instituto, emitió un conjunto de normas que tenían como objetivo facilitar las cosas a los trabajadores del gobierno, cuya norma principal fue la Ley 25305 del 10 de junio de 1989, dirigida a reducir los costos de la actuación de la administración pública a los ciudadanos y los costos de transacción en la economía.

2.2.2. A propósito del óptimo de Pareto: Un análisis de las competencias gubernamentales como recursos

En el modelo económico capitalista actual se establece que los bienes y factores productivos tienden a encontrar por sí solos su mejor y más eficiente uso posible ¹⁰² en el mercado. La eficiencia es el mejor nivel de eficiencia que se puede alcanzar en un mercado con una competencia perfecta “óptimo de Pareto. Aquel grado máximo de eficiencia que es posible de ser alcanzado en un mercado de competencia perfecta se lo denomina "óptimo de Pareto", que no es sino la situación en la cual no es posible reasignar el uso de recurso alguno de manera que algún individuo gane sin que otro pierda. En el famoso artículo *“El sinsentido de Pareto. Llevando a Coase más allá”* el profesor Calabresi explica su posición de la siguiente manera:

Los costos de transacción (incluyendo problemas de racionalidad y conocimiento), no menos que la tecnología existente, definen lo que es actualmente asequible en cualquier sociedad: la frontera de Pareto. De ella se extrae que cualquier sociedad se encuentra permanentemente o llegará inmediatamente a un punto óptimo de Pareto dados los costos de transacción. Por lo tanto, ningún cambio en el *statu quo* es posible sin: (a) perjudicar por lo menos a otro (tornando inevitable tomar en cuenta consideraciones distributivas); o (b) intentar ampliar la frontera [*shift the frontier outward*] (en sí un arriesgado y costoso proceso que usualmente implica consecuencias

¹⁰⁰ Alfredo Bullard, “Esquizofrenia jurídica. El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú.” *THÉMIS*, no. 44 (2002):23.

¹⁰¹ Hernando De Soto. "El otro sendero". Lima: Instituto Libertad y Democracia, 1986.

¹⁰² A aquello se le denomina “eficiente asignación de los recursos”.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

distributivas). Ello también importará que la distinción, frecuentemente realizada, entre remover ineficiencias (realizando movimientos *hacia* la frontera) e innovar (*ampliando* la frontera) resulta una falsa dicotomía.¹⁰³

Bullard, por su parte, también se sirve de la noción de eficiencia acuñada por el italiano Wilfredo Pareto en orden de presentar la introducción a la noción misma de eficiencia según la entiende el Análisis Económico del Derecho.

Para definir qué se entiende por eficiencia se usa como punto de partida las ideas de Wilfredo PARETO. Lo que hace PARETO, es dar algunos criterios que han permitido definir más técnicamente el concepto de eficiencia. Busca establecer cuando una situación es más eficiente que la anterior, y esto es: cuando una persona mejora sin empeorar la situación de otra. Por ejemplo, el sistema contractual es una forma de alcanzar la eficiencia porque, en un contrato, si las dos partes lo celebran es porque ambas están mejorando y ninguna está empeorando; el contrato nos ha conducido a una situación más eficiente que la anterior. Una situación será óptima, es decir inmejorable, cuando dados los recursos existentes no es posible que alguien mejore salvo que otro empeore. A eso se le llama el Óptimo de PARETO.¹⁰⁴

Como señala Torrez López, este criterio se basa en la idea de que cada persona es el mejor juez de su propio bienestar y de que el bienestar de la sociedad depende del bienestar de sus miembros.¹⁰⁵ No obstante, es importante tener en cuenta que la eficiencia de Pareto es un concepto mínimo de lo que es la eficiencia, no hace referencia a la igualdad o el bien de la sociedad en su conjunto; por tanto, no siempre conduce a una forma de compartir recursos que sea buena para la sociedad.

Nadie podría desmerecer las afirmaciones de quienes sostienen que la eficiencia económica no es necesariamente deseable en todas las circunstancias, pero lo cierto es que sí puede funcionar como un parámetro objetivo según el cual se puedan luego tomar decisiones informadas. La distribución de los recursos estará sujeta siempre a una evaluación subjetiva, por cuanto las escalas de valores son distintas entre los diversos grupos humanos; no obstante, en orden de asegurar la primacía de la coherencia, es prudente ser consciente del costo de una decisión. A ello ayuda el análisis económico, y particularmente, en este caso puntual, el criterio

¹⁰³ Guido Calabresi, “El sin sentido de Pareto. Llevando a Coase más allá.” en *Un vistazo a la Catedral. Cuando el Derecho se encuentra con la Economía*. (Lima: Palestra Editores, 2011):19.

¹⁰⁴ Alfredo Bullard, “El análisis económico del Derecho” en: *Derecho y economía*, 42.

¹⁰⁵ Juan Torres López, *El Análisis Económico del Derecho*. (Madrid: Tecnos, 1987), 32.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

de Pareto. Aunque ciertamente Pareto no formuló su razonamiento considerando expresamente a las competencias gubernamentales dentro de los recursos a distribuir; empero, puede sostenerse que lo sean.

La definición filosófica moderna de cómo surge y qué es una Constitución parte de la premisa según la cual el poder reside en el pueblo (el poder constituyente, el pueblo que junto da origen a la Nación), este se reúne y elige de entre ellos a ciertos representantes a quienes encarga la tarea de redactar un documento en el cual se establezcan las reglas generales que regirán a la nación.

La definición jurídica hace énfasis en la noción genérica de ‘reglas’, más propiamente enunciada como ‘normas’, así pues, la Constitución es la ‘norma de normas’, la cúspide de la pirámide Kelseniana, la norma en la que se establecen cuáles las normas principales y cuáles las secundarias, cómo es que se crearán las normas específicas, quiénes las podrán crear y acerca de qué se puede y acerca de qué no se puede crear normas; además, las normas son obligatorias, lo que implica una sanción para quien no sigue la norma.

Una definición económica podría ser que la Constitución es aquel instrumento mediante Los factores de producción se distribuyen de la manera en que se distribuyen, que son, según Parkin, “los recursos empleados para producir bienes y servicios que satisfacen las necesidades humanas”¹⁰⁶, así pues, los recursos están en la nación, pero la Constitución define las formas en que estos se distribuirán y también cómo se podrían redistribuir. Específicamente importante es el área correspondiente a los derechos de propiedad.

Es posible, además, ensayar una definición que conjugue las tres visiones tanto filosófica, como jurídica, y también económica. Puede explicarse que la Constitución es el instrumento que distribuye el poder en una nación. El principal poder que distribuye la Constitución es el de las competencias: quiénes tienen poder para tomar qué decisiones. Desde las facultades de los organismos gubernamentales hasta cuáles son los derechos de los individuos, tiene que ver con dar poder absoluto al pueblo como grupo, pero que se distribuye entre los individuos. Pareto escribe sobre la distribución de los recursos, y el óptimo es la

¹⁰⁶ Michael Parkin. *Economía* (México Pearson Education, 2014),3.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

situación en que nadie puede mejorar sin provocar un empeoramiento en otro, por eso en el contrato ambas partes obtienen un resultado óptimo pues voluntariamente intercambian bienes y/o servicios que satisfacen sus propias necesidades. En el caso de la Constitución, entendida según el concepto *roussonian* de ‘contrato social’, las competencias han sido distribuidas de manera que exista un equilibrio de poder. Ese ‘equilibrio de poder’ sería lo mismo que al ‘óptimo de pareto’. Si el poder está equilibrado, no existe supremacía, no hay forma en que alguien pueda obtener mayor poder sin quitarle poder a otro, en el caso del óptimo paretiano, nadie puede obtener mayores recursos sin perjudicar a otro (en un intercambio no hay tal ‘pérdida’, pues se hacen concesiones mutuas).

Finalmente, es importante destacar que el equilibrio de poderes alcanzando mediante un texto constitucional, si bien tiene vocación de permanencia en el tiempo, no pretende ser inmodificable. Con el tiempo y el uso de la teoría, el conocimiento adquirido a partir de la experiencia crece, lo que hace posible que los mecanismos balancear cómo se comparte el poder. Los conflictos que surgirán debido a la ambigüedad de ciertas disposiciones provocarán nuevas negociaciones que en algunos casos culminará en la resolución de conflictos dirimidos por un órgano jurisdiccional que determinará cuál sea la correcta interpretación que privilegia el equilibrio buscado por el constituyente, pero también el equilibrio requerido para la situación particular. Esto se demuestra por el hecho de que Perú ha cambiado su constitución más de una vez, y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, pronunciamientos cuya máxima expresión es el precedente vinculante, que obliga a la judicatura a seguir el criterio en todos los casos del tipo; no obstante, aún estos precedentes pueden ser revocados debido a nuevas circunstancias que ameriten restablecer el equilibrio. El equilibrio, tanto económico como jurídico, no es eterno.

2.2.3. Los incentivos de los gobiernos regionales a optar por la teoría del incumplimiento eficiente respecto de las sentencias del Tribunal Constitucional

Siguiendo con la línea argumentativa que postula a la Constitución como un ‘contrato social’, es oportuno abordar el examen de una figura polémica en el derecho civil y la teoría del incumplimiento eficiente, antes de aplicarla a la lógica constitucional. Bullard explica

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

pedagógicamente las circunstancias en que el cumplimiento de un contrato, o como dirían los críticos, el honrar el acuerdo voluntario, resulta un desperdicio de recursos valiosos:

No siempre el estricto cumplimiento del contrato nos llevará a una situación eficiente. Una primera situación es cuando el contrato tiene efectos negativos respecto a terceros, es decir, cuando genera externalidades. (...) Una segunda situación se da cuando los individuos se comportan irracionalmente. (...) Una tercera situación, que es la que nos interesa en el presente artículo, se presenta cuando, entre el momento de celebración del contrato y el momento de su ejecución, se han presentado cambios de circunstancias que hacen que lo que parecía eficiente en un primer momento, se torne menos eficiente. En otras palabras, el cambio de circunstancias puede llevarnos a que incumplir pueda ser más eficiente que el cumplir. (...) En estos casos, es eficiente incumplir el contrato, resolverlo, y por esta vía, evitar una transferencia de recursos a usos menos valiosos.¹⁰⁷

Como Cooter y Ulen señalan, “Cuando el coste de cumplir el contrato es mayor que los beneficios para todas las partes, es mejor romper el contrato que intentar mantenerlo.”¹⁰⁸. Entonces, se puede decir que el costo del cumplimiento del contrato excede sus beneficios cuando aparece una contingencia que hace que los recursos necesarios para ejecutar el contrato son más valiosos en otro uso alternativo. En esa misma línea, argumentan Scott y Leslie que:

Una vez que la inesperada contingencia se materializa, el deudor enfrenta una desagradable pérdida atribuible al cumplimiento de su obligación, que ahora cuesta más de lo que vale, o puede romper el contrato y aceptar el costo de cualquier sanción que corresponda. En resumen, la opción es, o ‘cumplir y perder’ o ‘incumplir y pagar’. Podemos presumir que el deudor elegirá la opción que le resulte más barata.¹⁰⁹

Semejante proposición ha acarreado abundante cantidad de críticas, especialmente desde el ámbito de la ética y/o la moral, pues parece sugerir que existen situaciones en que devienen en irrelevantes y hasta contraproducentes las tradiciones o buenas costumbres que son el cimiento de cualquier sistema jurídico civilizado, siendo justamente en el contrato como la máxima expresión de la confianza en la concordia de voluntades entre agentes jurídica y económicamente capaces. Ahora bien, sin tomar partido aún por ninguna de las posturas, es justo realizar ciertas acotaciones cuando menos. La primera acotación es que la mayoría de las

¹⁰⁷ Alfredo Bullard, “El incumplimiento eficiente”. En *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. 317-318.

¹⁰⁸ Robert Cooter y Thomas Ulen. “Law and Economics.” (New York: Harper Collins Publishers, 1988), 290. Traducción propia.

¹⁰⁹ Robert Scott y Douglas Leslie. “Contract, Law and Theory.” (Virginia: The Michie Company, 1993), 90.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

objeciones no se traducen en argumentos jurídicos ni económicos que apunten a desbaratar la coherencia de la proposición, dando la impresión, como se repite en casi cualquier área del Análisis Económico del Derecho, que la lógica económica es irrefutable pero que moralmente es despreciable. En segundo lugar, lo cierto es que ninguno de los autores que explican el incumplimiento eficiente son activistas a favor del incumplimiento sino más bien pretenden ser quienes han observado fenómenos económicos que desnudan las limitaciones jurídicas. En último lugar, la consecuencia lógica de sus postulados es buscar remedios jurídicos a un problema que la economía hace patente.

Expresadas tales salvedades, entre los conceptos básicos que se necesitan para comprender la teoría del incumplimiento eficiente se encuentra el denominado principio de indiferencia [*indifference principle*]¹¹⁰, por el cual se entiende que la toma de decisión se efectúa en un contexto carente de costos de transacción (o bien que los mismos son cercanos a cero)¹¹¹, prevalencia de los remedios resarcitorios¹¹² (debiendo el *quantum* resarcitorio ser calculado, por lo general, en relación al *expectation interest*)¹¹³ y, por último, el monto a desembolsarse por concepto de daños se limitará al perjuicio que resultaba previsible [*foreseeable*]¹¹⁴ al momento de la celebración del contrato. Luego, comentando sobre las situaciones en las que resultaría eficiente económicamente incumplir un contrato, el profesor Posner explica

(...) [E]n algunos casos una parte se vería tentada a incumplir el contrato simplemente porque el beneficio del incumplimiento excede el beneficio esperado de llevar a término el contrato. Si es que el beneficio del incumplimiento también excede el beneficio esperado que recibiría la contraparte frente a la culminación del contrato y el resarcimiento se encuentra limitado a la pérdida del beneficio esperado, habrá un incentivo para incumplir. Debe ser así.¹¹⁵

¹¹⁰ Melvin Eisenberg. "Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law". *California Law Review* no. 93 (2005):975. Traducción propia.

¹¹¹ Richard Posner. "Economic Analysis of Law". 120. Traducción propia.

¹¹² John Arton. "The economic basis of damages for breach of contract". En: *Journal of Legal Studies* no. 01. (1972):277; Steven Shavell. "Damages measures for breach of contract". En: *Bell Journal of Economics* no.11 (1980):466; y, Robert Birmingham. "Damages measures and economic rationality: The geometry of Contract Law." *Duke Law Journal* no. 01. (1969):49.

¹¹³ Lon Fuller. y William Perdue Jr. "The reliance interest in contract damages: 1". *Yale Law Journal* no.46 (1936):52. y, Lon Fuller. y William Perdue Jr. "Reliance interest in contract damages: 2". *Yale Law Journal* no. 46. (1936):373.

¹¹⁴ Melvin Eisenberg. "The principle of Hadley v. Baxendale". *California Law Review* no. 80 (1992):563.

¹¹⁵ Richard Posner. "*Economic Analysis of Law*". (Boston: Brown and Company:1972),120.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Un jurista peruano crítico a la postura de Posner es Renzo Saavedra, autor del artículo “*La teoría del no cumplimiento eficiente es difícil de utilizar debido a los problemas legales y económicos. ¿Un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible?*” en el cual analiza, desde la perspectiva del derecho contractual norteamericano, la denominada ‘teoría del incumplimiento eficiente’ y los diversos factores involucrados, así como su eventual incorporación a la realidad jurídica nacional, para finalmente proponer pensar mejor en términos de la ‘teoría de la conclusión contractual eficiente’. Así pues, su crítica a Posner va en el siguiente sentido:

En realidad, quien se encuentre tentado a incumplir no podrá evaluar el contenido de los aspectos que sirven de base a Posner sencillamente porque el costo de acceso a tal información resulta prohibitiva (salvo que su contraparte revele la totalidad de dicha información, lo cual, como es de esperar, no sucederá en la medida que si ésta conociese estos detalles obtendría un fortísimo poder de negociación en desmedro de los intereses de la parte que revela la información). Por otro lado, se toma como punto de partida que los daños resarcibles son únicamente “la pérdida del beneficio esperado” o, si se quiere, en términos del *Restatement (Second) of Contracts*, (...) el *expectation interest*. Sin embargo, tal limitación no siempre resultará aplicable puesto que también es posible que deba efectuarse algún desembolso producto de la tutela del *reliance interest* (que comprende los gastos y/o costos que asume o efectúa una parte contando en la ejecución de la promesa de su contraparte), del *restitution interest* (cuyo propósito es devolver a la parte afectada por el incumplimiento aquellos beneficios que recibió el deudor con vistas a ejecutar la promesa incumplida) e incluso del *disgorgement interest* (el cual se centra en que el deudor no retenga para sí los beneficios obtenidos como consecuencia de su decisión de incumplir pues, de lo contrario, importaría un enriquecimiento inmotivado a costa de su contraparte).

(...)

Un último aspecto que queremos resaltar es la afirmación de Posner acerca de que, dado el beneficio neto de la operación, ambas partes se encontrarían *mejor* (esto es, el deudor que incumple) o *indiferentes* (vale decir, quien no recibe la prestación sino un remedio sustitutorio) frente a la situación de incumplimiento, por lo que habría un incentivo a incumplir el cual debe ser protegido por el Derecho. Sin embargo, ¿esto es cierto?, ¿basta con que exista un incentivo económico para tomar determinada conducta para que ésta deba ser protegida sin más por el Derecho? Creemos que la respuesta no puede ser sino negativa. Es evidente que el

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

sistema jurídico debe intentar proteger la creación de riqueza pero ello no es su único objetivo.¹¹⁶

Esta última crítica del profesor Saavedra debería ser una afirmación pacífica, no basta la existencia de un incentivo económico para que una conducta sea considerada como un bien jurídico digno de tutela. Es labor del legislador considerar otros aspectos tales como la justicia, o la reacción social. El tema de la asimetría informativa o información prohibitiva también tiene sentido, sin desmerecer la lógica económica subyacente en la postura más liberal, pero el análisis en el derecho público debe realizarse con algunas otras consideraciones, pues la posición de poder es mayor entre autoridades (aunque pertenezcan a distintos niveles jerárquicos), que entre dos pares civiles (aunque la realidad también indica que suele haber partes con un notorio mayor poder de negociación sobre las otras). Los recursos económicos del erario y la capacidad de influencia que tienen las autoridades son recursos que no poseen los privados.

Otra crítica del profesor Saavedra, pero reseñada en un trabajo diferente se refiere a un supuesto error metodológico:

El error metodológico estriba en el intento de definir o aprehender la esencia de una situación en función de un elemento excepcional —pues lo regular es el respeto de la norma o el cumplimiento del deber—, externo —la sanción es un mecanismo de tutela exógeno a la situación defendida— y patológico —la situación de infracción es claramente una en la que el Derecho reacciona de manera diversa ante la esencia de un fenómeno, mientras que la fisiología es la que explica el devenir natural de una figura jurídica—, por lo que calificar como lícita —esto es, que su actuación es conforme a Derecho— a una conducta que por definición infringe al sistema es una *contradictio in terminis*—. Por su parte, el error jurídico, que no es más que un reflejo de lo anterior, se centra en confundir el supuesto de hecho —la infracción— con la consecuencia —la sanción—, cuando ambas son lógica y ontológicamente distintas.¹¹⁷

Según explica el profesor Saavedra, quienes se adhieren a la postura del incumplimiento eficiente se sustentan en un error histórico derivado de la percepción de que uno de los primeros impulsos doctrinales dirigidos a sustentar la idea del incumplimiento eficiente sería el dado por

¹¹⁶ Renzo Saavedra “Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. ¿Un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible?” *THÉMIS-Revista De Derecho* no. 58 (2010):251-253.

¹¹⁷ Renzo Saavedra “Apuntes comparativos sobre la teoría del incumplimiento eficiente: Incumplir o no incumplir, he allí el dilema.” *Revista Foro Derecho Mercantil* no. 30 (2011):69.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

el juez Oliver Wendell Holmes Jr. Tal percepción se genera, sugiere el profesor, en virtud a un breve pasaje contenido en un artículo de finales del siglo XIX, en el que se sostiene que: “El deber de cumplir un contrato en el *common law* no significa más que la predicción de que uno debe pagar un resarcimiento si es que no lo cumple, y nada más que ello.”¹¹⁸ Se trata de un error histórico que debiera provocar una reevaluación de su postura debido a la siguiente cita del mismo juez:

(...) la persistente impresión de que sostengo que la promesa de un hombre se centra en realizar X o el pago de un resarcimiento. No creo que un hombre prometa pagar un resarcimiento bajo un contrato más de lo que ello sucede en la responsabilidad extracontractual. Aquí quien realiza un acto se torna responsable en caso no se verifique un determinado hecho, mientras que el acto ejecutado simpliciter en perjuicio de alguien lo hace responsable extracontractualmente.¹¹⁹

Entonces, siempre según la crítica del profesor Saavedra, uno de los reales precursores sería Robert Birmingham, con su célebre cita que evoca al criterio de eficiencia de Pareto “(...) Cuando el prometedor puede beneficiarse de sus acciones y se coloca en la misma posición en la que habría estado si la obligación hubiera sido cumplida, debería ser más fácil deshacerse de la obligación. En estas condiciones, romper una promesa es un paso hacia la dirección correcta paretiana”¹²⁰

Luego de sentados los argumentos históricos, señala el profesor Renzo Saavedra no cree que sea real utilizar la idea paretiana porque:

(i) si se repara monetariamente al acreedor insatisfecho, éste aún no ha recibido aquello que satisface su necesidad sino que deberá ir al mercado para encontrar un bien sustituto o bien un locador que le preste el servicio que requiere, (...) por lo que el dinero recibido sólo le permitirá entrar al mercado y no es el que en sí mismo el que repara el daño sufrido (...); y, (ii) tanto su noción de eficiencia como su óptimo sólo atiende a si un miembro de la sociedad es beneficiado y ninguno perjudicado, empero, no observa quién asume los costos asociados a tal transferencia o movimiento hacia el óptimo paretiano ni mucho menos si estos compensan tal operación (bajo esta noción es posible que el costo

¹¹⁸ Oliver Wendell Jr Holmes. “The path of the law”. *Harvard Law Review* no. 10 (1897):457.

¹¹⁹ Oliver Wendell Jr. Holmes y Frederick Pollock. “*Holmes-Pollock letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*”. Texto editado por Mark de Wolfe Howe. (Cambridge: Harvard University Press, 1941),177. Carta del 12 de marzo de 1911.

¹²⁰ Robert Birmingham. “Breach of contract, damages measures, and economic efficiency”. *Rutgers Law Review* no. 24 (1970):273.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

social –por ejemplo, los costos de administración de justicia– supere a los beneficios privados).¹²¹

Después de un extenso y valioso análisis, en el artículo “*Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. ¿Un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible?*” se hace referencia a Ian Macneil: “lo que se debe proponer no es el empleo de la teoría del incumplimiento eficiente sino más bien la teoría de la conclusión contractual eficiente”¹²² que, en teoría, parte de la sencilla premisa de que los costos de transacción en el incumplimiento eficiente son más elevados de lo que por lo general se piensa y de modo correlativo, los costos de renegociación son más bajos de lo que se piensa. Sostiene, por tanto, que “En atención a todo lo que se ha expuesto no nos queda más que concluir que la presente teoría [del incumplimiento eficiente], en caso se admitiese en nuestro sistema, no generaría más que un fenómeno de irritación jurídica.”¹²³ Así pues, para finalizar con los pensamientos del profesor Saavedra, sus sugerencias expresadas en otro trabajo, piénsese, por ejemplo, en:

(i) incluir la racionalidad acotada y el efecto certidumbre en las discusiones sobre aversión al riesgo en el campo de la negociación contractual, al redactar normas ambientales o disposiciones sobre tutela de derechos fundamentales; (ii) incorporar tanto la *prospect theory*, como la fuerza de voluntad acotada, al estudiar las decisiones que un individuo toma al realizar o planear la comisión de un delito; y, (iii) la posibilidad de incluir al auto-interés acotado y el sesgo de disponibilidad para la comprensión y/o represión de conductas injustas que limiten o prevean el deseo de sanción de la contraparte.¹²⁴

Por supuesto que es deseable acoger las recomendaciones de Saavedra y abogar por reformas en el sistema que permitan hacer frente a estos incentivos perversos para incumplir, después de todo, la confianza en la palabra empeñada es el pilar sobre el cual se asienta la estabilidad jurídica. Pero una cosa es el estado ideal de las circunstancias, otra bastante diferente

¹²¹ Renzo Saavedra “Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. ¿Un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible?,” 257.

¹²² Ian Macneil. “Efficient breach of contract: Circles in the sky”. *Virginia Law Review* no. 68 (1982): 957.

¹²³ Renzo Saavedra “Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. ¿Un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible?,” 275.

¹²⁴ Renzo Saavedra “Behavioral Law and Economics: Una aproximación inicial.” En: *Enfoque Derecho*. 18 de enero de 2010.

<http://www.enfoquederecho.com/?q=node/203>

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

es la realidad, que muchas veces desborda los supuestos previstos por la legislación y excede las previsiones o buenas intenciones.

Esto no sólo es cierto en el ámbito de la ley privada entre dos personas que han firmado un contrato, pero también en las formas en que funciona el gobierno, de no seguir las normas medioambientales, aunque saben que les costará dinero, pero que se considera menos grave que el dinero que se obtiene de la actividad ilegal, es porque se cree que el castigo no vendrá o tardará mucho en llegar. Aún más, como el Tribunal Constitucional ha dicho una y otra vez en sus sentencias, se ve en autoridades que haciendo abuso del poder que les confiere su cargo, incumplen las disposiciones más fundamentales de la Constitución, mediante la dación de normas inconstitucionales o la incitación a conductas que atentan contra el orden público establecido.

La idea de una sanción o indemnización como consecuencia de un incumplimiento es generar un efecto, punitivo o resarcitorio respectivamente, pero en última instancia disuasorio. De hecho, esa es la lógica detrás del Derecho, compeler a los sujetos a adecuar sus conductas al marco legislativo vigente. En la lógica de quienes intencionalmente optan por incumplir un compromiso —sea contractual o impuesto por ley— solo es posible sostener una eficiencia subjetiva. Esto es, el sujeto incumplidor persigue un fin que no puede llevar a cabo obedeciendo el compromiso, por lo tanto, en su ponderación de costos y beneficios, el incumplimiento les resulta ventajoso para la consecución de su propio objetivo. Es importante aclarar que esta ‘eficiencia subjetiva’ es una interpretación *sui generis* de la teoría del incumplimiento que funciona bien, pues la eficiencia a la que se refieren los autores como Bullard, Posner o Saavedra, está referida a la eficiencia social, esto es, colectiva; según la cual el incumplimiento genera en realidad un movimiento hacia el óptimo paretiano en el que el mercado suple la falla de la ley al distribuir adecuadamente los recursos en la sociedad.

El análisis jurídico-económico de Al final, el sistema constitucional es la mejor manera de gobernar de ‘pesos y contrapesos’ no está equilibrado, en tanto que no son solo casos aislados. Si el caso fuera que los gobiernos regionales optan por incumplir la Constitución al atribuirse competencias que no les corresponden, sea porque son exclusivas de otro nivel de gobierno o porque son ilegítimas, en casos excepcionales sin generar mayor impacto en la

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

sociedad ni perturbar gravemente el equilibrio, se estaría dentro de la normalidad de un Estado descentralizado con sus esperables conflictos por cuotas de poder; no obstante, la situación que atraviesa el país es más complicada, por ejemplo, el último mapa de pobreza 2018¹²⁵ del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) Se descubrió que 16 de los 20 distritos más pobres de Perú se encuentran en Cajamarca.

Haciendo los cálculos, resulta que su medición a nivel regional es la peor a nivel nacional, con 42% de la población viviendo en situación de pobreza monetaria, es decir, su gasto mensual es insuficiente para cubrir sus necesidades básicas alimentarias y no alimenticias. Otros datos alarmantes según el Instituto Peruano de Economía son que:

En Cajamarca, entre 2001 y 2012 se registró un incremento en ingresos y en algunos indicadores sociales (cobertura de agua potable y electricidad) que han visto mejoras aún mayores que las de Perú. Sin embargo, es una de las regiones que posee la tasa de crecimiento del Valor Agregado Bruto (VAB) más baja en todo el Perú. Entre los años 2005 y 2012, esta región creció solo 9%, mientras que en Perú creció 60% y regiones como Ayacucho y Cusco crecieron más de 80%. Debido a esto, el empleo en las zonas urbanas de Cajamarca solo creció 4% mientras que el Perú urbano registró una tasa de crecimiento de 62% en la última década. Esta falta de dinamismo parece mantenerse en el último año, el Instituto Peruano de Economía ha estimado que Cajamarca presentará una contracción de 2.2% en 2013.

Las principales actividades productivas en Cajamarca son la minería (36% del VAB) y Agricultura, caza y silvicultura (13% del VAB). Siendo la actividad minera tan importante en esta región, resulta fácil entender que en el periodo en el que Cajamarca mostró un crecimiento superior al de Perú (36% Cajamarca y 23% Perú entre 2001 y 2005), la minería contribuyó con 30% de este crecimiento debido a su buen desempeño.¹²⁶

No cabe duda de que el factor económico disminuido por la suspensión del proyecto minero Conga no es el único factor por considerar ni la panacea que salvaría a una población; no obstante, sí es un factor crucial, como demuestran las cifras. En ese orden de ideas, retomando la línea argumentativa de la eficiencia entendida como la optimización en la

¹²⁵ El objetivo del Mapa de Pobreza es mostrar la distribución geográfica de la pobreza monetaria a nivel de áreas menores (provincia, distrito e infradistrito) para identificar y priorizar las zonas más pobres del país, debido a que la información a nivel de departamento no refleja la heterogeneidad dentro de las provincias ni distritos. Además, estas unidades administrativas (provincias y distritos) tienen una gran demanda en la focalización de los programas sociales y el diseño de las políticas públicas con criterios de descentralización y articulación territorial. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/mapa-de-pobreza-25022020_ponencia.pdf

¹²⁶ Instituto Peruano de Economía, “Diagnóstico Económico de Cajamarca” *Holder* (Revista Institucional de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca), no.1 (2014):32-33.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

distribución de los recursos que resultaría en una mayor riqueza de una sociedad, las cifras demuestran que la insubordinación del gobierno regional a las políticas nacionales ha incidido en la pobreza, situación antónima de la eficiencia.

El único mecanismo que tiene el Estado Nacional para imponer el orden es la declaración del Estado de Emergencia, figura constitucional excepcional que limita las libertades individuales y otorga mayor discrecionalidad a la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas de ser el caso. Es justo señalar que los efectos disuasorios de tal medida no son suficientes, se ha utilizado en reiteradas oportunidades para diferentes situaciones y la naturaleza temporal de la medida limita la solución del problema. Con la utilización del Estado de emergencia se ha pretendido controlar estallidos sociales manifestados en forma de protestas que se tornan violentas, pero luego de apaciguada la violencia, el saldo es usualmente la trágica pérdida de vidas humanas, mayor conflictividad social, y el incumplidor queda sin sanción. No es difícil entonces, concluir que la falta de un efecto disuasorio suficiente genera un incentivo perverso para aprovechar el vacío de poder e ir en contra del orden constitucional establecido, desobedeciendo incluso a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esto podría ser un incentivo perverso o una falta de disuasión para personas cuyos objetivos no son los mismos que el bien de la sociedad.

2.2.4. Los elevados costos de transacción de una negociación luego de una sentencia del Tribunal Constitucional: Aplicación del Teorema de Coase

Además de las asunciones básicas sobre la naturaleza humana, el criterio supremo de la evaluación de la interacción humana es la eficiencia, definida implícitamente como la asignación de recursos al uso más valioso en la producción. De manera implícita o a veces expresamente, se sostiene que la definición anterior de un patrón de los derechos individuales a los recursos hace posible la acción del mercado que dirige la asignación de estos recursos hacia la eficiencia. El criterio de la evaluación es la eficacia de instituciones en la minimización de costos de transacción inherentes en la acción económica, sirviendo de tal modo para maximizar la riqueza. Esta noción fue ampliamente desarrollada por Ronald Coase en su famoso “Teorema de Coase”, según explica Bullard:

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

(..) el Teorema de COASE tiene 2 formulaciones. Según la primera, si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal adoptada porque igual se llegará a la más eficiente. Lo que COASE quería decir es que, cuando vivimos en un mercado donde existen contratos, el sistema contractual nos llevará a la eficiencia.

(...)

En cambio, según la segunda formulación, si los costos de transacción son mayores a cero, sí importa la solución legal para llegar a una solución eficiente.¹²⁷

Sin embargo, el propio Coase reconocía que tal supuesto —ausencia de costos de transacción— era irreal, aunque aquello no restara fuerza a su postura, pues se trataba de un modelo aplicando el *ceteris paribus* (donde el resto de las variables permanece constante):

Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente qué deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato se observan, y demás. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos.¹²⁸

Ponerse de acuerdo requiere inversión de tiempo, energía, y a veces hasta inversión dineraria, este conjunto de recursos invertidos son los así llamados ‘costos de transacción’. Ambas partes intervinientes en un contrato incurren en estos costos, probablemente alguna más que la otra en ciertos casos, pero la teoría explica que el contrato otorga la seguridad de que se cumplirá el acuerdo negociado, pues existe la amenaza de que incumplir acarreará una penalidad o indemnización pecuniaria en favor del afectado además de la pérdida de reputación del incumplidor. Por ende, la confianza en el cumplimiento del acuerdo se basa no tanto o no solo en la buena voluntad de las partes sino del efecto disuasorio que otorga la protección jurídica del Estado que permite acudir a la vía jurisdiccional para salvaguardar sus derechos. Cabe señalar que el sistema peruano condiciona el acceso a la vía jurisdiccional al intento de concordia previa entre las partes. Si estas condiciones se cumplen, habrá más contratos e incrementarán los intercambios económicos voluntarios, con lo cual los recursos estarán distribuidos adecuadamente según quienes los valoren más o menos.

¹²⁷ Alfredo Bullard, “El análisis económico del Derecho” en: *Derecho y economía*, 45.

¹²⁸ Ronald Coase: “El problema del costo social”.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Trasladando esa lógica a las relaciones entre los distintos niveles de gobierno, los costos de transacción ‘primarios’ no existen, puesto que ya existe un marco normativo vigente que estipula cuáles son los compromisos de cada parte. En caso de un conflicto de competencias por una diferencia de interpretaciones producto de una ambigüedad en la norma, o una invasión intencional de competencias, lo cierto es que, al igual que en un conflicto privado, estos no siempre se dirimen en la vía jurisdiccional, más bien hay negociaciones previas en las que se intenta llegar a un entendimiento que ponga fin a las hostilidades. Cuando estas negociaciones fracasan, o la situación amerita un pronunciamiento del órgano competente luego de un debido proceso, el conflicto debe cesar y el dictamen debe ser obedecido. El problema, a diferencia de una situación privada, es que no hay forma jurídica de utilizar la fuerza para hacer cumplir la sentencia, no existe un proceso de ejecución ni alguna medida parecida. Esto merma el poder de negociación del Gobierno Nacional frente a los gobiernos regionales, pues estos tienen la opción fáctica pero ilegítima de desobedecer una disposición constitucional, e incluso una sentencia adversa, mientras que el Gobierno Nacional solo puede ofrecer concesiones o utilizar la fuerza de la represión permitida por el Estado de Emergencia, la cual es bastante limitada. Yendo aún más lejos, se puede afirmar que es absolutamente ineficiente seguir negociando luego de una sentencia firme, los costos de transacción de ponerse de acuerdo entonces son más altos en lo que respecta no solo a dinero sino a la legitimidad del sistema en sí. No hace sentido tener normas y tribunales, impulsar un proceso que conlleve a una interpretación final, pero que al final quede en letra muerta y no sea estable.

2.3. La figura de la coerción estatal como contrapeso frente a los excesos de los gobiernos subnacionales

En un escenario extremo cuando un poder autónomo subnacional (región, comunidad autónoma, estado, o cualquiera que sea la categoría jurídica especial) no se atiene a las reglas constitucionales y opta por desobedecer la Constitución, en el Derecho comparado de los Estados compuestos se ha configurado la llamada coerción estatal para afrontar esta situación de crisis. Es decir, se ha optado por la atribución a algún órgano constitucional de facultades coercitivas excepcionales. A este respecto, el profesor Cruz Villalón escribe: “Ningún Estado federal ni, por extensión, ningún Estado «compuesto» puede subsistir si no dispone de la posibilidad de imponer a las unidades territoriales autónomas que lo integran, si es preciso por

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

la fuerza, el cumplimiento de las obligaciones derivadas del ordenamiento general del Estado”¹²⁹ Por otra parte, “la unidad no tiene como finalidad única la de excluir el derecho de separación de los entes territoriales sino también la de armonizar la actuación de dichos entes con la de los órganos centrales del Estado. (...) Sin embargo, puede llegar un momento en que la armonización no se pueda lograr por el empecinamiento de los órganos de poder de un ente territorial en incumplir las disposiciones constitucionales.”¹³⁰ El Perú no es un estado federado no mucho menos, pero es bastante «compuesto» en la práctica. De hecho, la descentralización peruana al parecer consiste en haber replicado la “estatalidad” pues los gobiernos regionales tienen estructura de «microestados», con un Consejo Regional que es como un pequeño Parlamento, un Gobernador Regional con sus respectivos funcionarios y un Consejo de Coordinación Regional integrado, en forma corporativa, por los alcaldes provinciales y representantes de la sociedad civil. Igual ocurre con los gobiernos locales, con sus concejos municipales y su alcaldía. Todo ello ha provocado que se haya descentralizado el centralismo al interior del país.

Es cierto que actualmente en el país la idea de un rediseño total del sistema, bajo el lema “Nueva Constitución”, es reivindicado principalmente por la izquierda peruana cada tanto que aparece una crisis, y que otro sector, principalmente la comunidad empresarial pero también otras facciones políticas se oponen incluso al mero debate de la cuestión por temor a un cambio sustancial en el régimen económico, aunque a su vez reconocen la existencia de una crisis y se habla de reformas que en la mayoría de sus veces, no pasan de simples ideas. Retomando las ideas de equilibrio esbozadas en el capítulo anterior de esta investigación, podría afirmarse que ambas partes reconocen que el equilibrio no está funcionando, que el óptimo de la distribución de recursos (económicos y poderes) está bastante lejos, y que es necesario restaurar el orden. Si bien discrepan en cuanto a las soluciones, un debate concienzudo y alturado debería ser bienvenido. Así pues, el objeto de esta exploración del Derecho Comparado respecto de la “coerción estatal” es servir de insumo para el debate respecto a la restauración del equilibrio. Expresado esto, una salvedad es importante, entre la variedad de problemáticas que afronta el

¹²⁹ Cruz Villalón, Pedro. “La protección extraordinaria del Estado” en Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría: *La Constitución española de 1978*. (Madrid: Editorial Civitas, Madrid, 1981), 689.

¹³⁰ Eduardo Vírjala Foruria, “La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución.” *Revista Española de Derecho Constitucional* no. 73 (2005): 58.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Perú, no existe al día de hoy un peligro de ‘secesionismo’ como el que afrontara Estados Unidos en la década de 1860, o la causa independentista de Cataluña en España; aun así, es probable que un repaso por la experiencia de estas y otras naciones y las soluciones jurídicas que les permitieron o permiten afrontar sus crisis, sea de utilidad para el desequilibrio de poderes en el Perú.

Los profesores Vírgala Foruria¹³¹ y Gómez Orfanel¹³² han sistematizado los modelos en tres grupos: La intervención federal a petición de un Estado miembro, la disolución directa de los órganos constitucionales, la coerción federal.

2.3.1. La intervención federal a petición de un Estado miembro

2.3.1.1. La Constitución estadounidense de 1787

La constitución estadounidense contiene esta figura en su art. IV.¹³³ (Los Estados Unidos se asegurarán de que cada Estado de esta Unión tenga una forma republicana de gobierno y defenderán cada Estado de las invasiones, como contra los problemas dentro, cuando la legislatura o el poder ejecutivo lo solicitan (si no era posible que la legislatura cumpliera)»¹³⁴. El conflicto conocido como *Little Rock Nine* es un gran ejemplo de algo. Contraviniendo la Sentencia «*Brown v. Board of Education, U.S. 483 (1954)*» de la Corte Suprema contra la segregación racial en Topeka, el Gobernador de Arkansas Orval Faubus ordenó a las tropas de la Guardia Nacional impedir el acceso de nueve alumnos negros en la *Central High School* de *Little Rock*. Por su parte, el presidente Eisenhower respondió enviando tropas del ejército para asegurarse de que esos estudiantes negros pudieran entrar.

En aras de solucionar un problema de tal índole, en el caso peruano bastaría con la intervención de la Policía Nacional. Es poco probable, y no ha acontecido antes, que un

¹³¹ Eduardo Vírgala Foruria, “La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución.” *Revista Española de Derecho Constitucional* no. 73 (2005): 55-109.

¹³² Germán Gómez Orfanel, “La coerción federal en el Derecho comparado.” *Cuadernos de Derecho Público* no. 26. I.N.A.P. (2015): 41-60.

¹³³ Deborah Jones Merritt “The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century.” *Columbia Law Review*. Vol. 88, no. 1. (1988): 1-78.

¹³⁴ «The United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form of Government, and shall protect each of them against Invasion; and on Application of the Legislature, or of the Executive (when the Legislature cannot be convened) against domestic Violence.»

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

gobierno regional pueda disponer de personal armado estatal (como el caso de la Guardia Nacional en Estados Unidos), aunque en caso de disturbios internos, el Perú cuenta con la opción de aplicar el Estado de Emergencia, que le sirve para restaurar el orden. La figura estadounidense no parece ser apropiada para restaurar el equilibrio en el Perú.

2.3.1.2. La Constitución argentina de 1994

En su art. 629 se estipula que: «Para mantener la forma republicana de gobierno, el gobierno federal se pone en marcha para ayudar a las provincias, o repeler invasiones exteriores, y a petición de sus autoridades para mantenerlos o traerlos de vuelta, si la seducción les había sacado del poder, o atacando una provincia vecina»¹³⁵ No se trata de un caso de desobediencia interna, por lo que no es útil para esta investigación. Además, no existe algún antecedente sobre su aplicación.

2.3.1.3. La Constitución mexicana de 1917

En su art 119 (reformado en enero 2016) se señala que: «Las Potencias de la Unión tienen que mantener a los estados seguros de cualquier violencia o invasión desde fuera del país. En cada caso de retraso o caos interno, darle el mismo nivel de protección, siempre que sean agitados por la legislatura o el ejecutivo de la federación, si aquélla no estuviere reunida.»¹³⁶ Nuevamente, no se trata de un caso de desobediencia interna, por lo que no reviste mayor utilidad para esta investigación. Además, no existe algún antecedente sobre su aplicación.

2.3.1.4. La Constitución australiana de 1901

En su art. 119¹³⁷ se estipula que: «El Commonwealth protegerá cada Estado de invasión y, en la aplicación del Poder Ejecutivo del Estado, de la violencia local»¹³⁸. Otra vez, no se trata de un caso de desobediencia interna, por lo que no reviste mayor utilidad para esta investigación. Además, no existe algún antecedente sobre su aplicación.

¹³⁵ Guillermo Becerra Ferrer “La intervención federal en las provincias en el Derecho Constitucional argentino.” *Revista de Estudios Políticos* no. 144 (1965): 153-165.

¹³⁶ José A. González Fernández. *La intervención en los Estados*. (México: Escuela Libre de Derecho, 1975)

¹³⁷ Peta Stephenson, “Fertile ground for federalism?: Internal security, the states and section 119 of the Constitution” *Federal Law Review*, vol. 43 no. 2. (2015):289 a 312.

¹³⁸ «The Commonwealth shall protect every State against invasion and, on the application of the Executive Government of the State, against domestic violence.»

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

2.3.2. La disolución directa de los órganos constitucionales

2.3.2.1. La Constitución italiana de 1947

En su art. 126¹³⁹ establece que: «Se acordarán por decreto razonado del Presidente de la República la disolución del Consejo Regional y la remoción del Presidente de la Junta que hayan realizado actos contrarios a la Constitución o incurrido en violaciones graves de la ley. Podrán asimismo la disolución y la remoción ser acordadas por razones de seguridad nacional. El decreto se adoptará, oída una Comisión de diputados y senadores constituida para las cuestiones regionales, según las normas establecidas por ley de la República...».¹⁴⁰ Este precepto fue posteriormente desarrollado en el art. 50 de la Ley n.º 62 de 10 de febrero de 1953.

Es una disposición interesante, una especie de intervención en que se remueve a los órganos del poder regional que infrinjan la Constitución o atenten contra el interés nacional. Pese a su interesante desarrollo, no ha merecido mayor atención de la doctrina porque no ha habido ocasión de aplicarlo jamás. Es probable que uno de los factores para que nunca se haya utilizado sea el efecto disuasorio que genera la sola posibilidad de aplicarse.

2.3.2.2. La Constitución austríaca de 1920

En su art. 100¹⁴¹: «Toda Dieta Regional podrá ser disuelta, a instancias del Gobierno federal y con la aquiescencia del Consejo federal, por el presidente federal. La conformidad del Consejo Federal se acordará en presencia de la mitad de sus componentes y por mayoría de dos tercios de los votos emitidos. No podrán tomar parte en la votación los representantes del Estado cuya Dieta Regional se trate de disolver.»¹⁴²

¹³⁹ Marco Mancini, “L’art. 126 Cost. Novellato, ovverosia di una modifica apparentemente marginale, main tealtá gravida da implicazioni” *Rivista di Diritto Pubblico Italiano comparato, europeo*, no. 22. (2016): 2-27.

¹⁴⁰ «Con decreto motivato del Presidente della Repubblica sono disposti lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge. Lo scioglimento e la rimozione possono altresì essere disposti per ragioni di sicurezza nazionale. Il decreto è adottato sentita una Commissione di deputati e senatori costituita, per le questioni regionali, nei modi stabiliti con legge della Repubblica.

¹⁴¹ Peter Pernthaler y Fried Esterbauer (1980): “Der Föderalismus” en Herbert Schambeck. *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und Entwicklung*. (Berlín: Dunker & Humbolt, 1980), 325-349.

¹⁴² «Jeder Landtag kann auf Antrag der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates vom Bundespräsidenten aufgelöst werden; eine solche Auflösung darf jedoch nur einmal aus dem gleichen Anlass verfügt werden. Die Zustimmung des Bundesrates muss bei Anwesenheit der Hälfte der Mitglieder und mit einer

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Es un caso parecido al de Italia, tampoco se ha aplicado alguna vez.

2.3.2.3. La Constitución portuguesa de 1976

En su art. 234¹⁴³: «Los órganos de las regiones autónomas podrán ser disueltos o suspendidos por el Presidente de la República por haber cometido actos contrarios a la Constitución, oídos el Consejo de la Revolución y la Asamblea de la República.»¹⁴⁴

Aquí es notoria una diferencia con las otras Cartas Fundamentales de la categoría, la opción de “suspender” los órganos de las regiones autónomas. Un punto medio que le permite al gobierno central graduar la gravedad de la medida a tomar en razón de las circunstancias. Podría ser útil para el caso peruano; no obstante, no ha merecido mayor debate doctrinario ni jurisprudencial dado que no ha habido ocasión de utilizar esta medida.

2.3.2.3. La Constitución colombiana de 1991

En su artículo 304 se señala: «El presidente de la República, en los casos en los que la ley se refiere a los impuestos, Los gobernadores pueden ser suspendidos o destituidos.

Sus reglas sobre lo que puede y no puede hacer no serán menos estrictas que las del presidente de la República.»

Y en la Ley 418 de 1997, artículo 106 se estipula que:

«Sin importar el castigo que se le dará, los gobernadores y alcaldes que cometen cualquiera de los delitos especiales que se establecen en el Artículo 14 de la Ley 4ª de 1991, serán acreedores de la suspensión de las sanciones en el ejercicio de la oficina hasta sesenta (60) días calendario o a la destitución del mismo, dependiendo de lo malo que fuera el delito.

De la misma manera, estos agentes serán sometidos a los mismos castigos si muestran cualquiera de los siguientes comportamientos:

Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen beschlossen werden. An der Abstimmung dürfen die Vertreter des Landes, dessen Landtag aufgelöst werden soll, nicht teilnehmen.»

¹⁴³ Vital Moreira y Jose Joaquim Gomes Cantilho. *Constituição da república Portuguesa Anotada*. (Coimbra: Coimbra, 2014).

¹⁴⁴ «As Assembleias Legislativas das regiões autónomas podem ser dissolvidas pelo Presidente da República, ouvidos o Conselho de Estado e os partidos nelas representados.»

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

1. No seguir las órdenes o instrucciones dadas por la autoridad adecuada de forma oportuna y eficaz.
2. Promover, a través de cualquier tipo de declaración o declaración, la idea de que la gente no sabe sobre los órdenes o instrucciones dados por la autoridad encargada del orden público.
3. Consentimiento o dejar que sus subordinados conozcan las órdenes o instrucciones dadas por la autoridad encargada de mantener el orden público, o no tomar los pasos que deben tomarse cuando esto ocurre.»

Ahora bien, en la práctica es la Procuraduría General la que, haciendo uso de sus facultades expresas para investigar, decidir e imponer sanciones en materia disciplinaria ha destituido y suspendido a autoridades electas que han cometido delitos.

2.3.3 La coerción federal o coacción estatal

2.3.3.1. La Ley Fundamental de Bonn de 1949 en Alemania

En su art. 37, Bundeszwang, o coerción federal establece: «(1) Si un Land no cumpliera los deberes federales que la Ley Fundamental u otra ley federal le impongan, el Gobierno Federal, con la aprobación del Bundesrat, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar al Land al cumplimiento de dichos deberes por vía coactiva federal. (2) Para la ejecución de las medidas federales coactivas, el Gobierno Federal o su representante tiene el derecho de impartir instrucciones a todos los Länder y a las autoridades de los mismos.»¹⁴⁵

El antecedente inmediato es el del art. 48 de la Constitución de Weimar (1919) y su aplicación en el Golpe Prusiano de 1932. Este precepto constitucional establecía la facultad del Presidente de recurrir a las Fuerzas Armadas en dos supuestos: cuando algún Estado miembro no cumpliera la Constitución; o por grave riesgo de la seguridad y el orden público (1. —Si un Estado no cumple los deberes que le impone la Constitución o las leyes del Imperio el

¹⁴⁵ «(1) Wenn ein Land die ihm nach dem Grundgesetze oder einem anderen Bundesgesetze obliegenden Bundespflichten nicht erfüllt, kann die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates die notwendigen Maßnahmen treffen, um das Land im Wege des Bundeszwanges zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten. (2) Zur Durchführung des Bundeszwanges hat die Bundesregierung oder ihr Beauftragter das Weisungsrecht gegenüber allen Ländern und ihren Behörden.»

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Presidente de éste podrá obligarle a ello, con ayuda de la fuerza armada. 2.—Cuando se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos en el Imperio, el Presidente puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de los mismos, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada. Con este fin puede suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 Y 153.»¹⁴⁶

El Presidente Hindenburg se fundamentó en este precepto para dictar la Ordenanza de 20 de julio de 1932 y destituir a Otto Braun de su cargo de Presidente del Gobierno prusiano, al tiempo que nombraba a Franz von Papen para el cargo de Comisario del Reich en Prusia, además de acordar la suspensión de los derechos constitucionales de los ciudadanos. La Ordenanza fue objeto de una sentencia histórica, la StGH (Preussen c. Reich) de 25 de octubre de 1932 en la que el Tribunal resolvió que esas medidas no podían tener fundamento en ningún incumplimiento de la legalidad imputable a Prusia; pero que, no obstante, encontraban acomodo en el supuesto de grave peligro para la seguridad y el orden público del Reich. Poco después, Adolf Hitler fue nombrado Canciller el 30 de enero de 1933. El Presidente Hindenburg dictó una segunda Ordenanza el 6 de febrero de 1933 para privar de competencias al Gobierno prusiano, esta vez por razones de orden público. El Tribunal estatal fue disuelto antes de poder resolver el recurso que las autoridades prusianas instaron frente a esta segunda Ordenanza.

Téngase en cuenta, por otra parte, que además de la coerción federal del art. 37, la Ley Fundamental de Bonn dispone de otros preceptos que regulan las relaciones entre el Estado y los Länder: El art. 84 regula en sus tres últimos apartados la Bundesaufsicht (supervisión federal), es decir la supervisión por el Gobierno federal de la ejecución de las leyes federales por los Estados mediante comisionados. Si pese a ello no se hubiesen subsanado las deficiencias de ejecución de las leyes federales, el Gobierno federal queda habilitado para solicitar la intervención del Consejo federal. Y, finalmente, el Gobierno federal, con el asentimiento del

¹⁴⁶ «(1) Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten. (2) Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zweck darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen.»

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Bundesrat, podrá mediante una ley federal atribuir las facultades necesarias para la ejecución de las leyes federales e incluso dictar instrucciones singulares para las autoridades regionales.¹⁴⁷

El art. 91 regula la intervención de la Federación: Para el restablecimiento de la seguridad o el orden público, o para la defensa frente a una amenaza contra la libertad o la democracia, un Land puede reclamar el apoyo del Cuerpo Federal de Protección de Fronteras o de las Fuerzas Armadas. Y añade que, si el Estado afectado no combatiese el peligro, el Gobierno federal podrá someter a la policía de ese Estado y a las de otros Estados.¹⁴⁸

Y, por último, conforme al art. 87.a.4, el Gobierno podría intervenir directamente, sin la previa reclamación del Land, para prevenir un peligro inminente para la existencia, la libertad o la democracia de la Federación o para luchar contra sediciosos organizados y militarmente armados.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania 1949. Artículo 84.

(3) El Gobierno Federal controla que los Länder ejecuten las leyes federales conforme al derecho vigente. Con este fin, el Gobierno Federal podrá enviar comisionados ante las autoridades supremas de los Länder con el consentimiento de las mismas y, en caso de negativa, con la aprobación del Bundesrat, también a las autoridades inferiores.

(4) Si no fueren eliminadas las deficiencias comprobadas por el Gobierno Federal en la ejecución de las leyes federales en VIII. La ejecución de las leyes federales y la administración federal 74 los Länder, el Bundesrat, a solicitud del Gobierno Federal o del Land, decidirá si el Land ha violado el derecho. Contra la resolución del Bundesrat podrá recurrirse ante la Corte Constitucional Federal.

(5) Mediante una ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat, podrá conferirse al Gobierno Federal, a fin de asegurar la ejecución de leyes federales, la facultad de impartir instrucciones individuales para casos especiales. Estas instrucciones deberán ser dirigidas a las autoridades supremas del Land, salvo que el Gobierno Federal considere que el caso es urgente.

Traducción: Prof. Dr. Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón); Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.

¹⁴⁸ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania 1949. Artículo 91 [Estado de emergencia interior]

(1) Para la defensa contra un peligro que amenace la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, un Land podrá reclamar el concurso de fuerzas policiales de otros Länder, así como personal e instituciones de otras administraciones y del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras.

(2) Si el Land amenazado por el peligro no estuviere por sí mismo dispuesto o en condiciones de combatirlo, el Gobierno Federal podrá tomar bajo su mando la policía de dicho Land y las fuerzas policiales de otros Länder, así como movilizar unidades del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras. Esta disposición será revocada después de desaparecer el peligro y, además, en cualquier momento en que así lo exija el Bundesrat. Si el peligro se extiende más allá del territorio de un solo Land, el Gobierno Federal podrá impartir instrucciones a los Gobiernos de los Länder en tanto así lo requiera un combate efectivo de dicho peligro; permanece intangible lo dispuesto en la primera y segunda frases.

Traducción: Prof. Dr. Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón); Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.

¹⁴⁹ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania 1949. 87.a.4

(4) Para prevenir un peligro inminente para la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, el Gobierno Federal podrá, siempre que se den los requisitos del artículo 91, apartado

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

2.3.3.2. La Constitución Española de 1978

La Constitución española de 1978 en su Título VIII. De la Organización Territorial del Estado, Capítulo tercero. De las Comunidades Autónomas, el Artículo 155, establece lo siguiente:

1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.
2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas.

En primer lugar, se deduce de este artículo que debe cumplirse al menos uno de los siguientes requisitos materiales para su aplicación:

- Que una Comunidad Autónoma no cumpla las obligaciones que la Constitución u otras leyes le imponen.
- Que una Comunidad Autónoma actúe de forma que atente gravemente al interés general de España.

El Gobierno, constatadas alguna o ambas de las citadas circunstancias, debe a su vez cumplir con dos requisitos procedimentales para la aplicación del artículo 155 de la Constitución:

- Enviar un previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma para que cese en sus actuaciones.
- Desatendido dicho requerimiento, obtener la aprobación por mayoría absoluta del Senado.

Solamente una vez que sean superados estos requisitos es que el Gobierno podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a la Comunidad Autónoma de que se trate al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del interés general. Es de este último inciso de donde se infiere la figura coercitiva. El profesor José M. Gil-Robles acertadamente enmarca

2, y cuando no resultaren suficientes las fuerzas de la policía y del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras, utilizar las Fuerzas Armadas para apoyar a la policía y al Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras en la protección de objetos civiles y para luchar contra sediciosos organizados y militarmente armados. Deberá cesar la actuación de las Fuerzas Armadas cuando así lo exigieran el Bundestag o el Bundesrat.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

la excepcionalidad del precepto cuando escribe: “(...) el artículo 155 no es norma excepcional si por tal se entiende un *ius singulare*, inspirada en principios contradictorios con los generales; pero sí instituye una forma de control excepcional, tomando este término como contrario a normal o habitual”.¹⁵⁰

Es posible destacar dos rasgos fundamentales del precepto: la discrecionalidad de la decisión gubernamental y la excepcionalidad de su aplicación como última ratio. La discrecionalidad del Gobierno, si bien sujeta a la aprobación de la mayoría absoluta del Senado. Y la excepcionalidad por respeto a la institución del autogobierno que los arts. 2 y 143 reconocen a las comunidades autónomas. Sobre estas dos premisas, las definiciones de la institución varían desde las meramente descriptivas a las que destacan su gravedad.

Entre las primeras, el profesor Alzaga Villamil escribe que se trata de “un control político, centralizado en el Gobierno, unilateral a posteriori y en base a criterios de discrecionalidad política», si bien añade que no es *ad pompam vel ostentationem*.”¹⁵¹ En el extremo contrario, el profesor Cruz Villalón se refiere a este precepto como “la decisión más trascendente de las previstas en la Constitución (...) y (...) el artículo más explosivo de la Constitución”.¹⁵²

Menos contundente se muestra el profesor Vírjala Foruria cuando sostiene que solo sería aplicable muy excepcionalmente en caso de desobediencia expresa y contumaz a un proceso judicial previo que diese lugar a una Sentencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo “(...) que el TC hubiera admitido la suspensión de la tramitación de la Propuesta Ibarretxe en el Parlamento vasco y éste hubiera seguido tramitándola (...).”¹⁵³

Distinta opinión sostiene Joaquín Urías

¹⁵⁰ José M. Gil-Robles y Gil-Delgado (con la colaboración de Loreto Gil-Robles Casanueva). *Artículo 155. El control extraordinario de las Comunidades Autónomas*. Citado por Óscar Alzaga Villaamil. *Comentarios a la Constitución española de 1978*. (Madrid: Edersa, 2016), 505.

¹⁵¹ Óscar Alzaga Villaamil. *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. (Madrid: Marcial Pons, 2016), 676-678.

¹⁵² Cruz Villalón, Pedro. “*La protección extraordinaria del Estado*” en Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría: *La Constitución española de 1978*. (Madrid: Editorial Civitas, Madrid, 1981), 715.

¹⁵³ Eduardo Vírjala Foruria, “La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución.” *Revista Española de Derecho Constitucional* no. 73 (2005): 81-82.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

A diferencia del artículo 37 de la Ley Fundamental de Bonn, el artículo 155 de nuestra Constitución puede ponerse en marcha por meras discrepancias políticas entre el Ejecutivo central y el autonómico. Todo el instituto viene determinado por la inclusión, entre los supuestos habilitantes de la intervención excepcional, de motivos puramente valorativos y que no pueden ser controlados de manera objetiva. En este sentido, resulta evidente que las dos causas previstas en el precepto no tienen la misma naturaleza: mientras que el incumplimiento de obligaciones legales o constitucionales se describe como una causa jurídica, las acciones autonómicas contra el interés general de España solo pueden ser apreciadas políticamente.¹⁵⁴

De la comparación del texto alemán con el del art. 155 se infieren dos diferencias importantes: La primera se refiere al supuesto de hecho para que el Gobierno use de este precepto que no se limita como en el caso alemán al incumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales, sino también a una actuación de la Comunidad Autónoma que atente gravemente al interés general de España. La segunda es de procedimiento porque en el caso español se reclama una exigencia previa cual es un requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma. De estos preceptos reseñados puede concluirse que la Ley Fundamental de Bonn participa de dos modelos: de la intervención federal a petición de un Estado miembro, al modelo de la Constitución americana; y de la coerción federal como la Constitución española. Un híbrido interesante que otorga mayor campo de acción al gobierno, en tanto que le brinda una opción intermedia entre la pasividad y la intervención total.

2.3.3.4. La aplicación del artículo 155 de la Constitución española con ocasión del proceso secesionista de Cataluña

Como explica Josep Castellá Andreu, a partir del año 2012 se ha venido desarrollando en Cataluña una aceleración secesionista por parte de las instituciones autonómicas y de un segmento relevante de la opinión pública que ha puesto sobre la mesa cuestiones que apenas se habían suscitado ni en los debates constituyentes ni en los años de vigencia del actual sistema

¹⁵⁴ Joaquín Urías. “El artículo 155 CE: alcance y límites de una excepción constitucional.” *Revista Catalana de Dret Públic*, número especial (2019)101-114.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

democrático y constitucional.¹⁵⁵ Siguiendo el patrón de la mayoría de Normas Fundamentales, la Constitución española, no contiene ninguna «cláusula de secesión»¹⁵⁶ —entendida esta como un derecho a la autodeterminación de los territorios que forman España o como el procedimiento para poder alcanzarla.

En el marco de la Ley del referéndum de autodeterminación de Cataluña, declarada ilegal por el Tribunal Constitucional en septiembre de 2017¹⁵⁷, y aprobada por el parlamento regional catalán, el gobierno regional catalán convocó un referéndum de autodeterminación. El 7 de septiembre de 2017, el Tribunal Constitucional suspendió cautelarmente la ley de referéndum y advirtió a los 948 alcaldes catalanes y a 62 cargos de la Generalidad de que no podían participar en la organización del referéndum.¹⁵⁸ El referéndum se celebró, entonces, sin garantías y de manera ilegal el 1 de octubre de 2017. Como resultado, el presidente de la Generalidad, Carles Puigdemont, proclamó y suspendió la "República Catalana", en una ambigua declaración política realizada el 10 de octubre en el parlamento regional de Cataluña.

Dentro del procedimiento de aplicación del artículo 155 de la Constitución que tuvo lugar en el mes de octubre de 2017, pueden distinguirse, según la clasificación de la “Sinopsis

¹⁵⁵Josep Castellá Andreu. “Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional.” *Teoría y Realidad Constitucional*, no. 37(2016): 561-592.

¹⁵⁶ En los debates constituyentes, en la Comisión de asuntos constitucionales del Congreso se rechazó (por 24 votos en contra y uno a favor) la enmienda defendida por el diputado de la izquierda *abertzale* F. Letamendía al artículo 149 del proyecto de Constitución que preveía un procedimiento para ejercer el derecho a la autodeterminación de los pueblos del Estado (con celebración de referéndum a propuesta de la Asamblea del territorio, y debiendo obtener el voto favorable de la mayoría absoluta del censo electoral de cada una de las provincias o circunscripciones afectadas). Ver *Diario de Sesiones de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, n.º 91, 16 de junio de 1978, 3427-3435.

¹⁵⁷ Tribunal Constitucional de España. EXP. N.º 114/2017 de 17 de octubre de 2017 (Madrid 17 de octubre de 2017, sala Juan José González Rivas, Encarnación Roca Trías, Andrés Ollero Tassara, Fernando Valdés Dal-Ré, Santiago Martínez-Vares García, Juan Antonio Xiol Ríos, Pedro José González-Trevijano Sánchez, Antonio Narváez Rodríguez, Alfredo Montoya Melgar, Ricardo Enríquez Sancho, Cándido Conde-Pumpido Tourón y María Luisa Balaguer Callejón).

¹⁵⁸ Tribunal Constitucional de España. Providencia de 7 de septiembre de 2017 que admite a trámite recurso de inconstitucionalidad n.º 4334-2017, contra la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, del Referéndum de Autodeterminación. BOE-A-2017-10287. (Madrid 7 de setiembre de 2017, sala Juan José González Rivas, Encarnación Roca Trías, Andrés Ollero Tassara, Fernando Valdés Dal-Ré, Santiago Martínez-Vares García, Juan Antonio Xiol Ríos, Pedro José González-Trevijano Sánchez, Antonio Narváez Rodríguez, Alfredo Montoya Melgar, Ricardo Enríquez Sancho, Cándido Conde-Pumpido Tourón y María Luisa Balaguer Callejón).

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

artículo 155” que consta en la página web oficial del Congreso de España, dos fases “A) Gubernamental; B) Procedimiento en el Senado”,¹⁵⁹:

El 11 de octubre de 2017, el Gobierno, bajo la presidencia de Mariano Rajoy, siguiendo el trámite previsto en el artículo 155 de la Constitución, envió un requerimiento al presidente de la Generalidad de Cataluña para que aclarase si había realizado o no una declaración unilateral de independencia. El requerimiento otorgaba un plazo de cinco días para responder, advirtiendo expresamente que la ausencia de respuesta o cualquier respuesta que no fuera claramente negativa sería entendida como una confirmación de la declaración de independencia. Asimismo, en el caso de que se confirmara, por acción u omisión, la declaración de independencia, se le daba un nuevo plazo de 72 horas adicionales para revocar dicha declaración y restaurar el orden constitucional.

Tras rechazar, el presidente regional catalán, responder con claridad al requerimiento del Gobierno en dos ocasiones, el Gobierno, reunido en Consejo de Ministros en sesión extraordinaria el sábado 21 de octubre, consideró no atendido el requerimiento y acordó las medidas que serían propuestas para su aprobación en el Senado.

En la primera fase, la “Fase Gubernamental” el Gobierno de España, tras la reunión del Consejo de Ministros del día 21 de octubre de 2017, acordó solicitar al Senado su aprobación para la adopción de una serie de medidas adoptadas al amparo del artículo 155 de la Constitución. En la comunicación de dicho acuerdo se incluyeron los escritos y certificaciones necesarios para acreditar que el Gobierno de España había remitido un requerimiento a la Generalitat de Cataluña para que cesase en las actuaciones que justificaban, a juicio del Gobierno, la puesta en marcha del artículo 155 de la Constitución, así como que dicho requerimiento no había sido atendido; la justificación de los requisitos materiales, que se puede resumir en la iniciación en la Comunidad Autónoma de Cataluña de un proceso de secesión y la descripción de las medidas propuestas por el Gobierno para atajar dicha situación, medidas que afectaban a la Generalitat de Cataluña, a su Administración y a su Parlamento.

¹⁵⁹Sinopsis elaborada por: Mariano Bacigalupo Sagesse, Profesor Titular, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Diciembre, 2003. Revisado por el equipo de puesta al día del Portal de la Constitución. Agosto, 2006. Actualizado por José María Codes, Letrado de Cortes Generales. Febrero 2018. Disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=155&tipo=2>

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

La segunda fase, esto es, la tramitación en el Senado de la solicitud del Gobierno se siguió según lo recogido por el artículo 189 del Reglamento del Senado, que establece lo siguiente:

1. Si el Gobierno, en los casos contemplados en el artículo 155.1 de la Constitución, requiriese la aprobación del Senado para adoptar las medidas a que el mismo se refiere, deberá presentar ante el Presidente de la Cámara escrito en el que se manifieste el contenido y alcance de las medidas propuestas, así como la justificación de haberse realizado el correspondiente requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y la de su incumplimiento por parte de ésta.

2. La Mesa del Senado remitirá dicho escrito y documentación anexa a la Comisión General de las Comunidades Autónomas, o bien procederá a constituir una Comisión conjunta en los términos previstos en el artículo 58 del presente Reglamento.

3. La Comisión, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67, requerirá, por medio del Presidente del Senado, al Presidente de la Comunidad Autónoma para que en el plazo que se fije remita cuantos antecedentes, datos y alegaciones considere pertinentes y para que designe, si lo estima procedente, la persona que asuma la representación a estos efectos.

4. La Comisión formulará propuesta razonada sobre si procede o no la aprobación solicitada por el Gobierno, con los condicionamientos o modificaciones que, en su caso, sean pertinentes en relación con las medidas proyectadas.

5. El Pleno de la Cámara someterá a debate dicha propuesta, con dos turnos a favor y dos en contra, de veinte minutos cada uno, y las intervenciones de los Portavoces de los Grupos parlamentarios que lo soliciten, por el mismo tiempo. Concluido el debate, se procederá a la votación de la propuesta presentada, siendo necesario para la aprobación de la resolución el voto favorable de la mayoría absoluta de Senadores.

Sobre esta base, el procedimiento en el Senado, según la cronología del sitio web oficial del Congreso de España, se produjo del siguiente modo:

a) Calificación por la Mesa de la Cámara del acuerdo remitido por el Gobierno: el mismo día 21 de octubre de 2017, se reunió la Mesa del Senado para calificar y admitir a trámite el acuerdo remitido por el Gobierno, una vez realizada la verificación formal del cumplimiento de los requisitos exigidos por los artículos 155 de la Constitución y 189.1 del Reglamento del Senado, en concreto, la descripción del contenido y alcance de las medidas que el Senado debía autorizar, así como la justificación de haberse efectuado el requerimiento a la Comunidad Autónoma y de su incumplimiento.

(...)

En cumplimiento del artículo 189 del Reglamento del Senado, la Mesa, en la reunión que se celebró en la fecha que se ha mencionado, adoptó una serie de acuerdos complementarios a la admisión a trámite, de los que merecen destacarse:

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

- la creación, de acuerdo con el artículo 189.2 del Reglamento del Senado, de una Comisión Conjunta de las Comisiones General de las Comunidades Autónomas y Constitucional, que sería la encargada de elaborar la propuesta posteriormente sometida a la consideración del Pleno.
- declarar que solo se admitirían a trámite los votos particulares presentados a la propuesta de la Comisión conjunta de las Comisiones General de las Comunidades Autónomas y Constitucional que implicasen modificaciones o condicionamientos que alterasen dicha propuesta, de forma que no serían admitidos los votos particulares que implicasen una oposición frontal o global a aquélla, ya que dicha posición política debía vehicularse a través de los turnos en contra en los distintos debates y, en su caso, mediante una votación negativa a la adopción de la medidas propuestas por el Gobierno.
- delegar en el Presidente del Senado la calificación de los votos particulares.

b) Reuniones de Ponencia y Comisión: la Comisión conjunta se constituyó el día 24 de octubre de 2017, acordándose en dicha reunión, en cumplimiento del artículo 189.3 del Reglamento del Senado, dirigirse al Presidente de la Comunidad Autónoma de Cataluña para que pudiera remitir al Senado cuantos antecedentes, datos y alegaciones considerase pertinentes y para que designase, si lo estimase oportuno, la persona que asumiría la representación a estos efectos. Además, se acordó la designación de la Ponencia encargada de preparar la formulación de la propuesta sobre el requerimiento del Gobierno.

El Presidente del Senado remitió ese mismo día una carta al Presidente de la Generalitat de Cataluña en la que se ponía en su conocimiento lo señalado en el párrafo anterior y en el que se le ofrecía la posibilidad de intervenir en los debates que iban a tener lugar tanto en la Comisión conjunta como en el Pleno.

El Presidente de la Generalitat remitió sus alegaciones al Presidente del Senado y designó al Delegado del Gobierno de la Generalitat en Madrid como su representante y añadió que, alternativamente, en el caso de que no fuera posible, dicha representación sería asumida por los Senadores Sr. Josep Lluís Cleries y Miquel-Àngel Estradé.

La Ponencia se reunió el día 26 de octubre por la mañana y aprobó por mayoría una propuesta en la que se autorizaban las medidas propuestas por el Gobierno, si bien se introducían determinadas precisiones en las mismas. El mencionado día, por la tarde, se celebró la reunión de la Comisión conjunta, que fue suspendida antes de la votación para que la Ponencia, que se había mantenido viva, modificara su propuesta, aprobándose la misma por la Comisión mediante una votación nominal pública por llamamiento, por 22 votos a favor y 5 en contra.

c) Pronunciamento del Pleno: durante el desarrollo de la sesión plenaria, que se celebró el día 27 de octubre de 2017, se presentaron diversos votos particulares que fueron calificados por el Presidente del Senado en virtud de la delegación que le había conferido la Mesa del Senado. Cinco de esos votos particulares fueron inadmitidos por suponer una oposición global a la propuesta aprobada por la Comisión conjunta, y no una modificación o condicionamiento de la misma, mientras que otros nueve sí fueron admitidos a trámite y sometidos a votación, quedando aprobados uno del Grupo Parlamentario Popular, otro del Grupo

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Parlamentario Socialista y, parcialmente, uno del Grupo Parlamentario Nacionalista.

Finalmente, se votó la propuesta de la Comisión conjunta con la incorporación de los votos particulares aprobados, de forma que la solicitud del Gobierno fue aprobada, si bien con algunos condicionamientos y modificaciones que afectaron, entre otras cuestiones, al área de telecomunicaciones y a las medidas dirigidas al Parlamento de Cataluña.¹⁶⁰

2.3.3.5. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España referida a la aplicación del artículo 155 con ocasión del proceso secesionista de Cataluña

En dos recursos de inconstitucionalidad contra el Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017 por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno de la nación al amparo del artículo 155 de la Constitución, promovidos por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea del Congreso de los Diputados y por la Diputación Permanente del Parlamento de Cataluña, el Tribunal Constitucional acuerda desestimarlos en su práctica totalidad, con la excepción de una previsión sobre la publicación en los diarios oficiales de la comunidad autónoma de ciertos actos y disposiciones, y en consecuencia confirma la plena adecuación constitucional tanto del procedimiento seguido como de las medidas acordadas.

El Tribunal ya había señalado previamente que en este precepto constitucional se configura una de las “modalidades de control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas” (STC 33/2018, de 12 de abril, FJ 12)¹⁶¹. Control que debe calificarse de extraordinario, pues, según la doctrina constitucional, el art. 155 CE regula una “vía específica de coerción directa” [STC 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 17.a)]¹⁶² o un “medio extraordinario de coerción” del Estado sobre las comunidades autónomas (SSTC 6/1982, de 22 de febrero, FJ

¹⁶⁰ Sinopsis elaborada por: Mariano Bacigalupo Sagesse, Profesor Titular, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Diciembre, 2003. Revisado por el equipo de puesta al día del Portal de la Constitución. Agosto, 2006. Actualizado por José María Codes, Letrado de Cortes Generales. Febrero 2018. Disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=155&tipo=2>

¹⁶¹ Tribunal Constitucional de España. EXP. N°33/2018 22 de mayo de 2018 (Madrid, sala Juan José González Rivas, Encarnación Roca Trías, Andrés Ollero Tassara, Santiago Martínez-Vares García, Juan Antonio Xiol Ríos, Antonio Narváez Rodríguez, Alfredo Montoya Melgar, Ricardo Enríquez Sancho, Cándido Conde-Pumpido Tourón y María Luisa Balaguer Callejón).

¹⁶² Tribunal Constitucional de España EXP. N°185/2016 de 3 de noviembre de 2016 (Madrid, sala Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Adela Asua Batarrita, Encarnación Roca Trías, Andrés Ollero Tassara, Fernando Valdés Dal-Ré, Juan José González Rivas, Santiago Martínez-Vares García, Juan Antonio Xiol Ríos, Pedro José González-Trevijano Sánchez, Ricardo Enríquez Sancho y Antonio Narváez Rodríguez).

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

7¹⁶³; 27/1987, de 27 de febrero, FJ 9¹⁶⁴, y 49/1988, de 22 de marzo, FJ 31¹⁶⁵) “para afrontar incumplimientos constitucionales extremadamente cualificados” (STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 16)¹⁶⁶ o como “medida de último recurso del Estado ante una situación de incumplimiento manifiesto y contumaz” o de “incumplimiento flagrante de las obligaciones constitucionalmente impuestas” (STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 8)¹⁶⁷.

Previamente al análisis de los concretos motivos de impugnación, el Tribunal realiza una serie de precisiones sobre la naturaleza del procedimiento del artículo 155 que se hallan condensadas en el F.J. 4 de la STC 90/2019¹⁶⁸, los cuales se pueden resumir del siguiente modo:

-El artículo 155 resulta ser un control extraordinario de la actividad de los órganos de las comunidades autónomas, que habilita la coerción directa en supuesto de incumplimientos constitucionales especialmente graves, y que por tanto solo debe emplearse como último recurso. No obstante, incluso aunque se trate de control extraordinario, se halla, a su vez, sometido a ciertos límites. Solo se puede aplicar como último recurso, cuando las vías generales o comunes de control, jurisdiccional o no, hayan resultado insuficientes o se aprecie indubitadamente que lo van a ser.

- Es un control que está fundado en el uso extraordinario de la coerción estatal, no es, pues, un control competencial, sino, que habilita la injerencia en la autonomía de las comunidades autónomas, de modo tal que esta resulta constreñida en mayor o menor grado de manera temporal. El término de su

¹⁶³ Tribunal Constitucional de España EXP. N°6/1982 de 22 de febrero de 1982 (Madrid, sala Manuel García-Pelayo y Alonso, Jerónimo Arozamena Sierra, Manuel Díez de Velasco Vallejo, Francisco Rubio Llorente, Gloria Begué Cantón, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Francisco Tomás y Valiente, Rafael Gómez-Ferrer Morant, Ángel Escudero del Corral y Plácido Fernández Viagas)

¹⁶⁴ Tribunal Constitucional de España EXP. N°27/1987 de 27 de febrero de 1987 (Madrid, sala Francisco Tomás y Valiente, Gloria Begué Cantón, Angel Latorre Segura, Francisco Rubio Llorente, Antonio Truyol Serra, Fernando García-Mon y González-Regueral, Carlos de la Vega Benayas, Eugenio Díaz Eimil, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo- Ferrer, Jesús Leguina Villa y Luis López Guerra).

¹⁶⁵ Tribunal Constitucional de España EXP. N°49/1988 de 22 de marzo de 1988 (Madrid, sala Francisco Tomás y Valiente, Gloria Begué Cantón, Angel Latorre Segura, Francisco Rubio Llorente, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Antonio Truyol Serra, Fernando García-Mon y González-Regueral, Carlos de la Vega Benayas, Eugenio Díaz Eimil, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Jesús Leguina Villa y Luis López Guerra).

¹⁶⁶ Tribunal Constitucional de España EXP. N°41/2016 de 3 de marzo de 2016 (Madrid, sala Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Adela Asua Batarrita, Encarnación Roca Trías, Andrés Ollero Tassara, Fernando Valdés Dal-Ré, Juan José González Rivas, Santiago Martínez-Vares García, Juan Antonio Xiol Ríos, Pedro José González-Trevijano Sánchez, Ricardo Enríquez Sancho y Antonio Narváez Rodríguez).

¹⁶⁷ Tribunal Constitucional de España EXP. N°215/2014 de 18 de diciembre de 2014 (Madrid, sala Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Adela Asua Batarrita, Luis Ignacio Ortega Álvarez, Encarnación Roca Trías, Andrés Ollero Tassara, Fernando Valdés Dal-Ré, Juan José González Rivas, Santiago Martínez-Vares García, Juan Antonio Xiol Ríos, Pedro González-Trevijano Sánchez, Ricardo Enríquez Sancho y Antonio Narváez Rodríguez).

¹⁶⁸ Tribunal Constitucional de España EXP. N°90/2019 de 2 de julio de 2019 (Madrid, sala Juan José González Rivas, Encarnación Roca Trías, Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, Santiago Martínez-Vares García, Juan Antonio Xiol Ríos, Pedro José González-Trevijano Sánchez, Antonio Narváez Rodríguez, Alfredo Montoya Melgar, Ricardo Enríquez Sancho, Cándido Conde-Pumpido Tourón y María Luisa Balaguer Callejón).

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

aplicación debe estar determinado o ser determinable, sin perjuicio de su eventual prórroga o de la modificación de las medidas, previa solicitud del Gobierno y con la autorización del Senado.

-El supuesto de hecho que se sustente para la aplicación debe ser de extraordinaria gravedad. El Tribunal señala, no obstante, que las dos conductas a las que se refiere el precepto (incumplimiento de obligaciones constitucionales o legales, por un lado, y atentado grave contra el interés general de España, por otro) pueden darse en un mismo supuesto de aplicación, como es el caso del intento de secesión en Cataluña.

-El artículo 155 no es sino un instrumento para garantizar la validez y eficacia de la Constitución, así pues, no constituye un fin en sí mismo. Tiene como finalidad restablecer el orden constitucional, lo que implica restablecer el normal funcionamiento institucional de la comunidad autónoma intervenida. Las medidas necesarias citadas en el precepto deben responder a esta finalidad. La medida debe cumplir con el requisito de idoneidad, de otro modo carecería de sentido activar tal extraordinaria medida.

-No cabe, ni de forma directa ni de forma indirecta, suspender la autonomía indefinidamente ni, tampoco, la supresión institucional de la comunidad autónoma, o la limitación o excepción de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. La aplicación del precepto ha de ser temporal.¹⁶⁹

A su vez, en el F.J. 6 de la sentencia 90/2019, el Tribunal explica que el artículo 155.1 es un precepto abierto que no mesura cuáles sean las medidas de coerción estatal que el Gobierno puede proponer y el Senado autorizar. Tampoco exige que las medidas aprobadas por el Senado sean autoaplicativas, sino que bien pueden requerir ulteriores disposiciones y actos de aplicación del Gobierno. Además, esas “medidas” no se confunden con las “instrucciones” a que se refiere el artículo 155.2, que son un instrumento jerárquico a disposición del Gobierno para poder ejecutar las medidas necesarias. Este fundamento puede resumirse del siguiente modo:

-Las “medidas necesarias” pueden implicar medidas de carácter sustitutivo: el Senado puede apoderar al Gobierno para (1) subrogarse en actuaciones o funciones de competencia autonómica, y, también (2), para ocupar el lugar, previo desplazamiento institucional, de determinados órganos de la comunidad autónoma. Esto, que no es posible en el marco de las relaciones de competencia entre el Estado y la comunidad autónoma, sí lo es cuando se aplica el artículo 155. La sustitución puede ser íntegra, pero no concluir con la

¹⁶⁹ Manuel Cavero Gómez. “La aplicación del artículo 155 de la Constitución a la comunidad autónoma de Cataluña. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 89/2019, de 2 de julio, y 90/2019, de 2 de julio Núms. 5884-2017 y 123-2018 (BOE Núm. 192 de 12 de agosto de 2019).” *Revista de las Cortes Generales* no. 107, (2019):507-519.

supresión de la comunidad autónoma. El Tribunal Constitucional impone al Estado un deber de lealtad para con la comunidad autónoma intervenida cuando desempeña las funciones de sustitución. Además, el artículo 155 permite limitar la autonomía constitucionalmente garantizada a las comunidades autónomas. Por ello, la validez de las reglas adoptadas al aplicar el artículo 155 no depende de su adecuación al bloque de la constitucionalidad sino solo de su adecuación a dicho precepto.

-La intervención coercitiva estatal está al servicio de la reconducción de la autonomía al marco constitucional y estatutario. No cabe derogar el estatuto de autonomía, ni tampoco suspender la autonomía de forma general y permanente. El ordenamiento jurídico autonómico pervive, aunque resulta desplazado de forma temporal y parcial. La intervención solo cabe en relación con los órganos cuya actuación dé lugar al presupuesto de hecho habilitante.

-El Tribunal rechaza que las “medidas necesarias” hayan de ser proporcionadas o graduales, en el sentido de “menos gravosas”. Rechaza efectuar un juicio político que solo corresponde al Gobierno y al Senado: el juicio del máximo intérprete constitucional ha de ser de razonabilidad y no de proporcionalidad.

-Asimismo, el Tribunal subraya que el Gobierno, al aplicar las medidas autorizadas por el Senado, no actúa en el marco del artículo 97 CE, es decir, como poder ejecutivo, sino en el del 155, como garante de la integridad de la Constitución y del orden territorial que de ella deriva. Sin embargo, el Senado no puede habilitar al Gobierno para ejercer cualesquiera potestades, ni de forma ilimitada: el Gobierno actuará conforme al ordenamiento estatal o autonómico o bien al amparo de las reglas que haya fijado el Senado y que implican el desplazamiento de aquellos ordenamientos. Tampoco puede el Gobierno ejercer la potestad legislativa ordinaria de las Cortes Generales o del parlamento autonómico. Las decisiones que adopte el Gobierno siempre serán susceptibles del control judicial por la vía que corresponda. Y, con la excepción de la potestad legislativa, el Senado puede habilitar al Gobierno para la adopción de medidas que supongan una injerencia en los poderes del parlamento autonómico.¹⁷⁰

Otro motivo concreto de impugnación por parte de Cataluña fue la disolución del parlamento autonómico, impugnación respecto de la cual el Tribunal afirma que, aunque supone limitar el autogobierno, el Senado puede autorizar al Gobierno a disolver una asamblea autonómica si la medida es necesaria; lo que no cabe es que le autorice a sustituirla en forma permanente o que la asamblea se vea desplazada por las Cortes Generales. En su razonamiento, el Colegiado valora que tal medida fue necesaria para el caso en cuestión ya que el Parlamento

¹⁷⁰ Manuel Cavero Gómez. “La aplicación del artículo 155 de la Constitución a la comunidad autónoma de Cataluña. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 89/2019, de 2 de julio, y 90/2019, de 2 de julio Núms. 5884-2017 y 123-2018 (BOE Núm. 192 de 12 de agosto de 2019).” *Revista de las Cortes Generales* no. 107, (2019):507-519.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

de Cataluña participó activamente en los hechos que dieron lugar a la aplicación del artículo 155, pues ha vulnerado principios y preceptos constitucionales y estatutarios. Añadido a ello, explica el Tribunal, el control parlamentario de la actuación del Gobierno en la aplicación del artículo 155 no corresponde al Parlamento de Cataluña sino a la Comisión conjunta creada en el Senado, por lo que tal control no desaparece, sino que se desplaza a otro órgano por tiempo limitado y de forma excepcional. Finalmente, la facultad de disolución que se atribuye al presidente del Gobierno también se encuentra limitada en lo temporal, ya que ha de ejercerse en el plazo máximo de seis meses, siendo además la conformación del nuevo gobierno autonómico, tras las elecciones, el hecho que pone fin a la intervención.

2.3.5. La viabilidad de incluir una figura de ‘coerción estatal’ en el ordenamiento jurídico peruano: Una reflexión final

Sería interesante hacer un recorrido por la historia de España para poder entender a cabalidad su cultura jurídica, pero aquello sería exceder las proporciones de la presente investigación. Basta señalar ciertos aspectos importantes que diferencian al Perú y España. Empezando, por ejemplo, con la realidad de que España no es una república sino una monarquía, con un sistema en donde el jefe de Estado y las Fuerzas Armadas es el Rey, pero quien gobierna es un jefe de gobierno que no es elegido por voto universal sino por el parlamento, que consta de dos cámaras. El Perú, en cambio, pretende ser una República, con un presidente y un parlamento (unicameral por disposición de la Carta Magna vigente desde 1993) elegidos en la misma ocasión por votación universal. Atiéndase también el trasfondo de los reclamos de autonomía en ambas naciones, y la valoración que de ella efectúa la legislación: mientras que España es un Reino que contiene en su seno a diversas naciones como el País Vasco o Cataluña, por nombrar dos de las más mediáticas, Perú se piensa como una sola nación, aunque con diversas culturas y poblaciones originarias. En España los reclamos de autonomía incluyen dentro de sí un marcado nacionalismo y reclamos de soberanía, ciertamente entendibles en cuanto que estas naciones preceden a la formación del Estado Español, mientras que en el caso peruano las divisiones no son tan políticas ni históricas sino más bien geográficas (piénsese en la clásica división tripartita de costa, sierra y selva, o considérese los estudios de Javier Pulgar Vidal sobre las ocho regiones naturales del Perú), por tanto los reclamos de autonomía se sustentan más bien en el histórico centralismo que privilegia el desarrollo de la

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

capital Lima en desmedro de los territorios al interior del país.¹⁷¹ Aunque no es solo un privilegio del desarrollo, sino en que las decisiones importantes que afectan no solo a Lima, sino al país, suelen tomarse sin consultar a las regiones. No es pues, un reclamo de soberanía o de una nacionalidad distinta a la peruana, sino un problema de marginación.¹⁷² Claro está que los reclamos son atendibles en ambos casos; no obstante, existe un contrato social que regula cuáles sean las formas de encausar esos reclamos. En España, por ejemplo, las Comunidades Autónomas tienen iniciativa de reforma constitucional, además de la existencia de partidos políticos con tendencias expresamente nacionalistas y algunas veces hasta abiertamente independentistas que cuentan con presencia en el parlamento; en Perú no existe tal figura, los gobiernos regionales no tienen iniciativa de reforma constitucional, aunque en la práctica suelen tener acercamientos a los congresistas y ministros de estado para expresar sus inquietudes o intereses. Si bien las crisis entre los distintos niveles en el Perú son más políticas que jurídicas, el Derecho es llamado a evitar que las discusiones escalen al nivel de un enfrentamiento sin límites.

A casi veinte años del inicio del proceso descentralizador, la actual distribución de poder parece no estar funcionando. No es este el lugar para efectuar un recuento de las crisis institucionales de los últimos veinte años, pero basta mencionar las que están en boga, tales como el conflicto del proyecto Conga en Cajamarca, el problema de la minera Las Bambas en Apurímac o el conflicto de Tía María en Arequipa. A grandes rasgos, el común denominador es la legítima preocupación de las comunidades locales por el impacto medioambiental y la poca participación que tienen en las ganancias de tal actividad, pero, aparentemente, se cumplen todos los requisitos técnico-legales para operar, o al menos así lo sostienen las autoridades oficiales encargadas de aprobar las operaciones. Es cierto que existe una ineludible cuestión de derecho medioambiental y una dimensión sociológica, además de la discusión política, sobre estos asuntos; no obstante, aunque no es pertinente entrar ahora en ese debate, no debe olvidarse que el respeto a la ley es lo único que separa a una civilización de la barbarie. Vale añadir también que ese respeto a la ley no es absoluto, pues existen comprobados ejemplos históricos

¹⁷¹ Revisar Carlos Amat y León. *“El Perú nuestro de cada día. Nueve ensayos para discutir y decidir”* (Lima: Universidad del Pacífico, 2012).

¹⁷² Claudia Rosas Lauro. *“Nosotros también somos peruanos. La marginación en el Perú siglos XVI a XXI”* (Lima: PUCP - Fondo Editorial, 2012).

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

en que la ley ha sido el instrumento perfecto de la tiranía, es necesario que exista legitimidad. Si existe legitimidad, es decir, se han cumplido tanto los requisitos materiales como formales adecuados para dictar una norma, esta debe ser respetada por todos, incluso, si es menester, por la fuerza. La marginación histórica y la suspicacia del interior para con la capital son situaciones innegables que deben ser atendidas, pero no pueden ser excusa para el desgobierno, ni justificación para quebrantar el equilibrio constitucional.

Respecto del equilibrio, es cierto que el balance de poder es distinto entre un país y otro, y los instrumentos para mantener el equilibrio en una sociedad no necesariamente funcionan exactamente igual o son ideales en otra. De hecho, una crítica bastante común de la Academia al legislador es el afán de este último por importar figuras o herramientas jurídicas aparentemente exitosas en otros sistemas jurídicos sin un previo análisis adecuado de las razones que sustentan el éxito de tales figuras en sus lugares de origen, cómo es que en la práctica funcionan ni cuál sería el impacto real en estas latitudes, generando así que el remedio sea peor que la enfermedad.

Es la hipótesis de esta investigación que una figura de intervención estatal sería de utilidad para restablecer el equilibrio entre los poderes regionales y el gobierno central, que actualmente está inclinado ineficientemente hacia el lado regional. Este tipo de figura no existe actualmente en el ordenamiento jurídico peruano, ni sería posible sin una interpretación más flexible del principio de permanencia, aquel por el cual no le es posible al Gobierno Central detener ni recuperar las competencias delegadas. Este principio tiene una razón de ser histórica y finalista; a saber, un Gobierno Central puede querer copar el poder de las regiones, utilizando indiscriminadamente su poder de recuperar las competencias, el ejemplo histórico más reciente es el gobierno de Alberto Fujimori, que teóricamente estableció la descentralización en los CTAR, pero que en la práctica los absorbió a través del Ministerio de la Presidencia; así pues, una facultad discrecional de esta naturaleza pondría en peligro la descentralización entera. De entre las principales formas de la figura de 'intervención estatal', la única que ha sido puesta a prueba en la práctica ha sido la del artículo 155 de España, lo que ha provocado reiterada jurisprudencia, su otro tanto de estudios doctrinales de primer nivel, y un peliagudo debate público desde la doctrina hasta los medios de comunicación y los ciudadanos de a pie, aquellos que unidos conforman ese gran poder originario, el poder constituyente. Bien que no es un

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

debate que esté zanjado en la arena pública, ni ha dado por solucionado el problema de fondo respecto de las demandas de independencia, pero ha salvado el *impasse* político y ha restablecido el equilibrio de poderes. Sirve su efecto disuasorio también en otras Comunidades Autónomas de España, pues se conoce que existe una disposición, que es utilizable y cuáles son sus implicancias, información para tener en cuenta al considerar los costos de transacción de futuras negociaciones, lo que también influye en la predictibilidad de la legislación.

Por las válidas razones que sustentan la rigidez del principio de permanencia, tendrían que existir válidas razones que sustenten su atenuación. El desequilibrio que existe actualmente entre el poder regional y el poder central, generando una ineficiencia económica y social, es una fuerte razón, no para calcar la figura española, pero sí para estudiarla. Algunos matices importantes por considerar para el caso peruano serían los siguientes: en principio, el Perú, a la fecha, no posee un Senado que sirva como cámara alta, por lo que habría que buscar qué otro órgano podría autorizar al Gobierno Central, mientras en España, el órgano encargado es el Senado, en Perú, que por el momento no tiene una segunda cámara en el parlamento, podría ser el Tribunal Constitucional. Luego, merece atención la descripción de la naturaleza jurídica de la medida que efectuó el Tribunal Constitucional de España, en tanto que negó que se tratase de una naturaleza competencial, considerando que la naturaleza de la figura española no es competencial, sino que constituye un instrumento político para garantizar la validez y eficacia de la Constitución, en el caso peruano, no podría utilizarse tampoco bajo la figura de un proceso competencial.

Inquirido acerca de posibles remedios jurídicos o soluciones que podría recomendar para mejorar esta situación caótica del proceso descentralizador, el profesor Zas Fris pone el foco sobre la desigualdad en el tema fiscal y la distribución de los recursos en todo el sistema de transferencias intergubernamentales. Pone el ejemplo de municipalidades que tienen ingentes recursos, que no guardan ninguna relación con las necesidades de gasto y por eso terminan afrontando dificultades para la ejecución del gasto.¹⁷³ Tomando como punto de partida

¹⁷³ Jhonny Zas Fris Burga, entrevista por Johnny Andrés Vásquez Soriano, 27 de julio de 2022. Anexo N°2.- Entrevista al Dr. Jhonny Zas Fris Burga.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

esta situación, es posible especular si acaso los ingentes recursos públicos no serán un factor influyente en la capacidad de zozobra que ejerce un poder subnacional.

Pese a que actualmente se encuentra en debate una propuesta de retorno a la bicameralidad, con independencia del resultado final del debate; la realidad actual es que el Parlamento unicameral peruano suele ser el poder del Estado con menor índice de aprobación y el de mayor rechazo¹⁷⁴; más allá de la relevancia de las encuestas de opinión, es cierto que, especialmente en el último quinquenio 2016-2021 en el que extraordinariamente ha habido dos congresos, se ha caracterizado por la falta de prolijidad en su labor legislativa. Aun así, merece especial justificación no otorgar al Parlamento una responsabilidad que pareciera corresponderle: La tradición clásica en la familia del derecho europeo occidental basada en el eje Alemania-Italia-España-Francia tiende a priorizar el poder legislativo frente al poder ejecutivo en tanto que se le concibe como el órgano deliberante y razonante, la representación del pueblo reunida en Asamblea.

Este énfasis parlamentario tiene su razón de ser histórica en los excesos de la monarquía en el Antiguo Régimen que desembocaron en la sangrienta Revolución Francesa. La identificación de Latinoamérica con la tradición germano-francesa, sumada a la historia caudillista del Perú¹⁷⁵, han ocasionado una preferencia de los constituyentes por el Legislativo antes que el Ejecutivo o el Judicial, de manera tal que este poder, en el Perú, tiene injerencia en los nombramientos o ratificaciones de los principales poderes del Estado, tales como los magistrados del Tribunal Constitucional, el Consejo de Ministros, la Junta Nacional de Justicia (ex Consejo Nacional de la Magistratura), ratifica al director del Banco Central de Reserva y al Superintendente de Banca, Seguros y Administradora Privadas de Fondo de Pensiones, etc. No obstante, el órgano que en la práctica ha hecho las veces de Cámara Alta, con función de control reflexivo de las leyes, es el Tribunal Constitucional mediante los procesos constitucionales de

¹⁷⁴ Informe de Resultados Estudio de opinión El Comercio - Ipsos Perú, octubre de 2020. Según la última encuesta de IPSOS, en octubre de 2020 el 60% de la población desaprueba la labor del Congreso, mientras que solo un 32% la aprueba. Los picos históricos del período 2016-2020 son 83% de desaprobación en setiembre de 2018, y 52% en mayo de 2020.

https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2020-10/la_gestion_publica_octubre_2020_-_encuesta_de_opinion_el_comercio-ipsos.pdf

¹⁷⁵ Revisar Timothy Anna, et al., *“La independencia del Perú ¿Concedida, conseguida, concebida?”* Perú: Instituto de Estudios Peruanos, 2015.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

conflicto de competencias y procesos de inconstitucionalidad principalmente. De hecho, es quien resolvió la polémica disolución del Congreso en el año 2019 por la ‘denegación fáctica’ de la confianza, dándole la razón al Ejecutivo, también es quien en 2020 resolvió la demanda competencial acerca de la vacancia por incapacidad moral permanente, negándose a esclarecerla y permitiendo que se mantenga como una medida de control político excepcional, avalando así la actuación del nuevo Congreso. Cabe acotar que la composición del Tribunal que resolvió ambos conflictos es idéntica, aunque las decisiones se tomaron en ambos casos por mayoría de 4 contra 3, lo que evidencia el debate reflexivo.

Como señaló el Dr. Zas Fris al ser consultado respecto a la compatibilidad con un Estado unitario regional de una figura como la coerción estatal presente en Estados de tendencia Federal como Alemania o España que permiten la intervención de un gobierno subnacional:

Estos mecanismos de intervención sí se pueden prever. También es cierto que el caso alemán y el caso español son distintos porque son formas de gobierno parlamentarias, distintas a la nuestra que esencialmente es una forma de gobierno presidencial. Obviamente, no es una forma pura porque hay muchos elementos parlamentarios, pero esencialmente el eje central de la forma de gobierno tanto a nivel nacional como descentralizado es una forma de gobierno presidencial. Todo eso define muchas características diferentes a estos dos casos que menciona, pero todo eso puede discutirse y también pueden plantearse mecanismos de intervención para el caso peruano. Ahora como le señalo, la situación en el caso alemán y español es distinta porque los niveles de autonomía son muy altos, aquí —en el caso peruano— en cambio, los niveles de autonomía son muy restringidos tanto para los niveles de gobierno regional como municipal, por eso es más difícil atentar contra el principio de unidad estatal, pero igual todos estos son procesos largos, muy dinámicos, donde todo esto se puede repensar y plantear otros mecanismos de intervención más directos, pero obviamente sobre la base de supuestos concretos de intervención que la legitimen.¹⁷⁶

Definitivamente, la incorporación de una figura de tal magnitud debe conllevar un amplio debate y una seria reflexión, además de la exploración de diferentes alternativas que aseguren que el equilibrio de poderes sea restablecido, y no que, para hacer frente al abuso de

¹⁷⁶ Jhonny Zas Fris Burga, entrevista por Johnny Andrés Vásquez Soriano, 27 de julio de 2022. Anexo N°2.- Entrevista al Dr. Jhonny Zas Fris Burga.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

un poder, se refuerce en sobremanera la posición de otro y la balanza en vez de estabilizarse, simplemente se incline hacia el otro extremo.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

CAPÍTULO III – CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

3.1. Conclusiones

3.1.1. La principal limitación del principio general de permanencia de la descentralización resulta ser la inexistencia de un mecanismo jurídico de coerción estatal que sirva de contrapeso al poder del gobierno regional, generando así un desequilibrio de poderes que atenta gravemente contra la forma de Estado diseñada por la Constitución.

3.1.2. La evaluación de la eficiencia del principio de permanencia de la descentralización en supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales, llevada a cabo mediante la aplicación de los criterios del Análisis Económico del Derecho tales como la asignación óptima de recursos (Óptimo de Pareto), el incumplimiento contractual eficiente y los costos de transacción (Teorema de Coase) y permite demostrar que existe un desbalance en la distribución del poder que favorece a los gobiernos regionales, generando en ciertos casos incentivos para incumplir la Constitución e incluso sentencias adversas del Tribunal Constitucional, ello eleva los costos de transacción de una negociación luego del proceso jurisdiccional. Así, pues, la situación actual genera una ineficiencia.

3.1.3. En el Derecho Comparado, el principio general de permanencia de la descentralización, por el cual las autonomías son irrevocables, se ve atenuado por la figura de la intervención estatal como contrapeso a los excesos de los subniveles de gobierno autónomos en casos de infracción a la Constitución.

3.2. Recomendaciones

3.2.1. Dadas las conclusiones de esta investigación y las limitaciones de ésta, no se trata de la finalización del estudio de este tema controvertido. En cambio, se trata de una contribución al debate jurídico en curso sobre el equilibrio del proceso de descentralización peruano, casi 20 años después de que comenzó. Por lo tanto, al final de esta investigación, no hay más sugerencias que hacer. Lo único que se puede decir es que el lector debe proceder a un análisis con el rigor y la seriedad que un tema tan importante como el de estas páginas merece, pero sin ningún sesgo que pueda impedir la comprensión.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Bibliografía

Libros

- Adrianzén Alberto, Azpur Javier, Bielich Claudia, Cabrera Teresa, Dionisio Ángela, Eguren Fernando, García Calderón Luis, Bille Larsen Peter, Ottone Gissela, Paredes Sonia, Pajares Erick, Paulini Javier, Scurrah Martin, Vergara Ricardo y Vidal Cinthia, *Perú Hoy, Centralismo y concentración*. Lima: Desco, 2010.
- Alarcón Peña, Andrea. “Análisis Económico del Derecho: Principales Antecedentes Metodológicos” en Ó. A. Agudelo-Giraldo, J. E. León Molina, M. A. Prieto Salas, A. Alarcón-Peña & J. C. Jiménez-Triana. *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018.
- Alzaga Villaamil, Óscar. *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2016.
- Amat y León, Carlos. “El Perú nuestro de cada día. Nueve ensayos para discutir y decidir” (Lima: Universidad del Pacífico, 2012).
- Anna, Timothy; Jorge Basadre, Heraclio Bonilla, Carlos Contreras, José de la Puente Candamo, John Fisher, Alberto Flores Galindo, Luis Miguel Glave, Brian Hamnett, Carmen Mc Evoy, Daniel Morán, Scarlett O’Phelan, Víctor Peralta, Natalia Sobrevilla y Karen Spalding. “*La independencia del Perú ¿Concedida, conseguida, concebida?*” Perú: Instituto de Estudios Peruanos, 2015.
- Bentham, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. 1789.
- Bentham, Jeremy. *Of Laws in General*. 1782.
- Bullard, Alfredo. “El análisis económico del Derecho” en: *Derecho y economía*. Lima: Editorial Palestra, 2009.
- Bullard, Alfredo. “Esquizofrenia Jurídica El impacto del análisis económico del Derecho en el Perú”. En *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Editorial Palestra, 2006.
- Calabresi, Guido. Prefazione. Traducción de F. Puitini. En: Guido Alpa, Francesco Puitini, Stefano Rodota', Franco Romani, *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milán: Giuffrè, 1982.
- Calabresi, Guido. *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Approach*. New Haven and London: Yale University Press, 1970.
- Camacho, María. *Derecho Económico, Financiero y Bancario*. Lima: Grijley, 2019.
- Contraloría General de la República. “*Estudio del proceso de descentralización en el Perú*”. Lima, 2014.
- Cooter, Robert y Ulen, Thomas. “*Law and Economics*.” New York: Harper Collins Publishers, 1988.
- Cruz Villalón, Pedro. “La protección extraordinaria del Estado” en Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría: *La Constitución española de 1978*. Madrid: Editorial Civitas, Madrid, 1981.
- De Soto, Hernando. *El otro sendero*. Lima: Instituto Libertad y Democracia, 1986.
- Ferrando Badía, Juan. *El Estado unitario, el Estado federal y el Estado regional*. Madrid: Tecnos, 1978.
- Friedrich, Carl. “Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América”. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1975): 633.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

- García Toma, Víctor. Capítulo XI La descentralización y los Gobiernos descentralizados. en *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993 Tomo II*. Lima: Universidad de Lima Fondo de Desarrollo Editorial, 1998.
- Gil-Robles, José M. y Gil-Delgado (con la colaboración de Loreto Gil-Robles Casanueva) “Artículo 155. El control extraordinario de las Comunidades Autónomas” en Óscar Alzaga Villaamil: *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Edersa, 1999.
- González Fernández, José. *La intervención en los Estados*. México: Escuela Libre de Derecho, 1975.
- Hakansson Nieto, Carlos. “Capítulo II La Constitución como un pacto de límites al ejercicio del poder.” en *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2012.
- Holmes, Oliver Wendell Jr. y Frederick Pollock. “*Holmes-Pollock letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*”. Carta del 12 de marzo de 1911. Texto editado por Mark de Wolfe Howe. Cambridge: Harvard University Press, 1941.
- Larios José, Alvarado Betty y Conterno Elena. *Descentralización Fiscal*. Documento Técnico no. 7, PRODES “Pro-descentralización”. Lima, 2004.
- Meyerhof Salama, Bruno. “*The Art of Law & Macroeconomics*”, University of Pittsburgh Law Review, Issue 2, Vol. LXXI, 2012.
- Moreira, Vital y Jose Joaquim Gomes Cantilho. *Constituição da república Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra, 2014.
- Palma, E. “*La descentralización desde una perspectiva política*”, documento presentado al III Seminario Latinoamericano de Planificación Regional y Estadual organizado por el ILPES y el CENDEC, Brasilia, 1983. Citado por Sergio Boisier, “Centralización y descentralización territorial en el proceso decisorio del sector público” en *Ensayos sobre descentralización y desarrollo regional*. Cuadernos del ILPES no. 32. Santiago de Chile: 1987.
- Parkin, Michael. *Economía*, México Pearson Education, 2014.
- Pérez Royo, Javier. “Curso de Derecho Constitucional”. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Pernthaler, Peter y Fried Esterbauer. “Der Föderalismus” en Herbert Schambeck. *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und Entwicklung*. Berlín: Dunker & Humbolt, 1980.
- Polinsky, Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. Little, Brown and Company Law and Business, 1989.
- Posner, Richard. “*El análisis económico del derecho*”. Traducido por Eduardo Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Posner, Richard. en W. Landes y Mark Kelman. *Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2011.
- Posner, Richard. “*Economic Analysis of Law*”. Boston: Brown and Company:1972.
- Proyecto USAID/Perú Prodescentralización y Presidencia del Consejo de Ministros. “*ABC de la Descentralización*.” Lima, 2011.
- Rodríguez José y Lobo Thereza. “*Fiscal Decentralization and Participation in Delayed Democratic Experiences*”, documento para el Foro Tinker “El Papel del Estado en Latinoamérica y el Caribe”. México: 1996.
- Rosas Lauro, Claudia. “Nosotros también somos peruanos. La marginación en el Perú siglos XVI a XXI”. Lima: PUCP - Fondo Editorial, 2012.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

- Rubio Correa, Marcial. "De la estructura del Estado." En *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010
- Rudiger Dornbusch, "Macroeconomía", Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia. Madrid: Pearson, 1998.
- Rühling, Markus "Proceso de descentralización en el Perú: análisis, retos y perspectivas 2002". Aportes al Debate no. 2. "Alcances del actual proceso descentralista" en *Lecturas Descentralistas*. Lima: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2002.
- Scott, Robert y Douglas Leslie. "Contract, Law and Theory." Virginia: The Michie Company, 1993.
- Smith, Adam. "An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations." Londres: 1776.
- Torres López, Juan. *El Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1987.
- Trazegnies, Fernando de. "La responsabilidad extracontractual". Biblioteca "Para leer el Código Civil" Vol. IV, Tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, 1988.
- Ulen, Thomas. *Rational Choice Theory in Law and Economics*. Cheltenham: Encyclopedia of Law and Economics, 2000.
- Weber, Max "El político y el científico". Traducido por Francisco Rubio Llorente. Madrid: Alianza Editorial, 2009.
- Zas Friz Burga, Johnny. "Definición y características principales del diseño institucional del actual proceso peruano de descentralización política" en *La Continuidad Crítica. Balance del Diseño Normativo e Institucional del Actual Proceso Peruano de Descentralización Política (2002-2008)*. Lima: Palestra, 2008.
- Zas Friz Burga, Johnny. *La insistencia de la voluntad. El actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004)*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2004.

Revistas Académicas

- Alvites Alvites, Elena. "Descentralización y derechos sociales: reflexionando en torno a la satisfacción del derecho a la educación en el marco del proceso de descentralización." *THEMIS. Revista de derecho*, no. 67 (2015): 117-129.
- Arribasplata, Juan. "Conga: Cronología de un conflicto." *VOCES* no. 38. (2011).
- Arton, John. "The economic basis of damages for breach of contract". *Journal of Legal Studies*, no. 01. (1972):277.
- Bauer, Harmut. "La coerción federal en el ordenamiento territorial de la constitución alemana." *Revista Catalana de Dret Públic*, número especial (2019):1-20.
- Ballón, Eduardo. "Un mundo dividido: Lima y provincias." Entrevista por Abelardo Sánchez León. *Revista Quehacer*, no. 186 (2012):12.
- Becerra Ferrer, Guillermo. "La intervención federal en las provincias en el Derecho Constitucional argentino." *Revista de Estudios Políticos* no. 144 (1965): 153-165.
- Birmingham, Robert. "Damages measures and economic rationality: The geometry of Contract Law." *Duke Law Journal* no. 01. (1969):49.
- Birmingham. "Breach of contract, damages measures, and economic efficiency". *Rutgers Law Review* no. 24 (1970):273.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

- Bullard, Alfredo. “Esquizofrenia jurídica. El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú.” *THÉMIS*, no. 44 (2002):23.
- Calabresi, Guido y Douglas Melamed, “Property Rules. Liability Rules and Inalienability: A view of the Cathedral.” *Harvard Law Review*, no. 84 (1972):1089.
- Carranza Ugarte, Luis y Tuesta Cárdenas, David. “Consideraciones para una Descentralización Fiscal: Pautas para la Experiencia Peruana.” *Revista Estudios Económicos*, no. 12 (2004).
- Castellá Andreu, Josep. “Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional.” *Teoría y Realidad Constitucional*, no. 37(2016): 561-592.
- Manuel Cavero Gómez. “La aplicación del artículo 155 de la Constitución a la comunidad autónoma de Cataluña. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 89/2019, de 2 de julio, y 90/2019, de 2 de julio Núms. 5884-2017 y 123-2018 (BOE Núm. 192 de 12 de agosto de 2019).” *Revista de las Cortes Generales* no. 107, (2019):507-519.
- Colberg, Marshall. “Minimum Wage Effects on Florida's Economic Development”. *Journal of Law and Economics*, no. 3 (1960):106.
- Dammert Ego Aguirre, Manuel Enrique Ernesto. “La descentralización en el Perú a inicios del siglo XXI: de la reforma institucional al desarrollo territorial Volumen I” *Revista de la CEPAL Serie Gestión pública*, no. 31 (2003):42.
- Dammert, Lucía, “La corrupción y crimen organizado: la fragilidad estatal del Perú”, *Nova Crimis*, vol 9, no.14 (2017):137.
- Doménech Pascual, Gabriel. “Por Qué y Cómo hacer Análisis Económico del Derecho”. *Revista de Administración Pública*, no. 195 (2014):101.
- Eisenberg, Melvin. “Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law”. *California Law Review* no. 93 (2005):975.
- Eisenberg, Melvin. “The principle of Hadley v. Baxendale”. *California Law Review* no. 80 (1992):563.
- Finot, Iván. “Descentralización, transferencias territoriales y desarrollo local.” *Revista de la CEPAL*, no. 86 (2008):31.
- Finot, Iván. “Descentralización en América Latina: teoría y práctica”. *Revista de la CEPAL Serie Gestión pública*, no. 12 (2001):16.
- Flores, Guillermo y Alejandro Mendighetti y Romina Necochea. “Eficiencia de la corrupción: Sistemas burocráticos corruptibles e implementación de soluciones gubernamentales.” *Revista Foro Jurídico* no. 08 (2008):155-156.
- Fuller, Lon y William Perdue Jr. “The reliance interest in contract damages: 1”. *Yale Law Journal* no.46 (1936):52.
- Fuller, Lon y William Perdue Jr. “Reliance interest in contract damages: 2”. *Yale Law Journal* no. 46. (1936):373.
- García Belaunde, Domingo “La descentralización en el Perú actual (Antecedentes, desarrollo y perspectivas) (Reflexiones al hilo de la reforma constitucional peruana en materia de descentralización).” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, no. 9 (2005):745.
- Garoupa, Nuno. “Análisis Económico del Derecho de Enforcement y Regulación”. *IUS ET VERITAS*, no. 48 (2014):143.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

- Gómez Orfanel, Germán “La coerción federal en el Derecho comparado.” *Cuadernos de Derecho Público* no. 26. I.N.A.P. (2015): 41-60.
- González de Olarte, Efraín. “La Macroeconomía en contra de la descentralización.” En *Actualidad Económica* no. 221 (2001).
- Calabresi, Guido. Entrevistado por Isabel Lira (2006). "De lo que más me preocupé fue de crear un lugar que fuera tanto feliz, como intelectualmente emocionante". *THĒMIS-Revista De Derecho*, no. 53 (2006):322-323.
- Haro Seijas, José y Eduardo Hernando Nieto y Alessandro Caviglia Marconi. “Entre el análisis económico del derecho, el pensamiento reaccionario y el liberalismo político” *Revista Foro Jurídico*, no. 5 (2006):206
- Holmes, Oliver Wendell Jr. “The path of the law”. *Harvard Law Review* no. 10 (1897):457
- Instituto Peruano de Economía, “Diagnóstico Económico de Cajamarca” *Holder* (Revista Institucional de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca), no.1 (2014):32-33.
- Jiménez, José. “Análisis de la distribución de competencias en materia de jerarquización y gestión de infraestructura vial: caso de Lima Metropolitana.” *Revista Círculo de Derecho Administrativo*, no. 14 (2014):200.
- Jones Merritt, Deborah. “The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century.” *Columbia Law Review*. Vol. 88, no. 1. (1988): 1-78.
- Lafuente Balle, José M.. “El art. 155 de la Constitución Española: Examen doctrinal y comparado.” *Revista de Derecho Político*, no. 102 (2018):79-121.
- Landa Arroyo, César. “Descentralización y jurisprudencia constitucional.” *Revista de Derecho Constitucional*, no. 7 (2014):47.
- Levinson, Sanford y Jack Balkin. “Constitutional Dictatorship: Its Dangers and its Design”. *Minnesota Law Review* no. 94. (2010.): 1794-1795. Traducción propia.
- McGee, John. “Predatory Price Cutting: The Standard Oil (New jersey) Case”. *Journal of Law and Economics*, no. 1 (1958):137.
- Macneil, Ian. “Efficient breach of contract: Circles in the sky”. *Virginia Law Review* no. 68 (1982): 957.
- Marco Mancini, “L’art. 126 Cost. Novellato, ovverosia di una modifica apparentemente marginale, main tealtá grvida da implicazioni” *Rivista di Diritto Pubblico Italiano comparato, europeo*, no. 22. (2016): 2-27.
- Milliman, J.W. “Water Law and Private Decision-making: A Critique.” *Journal of Law and Economics*, no. 2 (1959): 41.
- Monge, Carlos “Industrias extractivas y gobernanza democrática de los territorios.” *Revista Quehacer*, no. 190 (2013):87.
- Montoya Chávez, Víctorhugo. “La descentralización según el Tribunal Constitucional.” *IUS ET VERITAS*, no. 44 (2012): 250-265.
- Mosset Iturraspe, Jorge. Entrevistado por THĒMIS-Revista De Derecho. *THĒMIS-Revista De Derecho*, no. 24, (1992) 58.
- Ortega Piana, Marco Antonio. “Responsabilidad Civil y Seguros”. *IUS ET VERITAS*, no. 43, (2011):60-61.
- Palomino Manchego, José y Paiva Goyburu, Dante. “La representación y la participación política (a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano).” *Revista LEX*. no. 24 (2019):17-24.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

- Parisi, Francesco. “Escuelas positivas, normativas y funcionales en el Análisis Económico del Derecho” *IUS ET VERITAS*, no. 41 (2010):17.
- Pérez Salazar, Mauricio. “Una aproximación a la teoría económica del derecho constitucional” *Revista Derecho del Estado* no. 20 (2007):8.
- Ridao Martín, Joan. “La aplicación del artículo 155 de la Constitución a Cataluña. Un examen de su dudosa constitucionalidad.” *Revista Vasca de Administración Pública*, no. 111 (2018):169-203.
- Saavedra, Renzo. “Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. ¿Un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible?” *THĒMIS-Revista De Derecho* no. 58 (2010):251-253.
- Saavedra, Renzo. “Apuntes comparativos sobre la teoría del incumplimiento eficiente: Incumplir o no incumplir, he allí el dilema.” *Revista Foro Derecho Mercantil* no. 30 (2011):69.
- Shavell, Steven. “Damages measures for breach of contract”. En: *Bell Journal of Economics* no.11 (1980):466.
- Stigler, George. “La teoría de los precios”. *Revista de Derecho Privado*, (1968).
- Stigler, George y Friedland, Claire. “What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity.” *Journal of Law and Economics*, no.5 (1962): 1.
- Stephenson, Peta. “Fertile ground for federalism?: Internal security, the states and section 119 of the Constitution” *Federal Law Review*, vol. 43 no. 2. (2015):289 a 312.
- Telser, Lester. “Why Should Manufacturers Want Fair Trade?”. *Journal of Law and Economics*, no. 3 (1960):86.
- Urías, Joaquín. “El artículo 155 CE: alcance y límites de una excepción constitucional.” *Revista Catalana de Dret Públic*, número especial (2019)101-114.
- Vilajosana, Josep. “El estado dual en España: contexto y justificación de la aplicación del artículo 155 CE.” *Revista Catalana de Dret Públic*, número especial (2019):137-155.
- Vírgala Foruria, Eduardo. “La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución.” *Revista Española de Derecho Constitucional (Nueva Época)* no. 73 (2005): 55-110.
- Zabalza, Antoni. “Una Nota sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, con referencia a los artículos 206.3 y 206.5.” *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 95 (2012):407-433.

Sitios Webs Académicos:

- Gonzales de Olarte, Efraín. “Concentración y Centralización: Enemigos del desarrollo regional convergente y equitativo” *Economía Peruana* (blog) 16 de febrero de 2017. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/economiaperuana/2017/02/16/concentracion-y-centralizacion-en-el-peru-enemigos-del-desarrollo/>
- Landa Arroyo, César. “Conga y el Perro del Hortelano” *IUS 360* (blog) 21 de mayo de 2012. <https://ius360.com/publico/constitucional/conga-y-el-perro-del-hortelano/>
- Saavedra, Renzo. “La(s) escuela(s) del Análisis Económico del Derecho: Hacia la necesidad de diferenciar perspectivas” *IUS 360* (blog) 20 de mayo 2015, <https://ius360.com/columnas/las-escuelas-del-analisis-economico-del-derecho-hacia-la-necesidad-de-diferenciar-perspectivas/>
- Saavedra, Renzo. “Behavioral Law and Economics: Una aproximacion inicial.” En: *Enfoque Derecho*. 18 de enero de 2010.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

<http://www.enfoquederecho.com/?q=node/203>

Johnny Vásquez, “¿Puede alcanzarse la eficiencia en la distribución del poder en un contrato social?” En: LP Pasión por el Derecho. 28 de marzo de 2022.

<https://lpderecho.pe/puede-alcanzarse-la-eficiencia-en-la-distribucion-del-poder-en-un-contrato-social/>

Ponencias

Zas Friz Burga, Johnny. “Procesos de descentralización y recentralización estatales: Una aproximación al caso peruano (1821 - 2000)” (Ponencia presentada en la I Jornada Chileno-Peruana de Historia del Derecho, Valparaíso 23-24 noviembre, 2000).

Diarios de Debates

Congreso Constituyente Democrático. Diario de los Debates-Debate Constitucional Pleno - 1993. Tomo I. 25. (Perú)

Zumaeta Flores, César. Sustentación ante el pleno del dictamen en minoría del proyecto de Ley Orgánica de Bases de la Descentralización. Diario de los Debates del Congreso de la República. Segunda Legislatura Ordinaria, sesión 16° A vespertina. (Congreso de la República, Lima, 11 de junio de 2002):2137.

Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones de las Cortes Generales, n.º 91, 16 de junio de 1978, 3427-3435. (España)

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 0017-2003-AI, Lima, 16 de marzo de 2004.

Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 002-2005-PI/TC, Lima, 18 de febrero de 2005.

Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 0042-2004-PI/TC, 13 de abril de 2005.

Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 00020-2005-PI/TC, 00021-2005-PI/TC, 27 de setiembre de 2005.

Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 0047-2004-AI/TC, 24 de abril de 2006.

Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 006-2008-PI/TC, 11 de junio de 2008.

Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 0015-2008-PI/TC, 6 de enero de 2010.

Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 00020-2010-PI/TC, 24 de mayo de 2011.

Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 0001-2012-PI/TC, 17 de abril de 2012.

Tribunal Constitucional de España EXP. N.º6/1982 de 22 de febrero de 1982

Tribunal Constitucional de España EXP. N.º27/1987 de 27 de febrero de 1987

Tribunal Constitucional de España EXP. N.º49/1988 de 22 de marzo de 1988

Tribunal Constitucional de España EXP. N.º215/2014 de 18 de diciembre de 2014

Tribunal Constitucional de España EXP. N.º41/2016 de 3 de marzo de 2016

Tribunal Constitucional de España EXP. N.º185/2016 de 3 de noviembre de 2016

Tribunal Constitucional de España. EXP. N.º 114/2017, 17 de octubre de 2017.

Tribunal Constitucional de España. EXP. N.º 33/2018, 22 de mayo de 2018.

Tribunal Constitucional de España EXP. N.º90/2019 de 2 de julio de 2019.

Tribunal Constitucional de España. Providencia de 7 de setiembre de 2017 que admite a trámite recurso de inconstitucionalidad n.º 4334-2017, contra la Ley del Parlamento de

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, del Referéndum de Autodeterminación. BOE-A-2017-10287.

Normas Jurídicas

Constitución Política del Perú (Const.). Cap. II, art. 43. Diciembre 30 de 1993 (Perú). Ordenanza Regional N° 022-2007. Artículo Primero. Noviembre 06 de 2007 (Puno, Perú).

Posteriormente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional mediante STC. EXP. N.° 006-2008-PI/TC, 11 de junio de 2008.

Ley N° 27783/2002, de 26 de junio, de Bases de la Descentralización (Lima 26 de julio de 2002).

Informes y Reportes

Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado. *Informe de Evaluación Relaciones Intergubernamentales en el Proceso de Descentralización*. Informe Anual Período de sesiones 2017-2018. (Lima, 2018):18.

http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2017/Comision_de_Descentralizacion/files/evaluación_2017-2018.pdf

Comisión de la Verdad y Reconciliación. La década del noventa y los dos gobiernos de Alberto Fujimori. Informe Final Tomo III, Capítulo 2, punto 2.3. Página 61.

<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20III/Cap.%202%20Los%20actores%20politicos/2.3%20LA%20DECADA%20DEL%2090.pdf>

Defensoría del Pueblo. *Reporte Mensual de Conflictos Sociales n.° 179 – Enero 2019*. (Perú: Defensoría del Pueblo, 2019):5.

El Comercio - Ipsos Perú. Informe de Resultados Estudio de opinión El Comercio - Ipsos Perú, octubre de 2020. https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2020-10/la_gestion_publica_octubre_2020_-_encuesta_de_opinion_el_comercio-ipsos.pdf

Instituto Nacional de Estadística e Informática. *Mapa de Pobreza 2018*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/mapa-de-pobreza-25022020_ponencia.pdf

Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. Procesos de Descentralización en Latinoamérica: Colombia, México, Chile Y Perú. *Boletín de Transparencia Fiscal - Informe Especial*.46.

https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/PROCESOS_DESCENTRALIZACION_LATINOAMERICA_COLOMBIA_MEXICO_CHILE_PERU..pdf

Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, La corrupción en los Gobiernos Regionales y Locales. Informe Temático - Septiembre 2018. (Lima: Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018):8.

Guías de Información

Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN y Proyecto USAID/Perú ProDescentralización. “Guía de Promoción de Inversiones descentralizadas”. Lima, 2010.

Diarios:

Abusada Salah, Roberto. “El archipiélago peruano”. Diario El Comercio. 21 febrero, 2019.

<https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/descentralizacion-regiones-peru-archipelago-peruano-roberto-abusada-salah-noticia-609819-noticia/>

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

ANEXOS:

Anexo N°1.- Matriz de Consistencia

	General	Esp.1	Esp.2	Esp.3
Problemas de Investigación (¿?)	¿Resulta eficiente la rigidez del principio de permanencia de la descentralización en supuestos de infracciones a la Constitución por parte de los gobiernos regionales?	¿Cuál es la principal limitación del principio general de permanencia de la descentralización?	¿Cómo se determina la eficiencia de la rigidez del principio general de permanencia de la descentralización en supuestos de infracciones a la Constitución por parte de los gobiernos regionales?	¿Cómo se aborda normativamente la rigidez del principio de permanencia de la descentralización en el derecho comparado?
Objetivos de Investigación	Evaluar si resulta eficiente la rigidez del principio de permanencia de la descentralización en supuestos de infracciones a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.	Diagnosticar cuál es la principal limitación del principio general de permanencia de la descentralización.	Establecer cómo se evalúa la eficiencia de la rigidez del principio general de permanencia de la descentralización en supuestos de infracciones a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.	Determinar cómo se aborda normativamente la rigidez del principio de permanencia de la descentralización en el derecho comparado.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Hipótesis	La rigidez del principio de permanencia de la descentralización resulta ineficiente en supuestos de infracciones a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.	La principal limitación del principio general de permanencia de la descentralización es la inexistencia de un mecanismo jurídico de coerción estatal que sirva de contrapeso al poder del gobierno regional y permita el cese de la infracción constitucional en el corto plazo.	La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización en supuestos de infracciones a la Constitución por parte de los gobiernos regionales se puede evaluar utilizando los criterios del Análisis Económico del Derecho tales como la asignación óptima de recursos (Óptimo de Pareto), el incumplimiento contractual eficiente y los costos de transacción (Teorema de Coase).	La figura de la intervención estatal como contrapeso a los excesos del poder regional es la forma en que se aborda normativamente la rigidez del principio general de permanencia en el derecho comparado.
------------------	---	--	--	--

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

Anexo N°2.- Entrevista al Dr. Jhonny Zas Friz Burga

El Dr. Jhonny Zas Friz Burga es Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Doctor en Derecho Público por la Universidad de Bolonia (Italia), es profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP y ha sido coordinador de la sección Derecho del Instituto Riva Agüero. Ha sido consultor y coordinador del Programa de Descentralización y Buen Gobierno de la Defensoría del Pueblo del Perú. También ha sido consultor en la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), en el Congreso de la República y en el Consejo Nacional de Descentralización (CND), así como para el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otras instituciones. Ha sido asesor en el Ministerio de Economía y Finanzas y en la Municipalidad Metropolitana de Lima.

La entrevista se realizó vía llamada telefónica el día 27 de julio de 2022 a las 5:00 p.m., tuvo una duración total de 27 minutos y constó de 4 preguntas que fueron previamente validadas por el asesor del tesista, el Dr. Carlos González Palacios. Por razones de metodología, el tesista no realizó repreguntas ni comentarios a las respuestas del Dr. Zas Friz.

Las palabras del Dr. Zas Friz corresponden a las iniciales “JZF” y las palabras del tesista, Johnny Vásquez, corresponden a las iniciales “JV”. A continuación, se transcribe la entrevista.

JZF: Buenas tardes, soy Johnny Zas Friz ¿qué tal?

JV: Bien, doctor ¿cómo está? Johnny Vásquez le saluda. Gracias por acceder a la entrevista, será breve, solo tengo unas cuatro preguntas aquí. Como le comenté por correo, mi tesis es sobre descentralización, entonces las respuestas que usted me brinde las adjuntaré como anexo en mi tesis.

Si le parece bien, puedo empezar con las preguntas, salvo que usted tenga algún comentario.

JZF: No, nada en especial. He leído lo que me planteó; pregúnteme nomás, no hay problema.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

JV: Claro. La primera pregunta es: En el año 2002 cuando se debatía la aprobación de la Ley de Bases de la Descentralización, un congresista señaló que “*Los procesos de descentralización tienen un punto inicial, pero no se sabe cuándo culminan. (...) los resultados del proceso se van a ver en las próximas dos décadas.*” Hoy, dos décadas después ¿Cuál es su balance de los resultados del proceso de descentralización peruano, especialmente en lo que se refiere al diseño normativo institucional?

JZF: Mi primera aproximación sobre el tema es que, desafortunadamente, la única reforma importante que se hizo en esta última transición democrática, o sea la transición democrática que comenzó en el año 2000, fue la descentralización, pero no se hicieron otras reformas. Entonces, desafortunadamente, la descentralización, digamos, como única reforma importante en estos últimos 20 años, ha sufrido la ausencia de otras reformas; más específicamente, de una reforma política, una reforma electoral —que podríamos ligarla a la reforma política— de una reforma del Estado, de una reforma fiscal, y de una reforma del sistema de justicia y del sistema de control. Entonces, esencialmente lo que ha ocurrido es que, en los niveles descentralizados de gobierno se han evidenciado todos los problemas derivados de la ausencia de otras reformas y que no necesariamente están vinculadas directamente a la descentralización. En este sentido, yo discrepo de esa posición que asume que la descentralización es la responsable de todos los problemas; yo más bien lo que planteo es que la ausencia de haber enfrentado otras reformas ha hecho que simplemente la descentralización sufra todos los problemas derivados de no haber hecho reformas importantes, y en general, eso lo estamos viendo ahora. La ausencia de una reforma política, una reforma del estado, una reforma fiscal; lo evidenciamos ahora en todos los problemas que tenemos, no solo a nivel descentralizado, sino en el nivel nacional. Entonces, esa es la evaluación.

Ahora, con relación al tema de la descentralización, la descentralización siempre es un proceso inacabado, o sea, que nunca va a terminar; en el sentido de que siempre los actores que van a participar, van a generar iniciativas, van a generar propuestas, modificaciones. Se van a generar tensiones, se van a generar fórmulas para retroceder, para avanzar. Como esencialmente es un tema de distribución territorial del poder, es un tema también que muchas veces genera conflicto. Desde ese punto de vista es difícil decir “bueno,

ya, comenzamos aquí y de aquí a un tiempo este proceso se termina” y más todavía el caso peruano en que, si uno ve nuestra historia republicana, el Perú es un conjunto de procesos trancos y fallidos de descentralización a lo largo de toda la República. Más bien, el proceso actual es uno de los procesos más largos. Esa sería un poco mi aproximación general sobre su pregunta.

JV: ¿Cuáles considera usted que son los principales vacíos o fallos del diseño normativo institucional del proceso de descentralización peruana que han permitido a los Gobiernos Regionales incumplir el contrato social, es decir la Constitución, al abusar de su autonomía y atentar contra el principio de unidad del Estado?

JZF: Allí no sé, en la pregunta hay demasiados supuestos que habría que evaluar: ¿cuál es el alcance de decir que han ejercido su autonomía al margen del ordenamiento jurídico nacional o que han atentado contra la unidad nacional? Está claro que la autonomía solamente se puede ejercer en el marco del ordenamiento jurídico nacional y eso está planteado en toda la normatividad, en las sentencias del Tribunal Constitucional. Todas las políticas públicas son políticas públicas nacionales. Los gobiernos regionales y municipales están sometidos a los planes nacionales y a las políticas nacionales. En ese sentido, habría que discutir más los presupuestos de esa pregunta.

Yo allí lo que veo es que hay distintos problemas que no se han atendido; por ejemplo, el tema de la reforma política. En realidad, nosotros no tenemos partidos políticos, no tenemos organizaciones políticas, las organizaciones que existen ahora no son organizaciones políticas en el sentido de que sean organizaciones que estén interesadas por el interés general. Por muchas razones se ha vaciado el contenido de estas organizaciones y son esencialmente organizaciones con intereses de grupo, intereses privados, intereses personales —en los casos más graves, intereses informales delictivos— tanto a nivel nacional como a nivel descentralizado; pero no es que la descentralización produzca eso, lo que produce eso es el problema de cómo se han desarrollado las organizaciones políticas que se autodenominan partidos políticos. Entonces, esa capacidad de ser esencialmente grupos de interés particular que no tienen el interés general —ni siquiera ya hablemos de temas programáticos o ideológicos sino solamente de la búsqueda del interés general—, el

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

interés general está ausente; lo vemos en el Congreso Nacional, y eso se replica en las diversas instancias de gobierno. Pero eso tiene que resolverse a través de una reforma política que haga que las organizaciones políticas realmente velen por el interés general, que de verdad sean organizaciones políticas que tengan una vida política, que tengan militantes, que tenga comités. Ahora todo es una ficción, son simplemente requisitos formales que se cumplen, pero en los hechos no existen como organizaciones, y eso se replica en los tres niveles de gobierno.

Igual en el tema de la reforma del Estado; sin un servicio civil, sin una burocracia pública relativamente capaz y con relativa estabilidad va a ser imposible generar una Administración que sostenga la gestión pública y ese es un problema que tenemos a nivel nacional, pero sobre todo a nivel descentralizado, es gravísimo. Y así podríamos seguir con muchos temas. En general, yo lo que diría, más bien, es que esencialmente hay un rol muy importante del Gobierno Nacional a través de las políticas públicas, a través de los programas nacionales, y en realidad, la acción real de los gobiernos regionales está bastante acotada, limitada.

El tema de la corrupción es, nuevamente, un problema también transversal que tiene que ver con esta ausencia de reforma política, con esta ausencia de una reforma del Estado. También con sistemas de control, con un sistema de justicia que no funciona o que funciona limitadamente, ahí hay un problema y es obvio que va a haber corrupción porque esas organizaciones —que llegan tanto a nivel descentralizado como nacional— no están interesadas en el interés general sino en sus intereses particulares, es obvio que va a haber corrupción porque la corrupción esencialmente es la apropiación privada del poder público para fines privados, eso es lo que está ocurriendo. Esa sería mi respuesta.

En realidad, yo no veo que los gobiernos regionales o las municipalidades atenten contra la unidad nacional o atenten contra el ordenamiento jurídico nacional, yo le diría más bien que están bastante acotadas y ya el tema de la corrupción es un tema transversal, mucho más profundo, que tiene que ver con estas organizaciones políticas muy permeables a los intereses privados, y las dificultades para controlar la acción de esas personas, de esos grupos que asumen responsabilidades en el Estado.

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

JV: ¿Qué remedios jurídicos considera usted que pueden permitir restablecer el balance entre la autonomía de los gobiernos subnacionales y el principio de unidad del Estado que defiende el Gobierno Central?

JZF: Pongamos un ejemplo más próximo que se está debatiendo ahora, esta idea que asume el Congreso Nacional con estas medidas que debilitan a la SUNEDU. El argumento es que las universidades son autónomas y que por lo tanto pueden hacer lo que quieran, pero ese concepto no existe en ninguna parte del mundo occidental o de influencia occidental y en el caso peruano es igual. Usted ve la legislación, las sentencias del Tribunal Constitucional. La autonomía no es igual a soberanía, la autonomía siempre está subordinada a la soberanía. Es decir, a las políticas nacionales, a los planes nacionales, a la articulación que se hace desde los entes rectores —que son esencialmente organismos nacionales— y para eso están no solo los ministerios sino todos los sistemas administrativos nacionales que también dependen del Gobierno Nacional. En realidad, no hay la posibilidad de una acción independiente o de una acción de tomar decisiones al margen del ordenamiento jurídico nacional. Eso no existe. Además, para eso están los mecanismos que prevé el sistema jurídico: las distintas acciones contra todas las normas —las ordenanzas regionales o municipales— que contravengan la Constitución, y obviamente todo el sistema de justicia, el sistema penal, el sistema nacional de control. De hecho, eso es lo que funciona y se evidencia al saber que —si bien ya *ex-post*, y con todas sus limitaciones— muchas autoridades están denunciadas, procesadas y condenadas por una multiplicidad de delitos.

Ahora, ¿qué habría que hacer para que el proceso de descentralización mejore? Mi propuesta es: hacer las reformas que faltan. Hay que hacer la reforma política, hay que hacer la reforma del Estado, hay que hacer una reforma fiscal. Por ejemplo, en el tema fiscal hay una gran desigualdad en la distribución de los recursos en todo el sistema de transferencias intergubernamentales. Ahí hay un problema que tampoco se aborda, hay municipalidades que tienen ingentes recursos, recursos inmensos que no tienen ninguna relación con las necesidades de gasto y por eso muchas veces tienen dificultades ejecutando el gasto, porque son recursos de otra escala. Hay municipalidades pequeñas que tienen montos altísimos y eso tiene que ver con esta desigualdad en la distribución de los recursos, donde esencialmente domina el canon, la regalía minera, los distintos cánones, pero no hay un

sistema de transferencias intergubernamentales que busque una relativa igualdad, de transferencias equitativas en la transferencia de los recursos. Eso también tendría que atenderse. Igual el tema del servicio civil que ya lo conocemos, es un tema central que está absolutamente bloqueado; entonces, allí, por ejemplo, sin un personal idóneo va a ser difícil que la Administración funcione mejor. Luego tenemos el tema político. Todas estas personas que ahora ejercen como políticos en realidad no lo son. Son gestores de intereses. Son personas que no calificarían en otras sociedades donde se profesionaliza la política y hay organizaciones políticas que sí funcionan como tales. La mayoría de nuestros llamados políticos no cumplirían los estándares. Eso tiene que resolverse, de lo contrario vamos a tener dificultades para la gestión pública si tenemos como autoridades a personas que tienen intereses particulares y que no se guían por el interés general. Luego tenemos una Administración con deficiencias en capacitación, inestable, limitada además en términos de número, hay ahí un problema grave. Luego tenemos una desigualdad en la distribución de los recursos fiscales. Son todos elementos que esencialmente configuran una masa crítica para que las cosas vayan mal.

Hay que mejorar los supuestos para que el proceso de descentralización mejore, y más bien, lo que ha ocurrido ahora, es que la descentralización no es más un tema de agenda nacional, está allí absolutamente olvidado. Las propuestas que se dan para resolver los temas son esencialmente de recentralizar el Estado, pero la recentralización tampoco da una solución, probablemente agudizará los problemas. Yo creo que habría que atender esos otros ámbitos de reforma.

Mi tesis central es que la descentralización por sí sola no puede resolver todos los problemas y si éstos no se abordan, va a ser difícil, en general, construir Estado, no solamente es un problema del Perú descentralizado sino de la estructura nacional, todos los problemas que vemos en la estructura nacional derivan de allí, de la ausencia de esas reformas.

JV: ¿Cómo evalúa usted la compatibilidad con un Estado unitario regional de una figura como la coerción estatal presente en Estados de tendencia Federal como Alemania o España que permiten la intervención de un gobierno subnacional?

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

JZF: Allí lo que ocurre es que, primero, Alemania es un Estado Federal, y España es un Estado regional; sin embargo, se debate mucho en la literatura el caso español porque a los llamados regionalismos históricos les reconoció importantes ámbitos de autonomía. Ahora, claramente en esos dos ordenamientos —y en todo ordenamiento— están el principio de unidad estatal y además el principio de lealtad a la unidad nacional, de fidelidad a la unidad estatal. Eso incluso en los Estados federales. En todo Estado hay una unidad estatal.

En el caso peruano también está ese principio, nadie puede atentar contra la unidad estatal. Lo que es cierto es que, en el diseño normativo, no se establecieron mecanismos de intervención directa en los niveles descentralizados de gobierno. En los casos alemán y español sí, en la medida en que allí el nivel de autonomía que se reconoce a las entidades descentralizadas es muy alto.

En el caso alemán los *Länder*, que son el nivel intermedio, tienen muchas materias de competencia, sus niveles de autonomía son bastante altos porque Alemania es un Estado federal. Igual en el caso español, hay niveles de autonomía muy amplios. Cosa que no pasa en el Perú, donde más bien los niveles de autonomía son relativamente limitados; es más difícil que se produzca un mecanismo de secesión, de ruptura de la unidad nacional, pero igual ese principio también está preservado en la Constitución Política —el principio de la unidad nacional. Igual esto lo vemos en toda la normativa, la legislación, las sentencias del Tribunal Constitucional. No se ha previsto un mecanismo de intervención en el supuesto que se atente contra la unidad nacional. En esta temática, esencialmente se está pensando en actos de secesión, por ejemplo, en el caso español cuando la Comunidad Autónoma de Cataluña planteó la independencia se activaron todos los mecanismos previstos en la Constitución Española de intervención del Gobierno Nacional, la intervención del sistema penal, etc. Eso se dejó sin efecto porque el ordenamiento jurídico español activó todos los mecanismos para evitar esa ruptura atentatoria contra el principio de la unidad nacional.

Estos mecanismos de intervención sí se pueden prever. También es cierto que el caso alemán y el caso español son distintos porque son formas de gobierno parlamentarias, distintas a la nuestra que esencialmente es una forma de gobierno presidencial. Obviamente, no es una forma pura porque hay muchos elementos parlamentarios, pero esencialmente el eje central de

La eficiencia del principio de permanencia de la descentralización frente a supuestos de infracción a la Constitución por parte de los gobiernos regionales.

la forma de gobierno tanto a nivel nacional como descentralizado es una forma de gobierno presidencial. Todo eso define muchas características diferentes a estos dos casos que menciona, pero todo eso puede discutirse y también pueden plantearse mecanismos de intervención para el caso peruano. Ahora como le señalo, la situación en el caso alemán y español es distinta porque los niveles de autonomía son muy altos, aquí —en el caso peruano— en cambio, los niveles de autonomía son muy restringidos tanto para los niveles de gobierno regional como municipal, por eso es más difícil atentar contra el principio de unidad estatal, pero igual todos estos son procesos largos, muy dinámicos, donde todo esto se puede repensar y plantear otros mecanismos de intervención más directos, pero obviamente sobre la base de supuestos concretos de intervención que la legitimen.

JV: Comprendo, gracias por su tiempo y por sus respuestas, estoy seguro que me van a ser de mucha utilidad.

JZF: De nada, saludos, éxitos en su trabajo.