



CAPACIDES

Fortalecimiento de capacidades para procesos de descentralización

Un programa de InWEnt para los países andinos (Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia y Chile) 2007 - 2009

El Estado Constitucional de Derecho en el Marco de la Descentralización en los Países Andinos

Julio Díaz Palacios



Capacity Building International
Germany



Contenido

- I. Introducción**
- II. El Estado Constitucional de Derecho**
- III. Los marcos constitucionales sobre la descentralización en los países andinos**
- IV. El Estado de derecho y la descentralización en los países andinos, en tres componentes clave:**
- V. Conclusiones**
- Anexos**

InWEnt
Oficina Regional Países Andinos
Av. Los Incas 172, San Isidro, Lima 27, Perú
Fon: +51 1 441 9000, Fax: +51 1 441 14 62
descentralizacion@inwent.org.pe
www.inwent.org.pe/capacides

EL Estado Constitucional de Derecho en el Marco de la Descentralización en los Países Andinos

“¿Cuáles serían los elementos clave del “buen gobierno”? En **primer lugar**, el buen gobierno reside en el **Estado de derecho**. Si hay algún elemento, más que cualquier otro, que constituye el núcleo interno de la democracia y distingue una sociedad progresista y moderna de una sociedad atrasada y medieval, éste es el Estado de derecho. Se trata del **funcionamiento imparcial del Estado de derecho, que da dignidad a los débiles y justicia a quienes carecen de poder**. Garantiza la **separación de poderes** y salvaguarda a los ciudadanos de las arbitrariedades del poder absoluto. Protege las libertades individuales y las libertades civiles... Hay suficientes ejemplos, incluso en el mundo actual, que nos advierten de que las sociedades que carecen de un Estado de derecho eventualmente vivirán bajo el Estado de la jungla, donde el poder tiene la razón y quienes tienen las armas establecen las reglas”.

Inder Kumar Gujral¹

I. Introducción

La promoción del debate y las acciones coherentes con el Estado de derecho es un componente fundamental del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania. En efecto, en reciente documento oficial, se prioriza²:

“Fortalecer la democracia, el Estado de derecho y la participación de los pobres, debiendo la cooperación poner énfasis en el fortalecimiento del Estado de derecho y de los mecanismos democráticos de control y fomento de la participación política (incluyendo los derechos de la mujer y de los pueblos indígenas)... Esto atañe a los siguientes temas: respeto, protección y garantía de los derechos humanos y ciudadanos en general; inclusión de los indígenas en la política, la sociedad y la economía y garantía de sus derechos; fortalecimiento de las estructuras locales y regionales de representación y autoayuda; fortalecimiento de los derechos y participación de la mujer en la sociedad, la política y la economía; fomento al sector legal y judicial...”

El Programa CAPACIDES de INWENT tiene por objetivo general, mejorar la oferta de capacitación destinada a las administraciones municipales en los Países Andinos, a fin de que ejerzan sus funciones con mayor efectividad y cercanía a los ciudadanos. Para lograr este objetivo el Programa cuenta con cinco componentes: sensibilización, fomento de redes, capacitación para la capacitación, desarrollo económico local (DEL), diálogo y sistematización sobre la gestión pública, transparencia y participación ciudadana.

INWENT coherente con los nuevos énfasis de la cooperación exterior de Alemania y con el objetivo general de CAPACIDES, organizó los días 30 y 31 de marzo del 2009 en Lima, Perú, un Dialogo Regional Andino sobre el Estado de Derecho en el Marco de la Descentralización en estos países.

¹ Inder Kumar Gujral. “Diferencias para el Nuevo Milenio”. Escritos, político y Ex Primer Ministro de la India. [//www.unesco.org/issj/rics162/gujralspa.htm](http://www.unesco.org/issj/rics162/gujralspa.htm)

² Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo. Estrategia 162. Estrategia de la Cooperación para el Desarrollo con los Pobres de América Latina y el Caribe. Febrero del 2008.

La justificación de la convocatoria a este Diálogo Regional, realizado en Lima, afirmaba³:

“Se reconoce cada vez más que el Estado de derecho es un factor de importancia fundamental no solo para las inversiones privadas, sino sobre todo para la consolidación de la democracia, la vigencia de los derechos ciudadanos a una vida digna y sostenible y para el impulso de procesos de buen gobierno (calidad de gobernar) y la construcción de gobernabilidad democrática (capacidad de Estado y sociedad para gobernar más eficientemente). Por tanto, la vigencia del Estado de derecho es también importante para el impulso de los procesos de descentralización y de reforma de Estado”.

“Los procesos de descentralización y de otras reformas políticas del Estado, por lo general son un escenario de disputa entre quienes quieren seguir usufructuando los beneficios de la alta concentración del poder, así como de la vigencia de modelos de desarrollo inequitativos y excluyentes, y quienes demandan y se movilizan por los cambios necesarios, para avanzar por los caminos del desarrollo, la inclusión y la justicia social. En estos escenarios, la vigencia del Estado de derecho es absolutamente necesaria para que la descentralización tenga éxito en construir un Estado al servicio de los ciudadanos, mejorando la oportunidad, la cobertura y calidad de los servicios públicos, así como garantizando la participación ciudadana en la adopción de decisiones y en la formulación de políticas públicas, todo lo cual requiere de una transferencia fluida y coherente de funciones, recursos diversos y de una creciente cuota de poder político”.

Pero ¿Qué debe entenderse por Estado de derecho y que debates se dan en torno a él?, ¿Cuál es su relación con la democracia, la política y el ejercicio del poder? ¿Cuáles son sus características principales?, ¿Cómo se vinculan el Estado de derecho y los avances y/o dificultades que enfrentan los procesos de descentralización, a nivel local y regional?, ¿Cuáles son sus responsabilidades de las autoridades y de los ciudadanos?, etc.; son algunas de las interrogantes que todos los ciudadanos y ciudadanas, y en particular los promotores del desarrollo deberíamos de plantearnos en la relación del Estado de derecho y la descentralización.

Es en este marco de interrogantes y otras inquietudes, que se precisa como objetivo general del Dialogo Regional el de *“sensibilizar a actores claves para los procesos de descentralización en la Región Andina sobre los conceptos de Estado de derecho y sus múltiples implicancias, en el marco de los procesos de descentralización y de fomento de la democracia, a través del dialogo con los expertos, con especial enfoque en los temas de transferencia de competencias y funciones, participación ciudadana y transparencia”.*

Los objetivos específicos de aprendizaje fueron:

- Los/las participantes conocen los conceptos del estado de derecho, sus requisitos, componentes y aspectos complementarios
- Los/las participantes conocen la situación del estado de derecho en los Países Andinos a nivel nacional, regional y con especial énfasis a nivel local.
- Los/las participantes conocen la situación de la transferencia de competencias y funciones, participación ciudadana y transparencia en el marco del estado de Derecho en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.
- Los/las participantes han contribuido con y conocen experiencias practicas en los tres temas señalados, en el marco del Estado de derecho.

³ INWENT. Programa CAPACIDES. Dialogo Regional “Estado de Derecho en el Marco de la Descentralización en los Países Andinos”. Lima, 30/31/o9/2009

- Los/las participantes han identificado problemas, desafíos y oportunidades acerca del estado de derecho y han priorizado aspectos importantes de estos conceptos para los procesos de descentralización en sus respectivos países.

Sin lugar a dudas, que los dos días de intenso trabajo contribuyeron a avanzar mucho del objetivo general y de los objetivos específicos. Pero el aprendizaje inicial y /o profundización de nuevos conceptos, así como la identificación de experiencias concretas y, sobre todo, la incorporación en las agendas descentralistas de los países andinos de cuestiones clave relacionadas con el Estado de Derecho y la descentralización, motivaron que se formulara el presente Informe; como un instrumento que contribuya en un sentido general a promover y visibilizar las estrechas relaciones entre Estado de Derecho y descentralización, y de manera más específica, como medio de apoyo para el estudio, el análisis, el debate y las prácticas concretas, en el marco del Estado de derecho.

En cumplimiento de la referida acción se ha elaborado el presente documento, basado en tres fuentes sustentatorias:

- Los documentos previos de los expertos y sus exposiciones: Juan Carlos Ruiz (exposición central), Bernardo Wayar (Bolivia), Julio Freyre (Colombia), Fernando Carrión (Ecuador), y Yohnny Zas Friz (Perú).
- Los resultados de los trabajos grupales (mixtos y nacionales), y el correspondiente aporte de los debates de los participantes en las plenarias-
- Las conclusiones del Dialogo Regional, elaboradas por Carlos Herz, en su condición de moderador del mismo.

Por supuesto se ha considerado también otras fuentes para contribuir a una mayor consistencia de los contenidos y sus proyecciones. Por el propósito del Informe, éste trata con amplitud los aspectos conceptuales del Estado Constitucional de Derecho, así como enfoques innovadores sobre la descentralización, los proyectos en juego, sus avances y dificultades. Dejamos constancia que esta versión del Informe tiene pendiente varios aspectos de la experiencia boliviana, debido a que no se ha contado oportunamente con la ponencia del experto boliviano.

El documento comprende la estructura siguiente: Introducción (I); el Estado Constitucional de derecho (II); los marcos constitucionales sobre la descentralización en los países andinos (III); el Estado de derecho y la descentralización en los países andinos, en tres componentes clave (IV); conclusiones (V); recomendaciones (VI); y tres Anexos: El 1º, sobre elementos constitutivos del Estado Constitucional de Derecho, el 2º sobre la utilidad práctica de la justicia constitucional para los procesos de descentralización, el 3º sobre mal uso o abusos del concepto de autonomía municipal en el Perú.

II. El Estado Constitucional de Derecho

En el desarrollo de este punto del Informe, presentaremos una síntesis de la ponencia de Juan Carlos Ruiz en el Diálogo Regional, incluyendo algunas de las referencias bibliográficas utilizadas por él⁴.

1. Marcos conceptuales

Muy a menudo se utiliza el concepto de **Estado de Derecho** para hacer referencia fundamentalmente al principio de legalidad, es decir al sometimiento del poder a leyes y normas previamente establecidas. En tal sentido, se afirma que hay Estado de Derecho en un país, cuando sus autoridades ejercen el poder de acuerdo a las leyes. Sin embargo, este concepto resulta a todas luces insuficiente hoy en día, pues no basta con que las autoridades y el Estado ajusten su actuación a la ley en general, pues urge que también y fundamentalmente que adecuen el ejercicio del poder a la Constitución.

El problema con el concepto de Estado de Derecho, es que no quedaba claro, si dentro de esta expresión, se comprendía a la Constitución. Es por ello que en doctrina, se distinguen dos conceptos, el **Estado Legislativo de Derecho** y el **Estado Constitucional de Derecho**. El primero, está centrado en la ley, reconociéndosele a la Constitución naturaleza programática y política, el segundo centrado en la Constitución, reconociéndosele además de naturaleza programática, fuerza vinculante.

El conocido jurista italiano Luigi Ferrajoli sostiene que existen fundamentalmente dos formas de entender el derecho. Para el *positivismo jurídico*, el criterio de reconocimiento tanto de la existencia como de su validez es la forma como se producen las leyes, independientemente de su contenido, mientras que el *constitucionalismo jurídico*, condiciona la validez de las leyes también a la sustancia de las decisiones, o sea, a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia establecidos por las constituciones⁵. En otras palabras, y siguiendo a Ferrajoli, en el *Estado Legislativo de Derecho* (positivismo jurídico) la preocupación y los esfuerzos están orientados a establecer las reglas sobre “cómo” decir el derecho. A diferencia de éste, en el Estado Constitucional de Derecho (constitucionalismo jurídico), además de las reglas sobre “cómo” decir derecho, se establecen reglas sobre “qué cosa” el derecho no puede decir y sobre “qué cosa” debe decir⁶.

Este sistema de normas por encima de la ley (meta-legales) dirigidas a los poderes públicos y, antes que nada, al legislador, constituyen en conjunto la Constitución. En otras palabras, estas condiciones sustanciales de validez están contenidas en la Constitución Política, en el Estado Constitucional de Derecho. Estas normas sustanciales, condicionan la validez de las leyes: ya sea que dichas normas impongan límites, como en el caso de los derechos de libertad, o que impongan obligaciones, como en el caso de los derechos

⁴ Ruiz M. Juan Carlos. “Estado Constitucional de derecho, democracia y Descentralización”. Abogado, Profesor de la PUCP y miembro del Instituto de Defensa Legal.

⁵ Ferrajoli, Luigi. “Positivismos crítico, derechos y democracia”. En Revista Isonomía Nº 16, abril 2002, pág. 7. Ver: <http://www.cervantesvirtual.com>.

⁶ También llamado Neoconstitucionalismo. Ver Miguel Carbonell (editor), Neoconstitucionalismo (s), Editorial Trotta, Madrid, 2003. También ver Miguel Carbonell (editor), Teoría del Neoconstitucionalismo, Editorial Trotta, Madrid, 2007. En este último texto se sugiere leer el debate entre Luis Prieto Sanchís, defensor del Neoconstitucionalismo, la crítica al Neoconstitucionalismo de Juan Antonio García Amado, la réplica de Luis Prieto Sanchís, el artículo Carlos Bernal Pulido. Finalmente, también recomendamos la lectura de LUIS PRIETO SANCHÍS, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS, EDITORIAL TROTTA, MADRID, 2003, PÁG. PÁG. 101 Y SIGUIENTES.

sociales⁷. Como señala Ferrajoli, los derechos fundamentales se convierten en condiciones sustanciales de validez: *“De hecho, todos los derechos fundamentales – desde los derechos clásicos de libertad hasta los derechos sociales – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, por decirlo de algún modo, los objetivos y la razón social de ese moderno artificio que es el estado constitucional de derecho*

Agrega Ferrajoli: *“Así pues, el Estado Constitucional de Derecho se configura como el instrumento constituido por el conjunto de estas normas, gracias a las cuales todos los poderes se encuentran sujetos a la ley: en el doble sentido que todos los poderes, también aquellos de mayoría, sólo pueden ejercerse en las formas establecidas por las normas formales y están, además, sujetos a normas sustanciales que imponen límites y vínculos a los contenidos de sus decisiones para tutelar los derechos de todos los individuos”⁸.*

El Estado Constitucional de Derecho no es cualquier Estado, sino aquel que se identifica por: El carácter vinculante de la Constitución Política, la supremacía o superioridad jerárquica de la Constitución en el sistema de fuentes del derecho, la eficacia y aplicación inmediata de la Constitución, la garantía jurisdiccional de la Constitución, su denso contenido normativo y la rigidez constitucional. Ver Anexo No

2. El Estado Constitucional de Derecho, la democracia y el poder

2.1 La relación con la democracia

Existe una estrecha relación entre el Constitucionalismo y la democracia. El Estado Constitucional de Derecho permite enriquecer el concepto de democracia. En otras palabras, la Constitución garantiza las dos dimensiones de la democracia. Por un lado, garantiza la dimensión formal de la democracia (vigencia), es decir las normas formales referidas a quién y cómo toma las decisiones. Estas se garantizan, con la igualdad en derechos políticos, la representatividad de las instituciones parlamentarias y el gobierno de la mayoría. Sin embargo, no es la única dimensión que asegura, también garantiza la dimensión sustancial de la democracia (validez). En este caso, garantizan esta dimensión las normas sustanciales referidas a qué cosa se debe o no se debe decidir, identificándose con los derechos de libertad, que el Estado no debe violar y con los derechos sociales que éste debe satisfacer⁹.

2.2 La relación entre el Poder Político y el Derecho

La relación entre el poder político y el derecho es una relación de conflicto y de tensión permanente, toda vez que la función de éste es en última instancia, racionalizar, limitar y controlar el ejercicio del poder. A continuación revisaremos muy rápidamente algunos conceptos que dan cuenta de esta relación tirante.

a) El carácter democrático del Estado

La Constitución establece que “La República del Perú es democrática...”. ¿Qué debe entenderse por ello?. El Tribunal Constitucional (TC) del Perú establece que *“La democracia se fundamenta en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el*

⁷ Ferrajoli, Luigi, op. cit., pág. 10.

⁸ Ibídem, pág. 13 y 14.

⁹ Ibídem, pág. 13.

inicio y el fin del Estado (artículo 1º de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal, es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales”¹⁰. Es relevante también la identificación de los elementos consustanciales que otorgan carácter democrático a un Estado: “Desde luego, consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo y del principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31º de la Constitución), de instituciones políticas (artículo 35º de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia [...]; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática, hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2º 17 y 30º a 35º, los derechos a las libertades de información, opinión e información (artículo 2º 4), de acceso a la información pública (artículo 2º 5), de asociación (artículo 2º 13) y de reunión, previsto en el artículo 2º 12º de la Carta Fundamental”¹¹.

b) No hay zonas exentas de control constitucional

Según la doctrina “No hay zonas exentas de control constitucional” sujetar el ejercicio del poder público y privado a la Constitución no es una tarea fácil ni sencilla. La tradición histórica en nuestro país es que el poder era y es todavía en muchos casos ejercido de forma despótica y autoritaria, por fuera de los cauces y de los límites establecidos por la Constitución. A esta situación se agrega el hecho que las élites políticas siempre consideraron a esta un documento programático no vinculante. Esta situación era y es incompatible con el Estado Constitucional, caracterizada por el principio del poder limitado. Es por ello que la cabal vigencia de la Constitución por encima de cada uno de los poderes constituidos exigía el sometimiento de cada uno de estos y de los particulares. Una de las doctrinas desarrolladas por el TC más importantes en la línea de fortalecer la justicia constitucional y la fuerza normativa de la constitución la constituye la doctrina según la cual, no hay zonas ajenas al control constitucional. Esta doctrina en realidad busca acabar con ciertas tesis y teoría que afirmaban que existían un conjunto de decisiones o actos del Estado, inmunes al control constitucional.

c) La naturaleza de la relación entre poderes

La naturaleza de las relaciones entre poderes: De la separación de funciones a la colaboración entre poderes. A menudo se olvida que el principio de separación de poderes debe ser interpretado junto con el principio de colaboración de poderes. Esto significa, que los poderes no deben estar enfrentados y confrontados permanentemente, antes bien, su funcionamiento debe estar orientado por el principio de colaboración de poderes. Los diferentes poderes “participan y colaboran” entre sí con los límites y requisitos que la Constitución y la legislación establecen.

Según Loewenstein, lo que en realidad significa la así llamada teoría de la “separación de poderes” no es más que: “[...] el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos”.¹² Sin embargo, la simple separación de poderes no es suficiente. La separación no quiere decir total

¹⁰ Sentencia del TC recaída en el exp. N° 4677-2004-AA/TC, f.j. 12.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Loewenstein, Karl: Teoría de la Constitución. 4ta reimpression. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 55.

autonomía de los poderes. Separación no significa que los tres poderes vayan a ser recíprocamente independientes. Como señala Prats: *“Los diversos poderes del Estado no solo son independientes, son también funcionalmente interdependientes (si el Judicial no funciona, el Ejecutivo podrá actuar arbitraria e impunemente, las Leyes no serán respetadas, la función legislativa se desincentivará y degradará inevitablemente)”*.¹³

En esa misma línea, López Guerra expresa, respecto de los tres poderes clásicos, que: *“[...] desde un principio se hizo evidente que no era factible una separación de tipo extremo y radical, en el sentido de que cada poder, en el ejercicio de su función, fuera completamente independiente de los demás poderes: en último término, ello significaría que cada poder sería absoluto en su área, con lo que un poder no podría ‘frenar al otro’. Por ello, los diversos sistemas constitucionales han establecido fórmulas de control y colaboración entre los diversos poderes, de manera que el grado de separación entre ellos varía notablemente”*.¹⁴

Este principio no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, pues ha sido acogido en su oportunidad por el TC cuando reconoce que: *“[...] la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes”*.¹⁵ Asimismo, autores de la talla de Rubio Correa también hablan de la colaboración recíproca que debe existir entre los poderes públicos.¹⁶

d) La doctrina del control de la discrecionalidad

En doctrina siempre se admitía que el ejercicio del poder supone en ciertos sectores y materias, el reconocimiento de determinados márgenes de discrecionalidad a la hora de tomar decisiones para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales. El problema con este tipo de decisiones era que sus autores sentían que no debían dar cuenta de las razones que sustentaban a ellas. Esto no significaba desconocer que determinadas autoridades y funcionarios necesitaban márgenes de libertad para cumplir con eficacia las funciones encargadas. El tema de fondo era si la motivación de este tipo de decisiones podía ser controlada. Por mucho tiempo este tipo de decisiones estaban al margen de cualquier control constitucional. Urgía pues hacer algo para sujetar estas decisiones a la Constitución.

Estas decisiones discrecionales recién pudieron ser controladas a partir de la sentencia recaída en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC, también conocida como Juan Carlos Callegari Herazo. Ella es importante pues brinda las herramientas teóricas no solo para realizar el control constitucional de las decisiones políticas discrecionales, sino sobre todo para sujetar y someter el ejercicio del poder a la Constitución. Lo que hace en buena cuenta esta sentencia es sostener que si bien se reconoce a determinadas autoridades y funcionarios públicos facultades de decisión discrecional, aún cuando esta tenga libertad de asumir esa decisión, ella debe ser suficientemente motivada y fundamentada, y además debe obedecer y estar orientada hacia la consecución del interés público. Señala que el núcleo de la discrecionalidad administrativa es el interés público. En ese sentido, cuando estemos ante decisiones no motivadas y adecuadamente fundamentadas, estas carecerán de

¹³ Prats i Catalá, Joan: “Por unos Parlamentos al servicio de la democracia, la eficiencia económica y la equidad social”, en *Reforma y Democracia*, revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, N° 6, 1996, p. 87.

¹⁴ López Guerra, Luis: *Introducción al Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, pág. 73.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el exp. N° 0004-2004-CC/TC, f.j. 24.

¹⁶ Rubio Correa, Marcial: *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 297.

cobertura constitucional dejando de ser actos discrecionales para convertirse en actos arbitrarios.

En relación con la discrecionalidad *“La actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales. Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo. En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento”*¹⁷.

e) El Estado de derecho y la política

Es indispensable considerar las relaciones entre Estado de derecho y la política. Al respecto es muy ilustrativa la cita siguiente de un profesor mexicano¹⁸:

“El Estado de derecho y el cambio político son, por su naturaleza, dos conceptos, si no antagónicos, sí, por lo menos, muy diferentes. El primero mira a la estabilidad institucional; el segundo, a la dinámica de la transformación de las instituciones políticas. Pero pueden conjugarse y más en un Estado, como el nuestro, que está en una continua e inacabable edificación. El Estado de derecho es un concepto muy sencillo y simple: significa que todas las instituciones del Estado, todas sus facultades y todas sus funciones están predeterminadas en su Constitución y en las leyes que de ella derivan. En un Estado así, no debería haber lugar a decisiones de funcionarios o representantes del pueblo arbitrarias o por encima de la Constitución y de las leyes, porque todos sus actos deberían tener un fundamento legal. Nada por encima del derecho”.

“El cambio político, como su nombre lo indica, es el movimiento continuo e imparable de la sociedad y sus componentes, grandes o pequeños. Nunca tiene fin. Es algo que determina también el destino del Estado de derecho, porque éste, con todo y su institucionalidad que aspira a la inmovilidad, está para servir a esa sociedad en continuo movimiento. Cuando el Estado de derecho se resiste al cambio, acaba por desaparecer, se vuelve obsoleto e infuncional y, si no es capaz de cambiar por sí solo, fuerzas externas a él lo cambian por la fuerza. Además, en la misma institucionalidad del Estado de derecho deben estar previstos los mecanismos que regulen y conduzcan a su transformación de acuerdo con las necesidades que la sociedad va imponiendo a través del cambio”.

3. La Constitución Política y el control del poder en el Estado Constitucional del Derecho

La Constitución Política es quizá uno de los principales y más logrados esfuerzos por controlar y limitar jurídicamente el ejercicio del poder político. Primero, por que como toda norma, es un intento de someter el poder a normas preestablecidas, y segundo lugar, como Constitución Política, constituye la ley más importante de todo el conjunto de normas del ordenamiento jurídico.

Como señala Manuel Aragón, hablar de Constitución tiene sentido cuando se le concibe como un instrumento de limitación y control del poder; el control es un elemento

¹⁷ Sentencia del TC recaída en el exp. N° 0090-2004-AA/TC, f.j. 8.

¹⁸ Córdova, Arnaldo “Estado de Derecho y Cambio Político”. México, 08/06/2007. [//www.iis.unam.mx/biblioteca/pdf](http://www.iis.unam.mx/biblioteca/pdf)

inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se "realice", como señala este autor, la Constitución es norma y no mero programa puramente retórico¹⁹. La importancia entonces de la Constitución radica en que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa. Una constitución es un texto jurídico que organiza la estructura y funcionamiento del Estado, prescribiendo reglas de encuadramiento del proceso del poder político²⁰, es decir, cómo se obtiene, se ejerce, se distribuye y se controla el poder. La Constitución no contiene otra cosa que las normas fundamentales que institucionalizan el ejercicio del poder político. Con el transcurso del tiempo se fue reconociendo que la mejor manera de impedir la arbitrariedad era haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas -"La Constitución"- destinadas a limitar el ejercicio del poder político.

No en vano se ha dicho pues, que la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad existente²¹. Allí donde el poder está distribuido - teoría de la separación de poderes por ejemplo -, el dominio está limitado y esta limitación trae consigo restricción y control. Como sostiene Loewenstein, en un sentido ontológico, se deberá considerar como el *telos* de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político²². En primer lugar, desde el momento en que la Constitución diseña la estructura del Estado y reparte las distintas competencias y facultades acaba con la arbitrariedad pues establece facultades pero a la vez límites, que a su vez entrañan ya un primer control. En segundo lugar, la Constitución constituye el punto de partida o si se quiere el marco a partir del cual se pueden desarrollar otros controles más específicos, al interior de la estructura del Estado. En sí mismo, la constitución entre otras cosas es el lugar donde se establecen los distintos órganos con sus respectivas competencias y facultades que en conjunto constituyen y vertebran el Estado.

4. ¿Para qué sirve la justicia constitucional al proceso de descentralización?

4.1 Para acciones muy importantes

Entre estas para que los ciudadanos exijan mayor transparencia en el proceso de descentralización (habeas data), para solucionar los conflictos entre poderes del Estado y los diversos ámbitos gubernamentales (proceso de conflictos de competencias), para hacer cumplir la ley y los reglamentos (proceso de cumplimiento), para derogar normas con rango de ley y normas y reglamentos que se opongan a la constitución (procesos de inconstitucionalidad y acción popular), para que se proteja los derechos ante los excesos y abusos de poder (acciones ante el Tribunal Constitucional). Ver el Anexo No 2.

4.2 Para desarrollar el concepto de Estado descentralizado

Bien encaminada la actuación de los Tribunales Constitucionales u organismos encargados del control constitucional, contribuyen al desarrollo de los conceptos y por

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Hauriou, André. "Derecho Constitucional e instituciones políticas". Traducida por A. González Casanova, Editorial Ariel, 1971, pág. 26.

²¹ *Ibidem*, pág. 150.

²² *Ibidem*.

tanto al fortalecimiento del Estado de derecho. Un ejemplo de esto es lo que viene ocurriendo en el Perú. Al respecto Juan Carlos Ruiz relata que el TC Peruano ha emitido sentencias de mucha importancia, en particular aquellas que han precisado y desarrollado:

- El principio de lealtad regional
- La necesidad de establecer con claridad las competencias regionales y municipales
- La flexibilidad del principio de taxatividad de competencias (es decir limitando, circunscribiendo, reduciendo las competencias en determinados casos)
- El desplazamiento del principio de jerarquía por el principio de competencia
- Colaboración leal de los gobiernos regionales
- La unidad estatal como fundamento de la Estructura del Estado
- La función del principio de Estado Unitario
- El carácter progresivo de la descentralización
- La naturaleza y finalidad de la descentralización
- Las virtudes del proceso de descentralización
- El principio de subsidiariedad y la proporcionalidad en la determinación de esta
- La relación entre subsidiariedad y unidad
- La autonomía y competencias

5. Responsabilidades sobre el Estado Constitucional de Derecho

El Estado Constitucional está pensado como una herramienta para controlar el ejercicio del poder, para proteger los derechos de las personas. Las autoridades en todo ámbito nivel del Estado, es decir, quienes ejercen la representación de los ciudadanos, están obligados a respetar el Estado de derecho. Si no lo hacen, estas pueden ser denunciadas y sancionadas. Pero los ciudadanos tienen también una cuota de responsabilidad en mantener y consolidar el Estado de derecho. Esa responsabilidad se relaciona con los deberes de cumplimiento de la Constitución, de respeto de los derechos fundamentales, el derecho fundamental de la participación política, el deber de contribuir y el principio de solidaridad tributaria.

III. Los marcos constitucionales sobre la descentralización en los países andinos

En este capítulo y el siguiente seguiremos básicamente los aportes de las ponencias de los expertos nacionales de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. En puntos específicos acudiremos a otras fuentes. En este punto III trataremos de construir los marcos constitucionales que en cada país constituyen el sustento programático y normativo de mayor nivel para impulsar esta reforma política en cada país.

1. El concepto y los procesos

Aspectos conceptuales²³

El fin de la descentralización como reforma de Estado es fortalecer la democracia, mejorar la calidad de vida de la población y ampliar el desarrollo económico, para lo cual la autonomía es clave. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la autonomía es un concepto de subordinación porque en caso contrario estaría constituyendo nuevas soberanías que pueden devenir en el separatismo. Por eso la descentralización y la autonomía son de integración y no de división o fragmentación. La autonomía es un concepto de subordinación. En el Ecuador, por ejemplo, habría dos visiones de autonomía: la de los pueblos indígenas que se relaciona con la diversidad, y la de las regiones ricas para las cuales la autonomía representa la privatización, el autogobierno y la administración de los recursos propios, que no son otra cosa que los recursos naturales.

La descentralización no debe ser pensada exclusivamente como un proceso de fortalecimiento unidireccional de la autonomía local, desde el ejecutivo nacional; se trata de algo mucho más complejo y más importante que ello: Diseñar un nuevo Estado (descentralizado). Se trata de diseñar un estado- ni pequeño ni grande- donde haya equilibrio de poderes (centralidad) en el conjunto de tres órdenes:

- La *descentralización horizontal* que busca los contrapesos entre las funciones clásicas del Estado moderno: Ejecutivo, legislativo, judicial.
- La *descentralización vertical* que persigue los equilibrios entre los niveles que se despliega el estado: internacional, nacional, regional y local.
- La *descentralización territorial* que pretende la democracia territorial, por ejemplo, entre las ciudades grandes y las pequeñas, entre las regiones ricas y las pobres.

No se trata de transferir el poder (la centralidad) al mercado, porque eso no es descentralización sino privatización; tampoco fragmentar el poder con el afán de que el mercado deje de ser regulado; y mucho menos de localizar el poder en ciertas regiones ricas que siempre han detentado el poder político y económico. Nada de esto.

En realidad, no existe un solo proyecto y por tanto no existe un modelo único de descentralización. Es decir, no existen singulares sino plurales: en el Ecuador, existen proyectos de descentralización y autonomía. Lo que tenemos que tener claro es que cada mundo es diferente y las respuestas están adentro no afuera.

²³Carrión M., Fernando. "El Estado de Derecho en el marco de la descentralización en el Ecuador". Ponencia presentada en el Dialogo Regional.

Mientras más autónomo y descentralizado sea un Estado, más sólido y fuerte éste debe ser el centro. Caso contrario tendremos una realidad absolutamente centrífuga, compuesta por una constelación de espacios dispersos cada uno moviéndose con su propia lógica. La necesidad de un centro fuerte (lo cual no significa un centro grande) es de enorme importancia para contar con un filtro y un colchón que pueda soportar el peso de la globalización.

En un proceso de reforma del Estado, como es la descentralización, es conveniente pensar globalmente en su estructura y no sólo en uno u otro de los órganos subnacionales. Creer que la diferencia entre la descentralización provincial y la municipal es sólo de profundidad en el proceso es equivocado. Se cree más radical la visión de origen municipal, e incluso se la justifica, por cuanto, al ser más próxima a la sociedad civil, se la considera más democrática, menos corrupta y más eficiente. Pero la fragmentación territorial no significa necesariamente más democracia. El municipio no debe ser el único órgano de la descentralización, porque uniformiza, polariza y atrofia la sociedad y el Estado.

Debe tenerse mucho cuidado con el mal uso o el abuso de las autonomías subnacionales. Al respecto, la Defensoría del Pueblo del Perú, el año 2006 encontró que los gobiernos locales estaba incurriendo en serios problemas que significan un mal uso y a veces un abuso de la autonomía municipal incurriendo en problemas como: Procedimientos administrativos y tasas incorporados al TUPA sin cumplir con la exigencia legal de aprobación mediante ordenanzas municipales; falta de ratificación, por parte de las municipalidades provinciales, de las ordenanzas municipales distritales que aprueban tasas administrativas; cobro de tasas ilegales, debido a que no están incorporadas en el TUPA, cobro de tasas sin fundamento legal o contrarias al principio de legalidad tributaria, cobro de tasas por cada componente o etapa de los procedimientos administrativos de autorización, monto de tasas que no responden al costo del servicio efectivamente prestado; exigencias de requisitos ilegales al interior de los procedimientos administrativos, tercerización de funciones tributarias como la de sanción y cobranza coactiva, incumplimiento de plazos legales, todos los cuales configuran verdaderas amenazas contrarias a la descentralización. Ver Anexo No 3.

Una visión general sobre los procesos²⁴

Prácticamente desde la década de los 80 del siglo anterior, se dio inicio a interesantes procesos de descentralización en los países andinos. Estos procesos si bien muestran algunas similitudes, son bastante heterogéneos como reflejo de la diversidad económica, política, histórica, social y cultural de nuestros pueblos. Se puede generalizar que los caminos de la descentralización han tenido y seguirán teniendo una serie de trabas en su realización, mientras no ocurran reformas integrales del Estado y no se produzcan cambios significativos del modelo económico neoliberal impérate hacia formas de crecimiento con equidad, inclusión, redistribución justa, y una efectiva lucha contra la pobreza y la generación de oportunidades para las mayorías.

Estas limitaciones estructurales explican en buena medida el hecho de que, sin negar, la trascendencia de los avances logrados en los procesos de descentralización en estos países, ellos no muestren una ruta de continuidad y de profundización definida. Aun

²⁴ Herz Saenz, Carlos "Descentralización: ¿Desafío pendiente en la región andina?". En "Procesos de Descentralización en la Región Andina: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú". INWENT/ Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo. Perú, Julio 2008.

cuando la descentralización como reforma sigue siendo parte del discurso y de la preocupación de sectores influyentes en la economía, la política y la sociedad, los hechos evidencian una diversidad de carencias relacionadas con la fragilidad en la voluntad descentralista, el desarrollo de capacidades y asistencia técnica, la promoción del desarrollo económico, cambios en las relaciones de poder, articular y armonizar la democracia con la eficiencia.

Entre los problemas que afectan el curso y el ritmo de los procesos de descentralización, destacan: los gobiernos nacionales o centrales siguen concentrando el mayor poder en las decisiones, ausencia de planes de desarrollo de capacidades y asistencia técnica eficaces, áreas de indefinición en la asignación de competencias entre los diversos ámbitos del sistema gubernamental, falta de capitalización de distintos mecanismos y espacios de participación ciudadana e institucional en la gestión pública, ausencia de planes efectivos de ordenamiento territorial, y también, limitada agenda descentralista en los movimientos políticos y sociales.

Estos problemas tienen que ver en mucho con que no se respeta el marco constitucional ni la legislación complementaria.

La descentralización en curso en la Región Andina trata dar respuesta a las exigencias históricas de nuestros pueblos y elites económicas y políticas de mayores espacios de poder, mejores condiciones de vida, más participación en la toma de decisiones, mayor autonomía y, en general a la demanda para alcanzar una serie de derechos fundamentales ahora restringidos debido al excesivo centralismo y por el modelo económico vigente. Pero los avances en esta reforma, están aún muy lejos de lo que nuestros países realmente necesitan.

2. Los marcos constitucionales para la descentralización en la región Andina

2.1 Bolivia

La constitución Boliviana aprobada el 2009 respecto al Estado indica lo siguiente: *“Artículo 1º. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de derecho Plurinacional, comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.*

2.2 Colombia²⁵

La Constitución de 1991, resultado de un proceso de concertación y representación de los actores políticos más destacados del país, norma que: *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, representativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés en general” (Art. 1º).*

²⁵ Freyre Sánchez, Julio César. “El Estado de derecho en el marco de la descentralización en Colombia”. Ponencia presentada en el Dialogo Regional.

Desde que está vigente esta Constitución, se han introducido 27 reformas constitucionales que han incidido en diversos aspectos sobre el Estado de derecho y la descentralización.

En el proceso de descentralización en curso, las cuestiones más relevantes se relacionan con los roles de cada ámbito del sistema de gobierno y los recursos correspondientes, el ordenamiento territorial y su relación con las competencias y funciones de los ámbitos de gobierno, capacidades de los entes territoriales, y los procesos de integración de las entidades públicas. A estas dos cuestiones se suma la iniciativa del Gobierno Nacional de presentar un proyecto de reforma tributaria territorial que dotará de mayores instrumentos a los departamentos y municipios para la gestión de los recursos propios, y la puesta en discusión de la posibilidad de reelecciones indefinidas de Alcaldes y Gobernadores como medio que permita asegurar la continuidad de los procesos de planeación de largo plazo.

La conducción nacional de la descentralización en una primera etapa fue concebida como la organización del territorio y la asignación de funciones de cada ámbito de gobierno, a través de los procesos de planeación del desarrollo a cargo del Departamento Nacional de Planeación, que no contó con una adecuada categorización apropiada a las particularidades de cada población y a las dinámicas económicas de las regiones, capacidades de desarrollo y las posibilidades de gestión de las administraciones. Este proceso generó una disparidad en el desarrollo de los municipios, con crecimiento del endeudamiento municipal, afectando la estabilidad macroeconómica y la intervención por el Gobierno Nacional. Esto condicionó una segunda etapa en la conducción del proceso con una visión fiscal, orientada a la estabilidad del país, y liderada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. A continuación, concluido el proceso de ajuste fiscal con superación del déficit de los municipios y departamentos, se ha pasado a una tercera etapa de la descentralización, consistente en el establecimiento de sistemas de monitoreo permanente a las inversiones de los recursos del Sistema General de Participaciones y la asignación de recursos por criterios de oferta y demanda, la estimulación de la eficiencia fiscal que distribuye el crecimiento promedio de los ingresos tributarios per cápita. En esta etapa se busca medir las eficiencias sectoriales, sobre la base de la capacitación, asistencia técnica y modernización de los esquemas de funcionamiento.

2.3 Ecuador

En Ecuador, sostiene Fernando Carrión, un punto de partida fundamental es reconocer que no hay un solo proyecto de descentralización, sino varios que están en debate y en tensión permanente. Si uno tiene hegemonía en una coyuntura, no quiere decir que no hayan otros que estén subsumidos o en conflicto; porque tras de cada proyecto hay actores que tienen intereses explícitos, los cuales definen dos caminos principales para su constitución: el primero, nacido desde las regiones o territorios y el segundo, desde el sector público sea nacional, provincial o local. Desde las regiones se tienen dos demandas de descentralización, según la condición social y económica de las mismas: esto es, desde las regiones ricas o desde las pobres.

Desde las regiones ricas existen las demandas –principalmente- de Guayaquil, que reivindica la descentralización como mecanismo para integrarse hacia ámbitos supranacionales, como la cuenca del Pacífico. Para esta región rica, la capital de la República y el propio Estado son un freno para el desarrollo, en tanto les impide integrarse a mercados más grandes, modernos y dinámicos. De allí que la propuesta se inscriba en el postulado de la *privatización* (descentramiento) frente al Estado, que no es

otra cosa que el traslado de la centralidad estatal hacia el mercado, y la *autonomía* en relación a la capital, como expresión de la necesidad de acumulación local. Es una demanda que debe ser procesada, porque cuando el Estado frena el desarrollo de la región también se frena así mismo. Por eso hay que encontrar una fórmula que permita, a través de una política de descentralización, que Guayaquil se convierta en un motor solidario que arrastre las regiones pobres²⁶. La solidaridad inter regional no debe entenderse solo desde la redistribución de recursos económicos, de las más ricas a las pobres, sino también de los enlaces interregionales, productivos y comerciales.

La segunda, proviene de la demanda de las regiones pobres como son las circunscripciones territoriales indígenas (las más pobres entre las pobres). Estas demandas, a diferencia de las anteriores, reivindican una descentralización contraria: mientras las regiones ricas demandan la ausencia del Estado (privatización y autonomías) las regiones pobres exigen la presencia del Estado. La demanda por presencia del Estado se concreta, por ejemplo, en la mayor representación política, la inversión pública o el incremento del número de municipios, que lleva a un proceso de *minifundización municipal*²⁷. Por esta vía se consigue la presencia estatal y la elección de autoridades locales, pero sin un aparato institucional capaz de enfrentar los problemas de la sociedad local (escala, tradición, etc.), con lo cual la descentralización y las instituciones se deslegitima y las autoridades recurren al clientelismo y al caudillismo.

Desde el sector público tenemos: la primera -hegemónica- que se inscribe en la lógica del ajuste estructural, la apertura, la modernización y el fortalecimiento del presidencialismo como mecanismo para mejorar la llamada gobernabilidad. Los pilares de la propuesta se asientan en la privatización y en la descentralización fiscal, con lo cual se busca equilibrar el presupuesto del Estado nacional. Con la privatización del Estado se pretende introducir la noción de eficiencia en la gestión pública, que no es otra cosa que la eliminación de los subsidios, mediante la transferencia de las competencias hacia el mercado (descentramiento), con lo cual el Estado se desentiende de ciertas obligaciones económicas e impulsa políticas de desregularización con la finalidad de atraer la inversión extranjera.

La descentralización fiscal, en última instancia, busca que los gobiernos subnacionales financien sus competencias mediante la mejora de la recaudación propia, para que no recurran a los recursos de transferencia. Las figuras predominantes son el combate a la llamada "pereza fiscal", la transferencia de recursos nacionales pre-asignados y la restricción del gasto corriente. La otra propuesta viene de la necesidad política de buscar mayor legitimidad a lo largo de los territorios nacionales, así como mayor eficiencia-eficacia en las políticas públicas, con la finalidad de difundir la democracia y procurar el desarrollo. Es una propuesta política y económica que pretende re-estructurar la relación

²⁶ Las regiones pobres solicitan la presencia del Estado desde una condición centrípeta y las ricas desde una noción centrífuga. El discurso de las regiones ricas toma fuerza en el contexto de globalización, porque sus dinámicas obedecen a los bloques comerciales regionales que tienen mayor fuerza frente a los estados nacionales y sus mercados internos. El problema real es cómo lograr que estas regiones -que de facto ya están integradas en los mercados regionales- logren articularse a los estados nacionales y a las economías emergentes para obtener beneficios. El reto estriba, entonces, en cómo diseñar un marco institucional que permita que las regiones ricas pueden convertirse en una especie de locomotoras que arrastren tras de sí a las regiones pobres.

²⁷ La minifundización es una estrategia de fraccionamiento con la cual se reclaman nuevas formas de representación, mayor oferta de empleo estatal y más recursos económicos.

sociedad-Estado, mediante la distribución del poder desde una perspectiva descentralizada. En términos políticos, esta propuesta busca una reforma del Estado para que la descentralización procese el conflicto y legitime a las instituciones públicas. Si bien estos procesos de descentralización tuvieron inicialmente resultados interesantes, con el paso del tiempo se llegó a un círculo vicioso: las autoridades subnacionales terminaron por deslegitimarse debido a la baja capacidad institucional en términos de competencias y recursos económicos para llevarlas a cabo.

Las reivindicaciones desde las regiones, la una negando y la otra reclamando Estado, evidencian que existen propuestas diferentes según el lugar donde se demande. Pero también depende del proyecto que se impulse desde el centro, sea el que busca una descentralización del conflicto, una mayor legitimidad del Estado o solventar el déficit del presupuesto del Estado.

Esto significa que hay varios proyectos de descentralización y no uno; por eso hay que preguntar cuál proyecto está en juego, cuál es el hegemónico y qué actores lo encarnan. Estas preguntas son pertinentes porque la descentralización no es un tema técnico sino fundamentalmente político, porque redistribuye el poder, es decir, la centralidad. Por eso, en cada coyuntura se define el proyecto en función de los cambios en la correlación de fuerzas, que hace que el proyecto se acelere, detenga, retroceda o cambie. Este hecho reafirma el carácter político de la descentralización.

Conducción del proceso

En las Constituciones de 1998 y 2008 existe una presencia importante de la temática de la descentralización y las autonomías. En los dos casos tenemos artículos dispersos a lo largo de la Carta Magna y también una sección explícita que se refiere al tema. Sin embargo, en las dos opciones se encuentran claramente delineadas dos posiciones distintas.

En la Constitución de 1998 se hace énfasis en una trilogía explícita: desde el ejecutivo nacional, de los servicios públicos y hacia los municipios²⁸; para ello se definió: a) la creación de un estado pluricultural de administración descentralizada²⁹; b) una transferencia de recursos compuesto por un fondo de redistribución del 15% de los ingresos del Estados más unos ingresos discrecionales del 18%, que condujeron a una distribución regresiva en términos territoriales; c) un mecanismo de transferencia de competencias que no permitió que se lleve a la práctica (a la carta); d) una propuesta que eliminó la planificación y la representación parlamentaria a escala nacional; y e) el reconocimiento del derecho consuetudinario y de las circunscripciones territoriales indígenas; entre otros.

La Constitución ecuatoriana aprobada el 2008, indica: *“Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”*.

²⁸ El Título XI trata ampliamente sobre la organización territorial y descentralización y su Artículo 225 concretamente dice: “El Estado impulsará mediante la descentralización y la desconcentración, el desarrollo armónico del país, el fortalecimiento de la participación ciudadana”.

²⁹ Art. 1. “El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su Gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada”.

La Constitución del año 2008 no solo que profundiza la propuesta sino que produce un cambio de óptica, cuestión que es posible debido a la presencia vigorosa de un nuevo actor como es el ejecutivo nacional y de un nuevo escenario como la Asamblea Constituyente. Estas dos condiciones permiten diseñar una propuesta nacional y no local o sectorial. De allí que se caracterice por: a) Definición del Estado plurinacional; b) restitución de la planificación desde la óptica de un sistema descentralizado; c) diseño de mecanismos de redistribución de recursos; d) propuesta de competencias que privilegia lo exclusivo por niveles; d) creación de regiones como un nuevo nivel subnacional, que debe convertirse en la instancia de intermediación del gobierno; y e) una descentralización del ejecutivo y del parlamento; entre otras.

El sistema competencial está diseñado sobre la base de competencias exclusivas por cada uno de los cinco niveles existentes. Sin embargo, queda claro que la función de las competencias nacionales son prioritariamente de diseño de políticas nacionales y los niveles subnacionales de gobierno; lo cual conduce a competencias concurrentes. Un elemento que puede complicar la aplicación de las competencias es el de la existencia de muchos niveles de gobierno. Se supone que lo óptimo son tres: nacional, intermedio y local; pero en la Constitución se tiene cinco, a los cuales habría que añadirle tres más: los distritos metropolitanos, Galápagos y las circunscripciones territoriales indígenas. Los distritos metropolitanos tendrán todas las competencias de los niveles regionales y municipales.

El año 2006, el triunfo político de Rafael Correa gana las elecciones nacionales, lo que facilitó que la descentralización y las autonomías se reposicionan, configurándose un nuevo escenario: la Asamblea Constituyente, el Gobierno como actor efectivo y un nuevo instrumento (la Constitución) y una visión democrática de la descentralización.

Desde este momento se entra en una coyuntura distinta caracterizada -entre otros elementos- por la presencia de una situación hasta ahora inexistente en el proceso: presencia de un actor significativo como es el gobierno nacional, la existencia de un ámbito proclive para la definición de un acuerdo nacional como es la Asamblea Nacional Constituyente y un producto explícito que le dé forma, la Constitución. En otras palabras, se abrió la posibilidad de pensar la totalidad de la relación local/nacional y no solo una de las partes³⁰.

De allí que una virtud de esta coyuntura haya sido el cambio de óptica: por primera vez hay la posibilidad de pensar en un modelo de Estado y no sólo el fortalecimiento de una de sus partes -por más importantes que sean- para satisfacer los intereses particulares de determinados territorios (locales, regionales) o de ciertos segmentos del Estado nacional (parroquias: CONEJUPARE, cantones: AME o provincias: CONCOPE).

Pero también ésta nueva condición da lugar a la posibilidad de pensar en una nueva estructuración del territorio que no esté fundada en la división *ad infinitum* del espacio, como ha ocurrido hasta la fecha³¹; sino -por el contrario- desde su antítesis: la unión, que

³⁰ ¿Quién piensa en el centro? En el Ecuador pensar el centro es considerado centralista y, sin embargo, es imprescindible hacerlo.

³¹ En 1981, el Ecuador tenía 227 parroquias urbanas y 720 rurales; un cuarto de siglo después son 395 las parroquias urbanas y 779 las rurales. En este caso se perciben dos fenómenos importantes: un proceso acelerado de urbanización de las parroquias rurales y un crecimiento moderado del número de parroquias rurales. En el año 1979, el Ecuador tenía 114 municipios y hoy 221 municipios; la mitad de los cuales son jóvenes porque tienen menos de 25 años, es decir, no tienen un desarrollo institucional relativamente fuerte y tampoco tienen sociedades locales. Y la mayoría son pequeños (78%) y, por lo

permite contar con una escala mayor, mejor representación y autonomía eficaz: la constitución de un gobierno intermedio de base regional que le de consistencia al Estado nacional. Esto es, rearmar el territorio nacional desde unidades superiores a las existentes para que el Estado en su conjunto pueda asumir la forma autonómica

Con la elección de las nuevas autoridades nacionales –básicamente del Presidente de la República– se plantea un proyecto nacional de descentralización donde las regiones se conviertan en el elemento central de la reconfiguración del Estado en el territorio.

Es importante considerar el ámbito de las relaciones que configuran la centralidad y por tanto, su reversión. En este sentido, hoy es impensable un proceso de descentralización si sólo se considera lo local sin lo nacional; así como es imprescindible un cambio de eje con la incorporación de las relaciones internacionales, porque se ha producido un movimiento de la centralidad; es decir, de la relación de poder a nivel mundial.

2.4 Perú

La confrontación entre centralismo y descentralización en el Perú, tiene una larga historia. El séptimo intento frustrado ocurrió a las finales de la década de los 80 e inicios de la 90, al desactivar Fujimori los gobiernos regionales y debilitar enormemente el sistema municipal, recentralizando competencias y funciones en el Ministerio de la Presidencia. Este fue un factor clave en el hipercentralismo y el régimen autoritario que estuvo vigente hasta el año 2000.

La Constitución Política de 1993, aprobada mediante polémico Referéndum Nacional, sanciona jurídicamente un nuevo proceso de descentralización en el Perú. Al respecto, la octava Disposición Final y Transitoria normaba que *“Tienen prioridad: las normas de descentralización y, entre ellas, las que permitan tener nuevas autoridades elegidas a más tardar en 1995”*. Pero, no obstante esta disposición, las referidas normas fueron dictadas recién en el año 1998 y hasta el año 2000 no se efectuaron las elecciones de autoridades regionales.

Al respecto, la Ley Marco de Descentralización de la época, denominada de departamentalización, creaba un Consejo Transitorio de Administración Regional (CTAR), en cada uno de los departamentos del país, como organismos público descentralizado del Ministerio de la Presidencia que estaría vigente hasta la constitución de las regiones. No se dio pues inicio a un proceso de regionalización, sino se restableció la organización territorial departamental del país, instancias sometidas al Ministerio de la Presidencia.

En el Periodo 1992-2000, especialmente después del Golpe de Estado del 5 de abril de 1992, se produjeron continuos conflictos de competencias, especialmente entre el Gobierno Metropolitano de Lima y el Gobierno Nacional. Este abusó de su poder para invadir o debilitar las funciones municipales, violando frecuentemente el Estado de derecho.

Con el derrumbe de la dictadura de Fujimori, se inicia una nueva etapa política en el país, en la que se forjó un gran consenso político y social favorable a la descentralización. En

tanto, ilegales, porque la Ley de Régimen Municipal establece el requisito mínimo de 50.000 habitantes. En 1981 el Ecuador tenía 20 provincias y hoy, 25 años después son 24.

este contexto, se retoma el proceso de descentralización en curso en el Perú, el octavo intento, que fijó el marco constitucional siguiente³²:

“La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales. Los Poderes del estado y los Organismos Autónomos, así como el Presupuesto de la República se descentralizan de acuerdo a ley” (Artículo 188º).

“El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación. El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y los departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados” (Artículo 190).

Las características esenciales de la citada reforma constitucional son las siguientes:

- La descentralización es definida como una forma de organización democrática y como una política permanente de Estado.
- Se plantea una organización estatal regional y no federal.
- Se reconoce un proceso de descentralización basado en regiones y en gobiernos locales, ambos equivalentes, sin subordinar a estos últimos.
- Se constituye un sólido nivel de gobierno intermedio regional: elección directa de autoridades, propias e importantes materias de competencia, potestad normativa y formas de democracia directa. Se deroga la configuración del nivel intermedio del texto original de la Carta Política de 1993 que reconocía un nivel regional muy débil.
- Se reconoce autonomía financiera a gobiernos regionales y locales. Sin embargo, el reconocimiento de la autonomía política es más amplio y el de autonomía financiera más limitado.
- La gradualidad es un elemento esencial de la propuesta: el proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencias. Los gobiernos regionales y locales aumentarían sus niveles de autonomía en tanto se cumplan las etapas del proceso de descentralización.
- El proceso de regionalización se inicia en los actuales departamentos, debiendo considerarse un conjunto de incentivos para constituir regiones que trasciendan la circunscripción departamental. Esta fue una característica determinada por el plazo perentorio establecido para las elecciones regionales en noviembre del año 2002 que impedía hacer las consultas previamente a esa fecha.
- Las poblaciones de los departamentos decidirían en consultas populares su integración con otros departamentos en regiones. En la anterior experiencia peruana de descentralización, las propuestas se decidieron en el Ejecutivo nacional sin participación ciudadana.

³² Ley de Reforma Constitucional del Capítulo XIV del Título IV, sobre Descentralización- Ley No 27680, del 06/03/2002

- Se reconoce la necesidad de una sustentación técnica para la transferencia de las materias de competencia, las funciones y los recursos hacia los gobiernos regionales y locales. Esta disposición constitucional ha permitido la implementación de un sistema de acreditación de gobiernos regionales y locales para la transferencia de funciones.
- El Presidente del Gobierno Regional y los Consejeros Regionales se eligen directamente. En la experiencia anterior de descentralización en los años ochenta e inicios de los noventa del siglo XX, la forma de gobierno era de asamblea y sólo el 40% de los miembros de la asamblea regional eran elegidos directamente.

La implementación concreta del actual proceso de descentralización política ha puesto énfasis en el nivel intermedio de gobierno y ha relegado el nivel local; con la aceleración de la transferencia de las competencias sectoriales, se ha afectado el principio de gradualidad; el proceso de integración regional se ha debilitado luego de los resultados negativos de las consultas populares del año 2005; y el sistema de acreditación de Gobiernos Regionales y Locales no logró sus objetivos.

Para operativizar la descentralización se aprueba luego el desarrollo de estos marcos constitucionales, promulgándose la Ley de bases de Descentralización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley Orgánica de Municipalidades y otras.

Dirección del proceso en el Perú

Conforme a la Ley de Bases de la Descentralización (LBD), la dirección del proceso fue asignada al Consejo Nacional de Descentralización (CND), el que debía conducir, ejecutar, monitorear y evaluar la transferencia de competencias y recursos a los gobiernos subnacionales; capacitar y preparar en gestión y gerencia pública a nivel regional y municipal; coordinar los planes de desarrollo; coordinar y articular política y planes de gestión descentralizada; brindar asistencia técnica y financiera; desarrollar y conducir un sistema de información para el proceso descentralizador; y promover la integración regional y su fortalecimiento. El Consejo Directivo del CND estuvo integrado por dos representantes del Gobierno Nacional, dos de los Gobiernos Regionales y dos de los Gobiernos Locales, bajo la responsabilidad de un Presidente con rango de Ministro.

Lamentablemente, mediante Decreto Supremo No 007-2007-PCM, se desactivó el CND, bajo la modalidad de fusión por absorción con la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM). Esta dio origen a una Secretaría de Descentralización para operativizar la conducción del proceso. Esta medida fue fuertemente cuestionada por sectores del Congreso de la República y casi por la generalidad de actores de la sociedad civil involucradas con la reforma descentralista, como una medida de recentralización política de la descentralización, al eliminarse un espacio de participación de los gobiernos regionales y locales.

El cuestionamiento a la desactivación del CND, dio paso a un acuerdo en el CRP para crear el Consejo de Coordinación Intergubernamental (CCI), como organismo encargado del seguimiento y fortalecimiento del proceso, adoptado por decisiones por consenso. El CCI, conforme a su reglamento interno aprobado pero aun no oficializado, define una Asamblea con la presencia de los Ministros de Estado, los 25 Presidentes Regionales y 25 alcaldes, bajo la presidencia del Presidente del Consejo de Ministros. Además contará con un comité coordinado, integrado por representantes de los ámbitos nacional, regional y local del sistema gubernamental.

Resumiendo, se puede afirmar que en los cuatro países existe una larga trayectoria de lucha contra el centralismo, se han dotado de marcos constitucionales y de legislación complementaria, no siempre respetados, y siguen procesos bastante heterogéneos.

IV. El Estado de derecho y la descentralización en los países andinos, en tres componentes clave:

1. La Transferencia de competencias y funciones

1.1 Bolivia

1.2 Colombia

La Constitución de 1991 fue concebida como municipalista, pues asignaba a las municipalidades la prestación de los servicios públicos, la promoción de la participación comunitaria y el mejoramiento del nivel social y cultural de sus habitantes. En base a ello le son asignadas competencias en Educación, Salud, Agua Potable y en otros diecisiete sectores.

En términos reales la transferencia de funciones se ha visto limitada a los departamentos y a los municipios de más de 10,000 habitantes, excluyéndose a los otros. En Salud, se ha definido un esquema de competencias y funciones compartidas entre los niveles nacional, departamentos y municipios, correspondiendo a estos, la elección de los aseguradores de los habilitados por el nivel central para operar en su jurisdicción. En agua potable y saneamiento básico, se ha creado el 2007 un sistema concurrente de prestación de servicios con la obligación de los municipios de certificarse para asumir las funciones que le corresponde y si no logran hacerlo la prestación de servicios corresponderá a los departamentos.

Se puede afirmar entonces que la transferencia de funciones en educación, salud y en agua potable y saneamiento no se está dando conforme se había previsto, manteniéndose un fuerte carácter centralista en las políticas y la prestación de los servicios.

Para resolver los conflictos de competencias entre ámbitos de gobierno, la Constitución de 1991, creó la jurisdicción constitucional la que se encarga de la custodia de la integridad y la supremacía de la Constitución en el desarrollo e interpretación coherente y armónico. Es decir, la Corte Constitucional es la responsable de que los preceptos de la carta magna sean interpretados como parte de un todo sistémico y no de manera aislada. En tal sentido, la Corte Constitucional es la institución que viene liderando el desarrollo de muchos preceptos de la Constitución y resolviéndolos conflictos que se presentan entre los ámbitos nacional, departamental y municipal, particularmente sobre el ordenamiento territorial y de las decisiones de control fiscal o de destino de los recursos municipales.

1.3 Ecuador³³

³³ Fernando Carrión sostiene que no se trata de la propuesta tan manida de la “devolución” de competencias, porque eso supondría no modificar el Estado y si regresar a una situación ex ante de la centralización. Las competencias deben ser vistas en el contexto general del Estado, porque son —en última instancia— las que definen quién hace qué; es decir, la estructura del Estado.

Del concepto de “transferencia a la carta” de la Constitución -mediante convenios- se pasa a un sistema de competencias de transferencia directa y progresiva, sea por incremento de las demandas en ese ámbito, por la solicitud de los gobiernos locales o por los traspasos de los órganos centrales. Sin embargo, esta transferencia no tiene sentido si el órgano correspondiente carece de la capacidad de asumirla y, sobre todo, porque los municipios pueden hacer lo que crean conveniente, sin estar obligados a realizar nada.

La existencia de competencias concurrentes o compartidas es necesaria en la medida en que permita la transterritorialidad de las decisiones, que la población tenga interlocutores y que abra la participación a distintos niveles, sin la pérdida del referente nacional. Se requiere que las competencias exclusivas y concurrentes estén claramente definidas y que las autonomías no se confundan con autarquías.

Se deben fortalecer las competencias en los ámbitos autonómicos, de manera directa en aquellos gobiernos que tengan capacidad para hacerlo, y progresiva en los restantes. El orden intermedio no sólo debe ser un escalón dentro de la concepción vigente de los vasos comunicantes entre lo local y lo nacional, sino también fortalecer con vistas a constituir un real gobierno intermedio y no de transición. El estímulo financiero puede ser una alternativa interesante para incentivar la mancomunidad y la coordinación de poderes locales.

1.4 Perú³⁴

El proceso de transferencia de competencias y funciones ha tenido como marco técnico legal específico un sistema de acreditación de gobiernos regionales y locales. La finalidad de este era la de contribuir a mejorar la calidad de los servicios que el Estado presta a la población, fijando estándares de calidad en la gestión de los servicios del Estado, así como estableciendo un sistema de información público. Este sistema debería permitir la medición objetiva y técnica de las capacidades de los gobiernos regionales y locales para gestionar y ejecutar las competencias materia de transferencia, sin perjudicar los estándares de calidad previamente definidos. Un componente fundamental del sistema es el fortalecimiento de la capacidad de gestión pública, sobre la base del mejoramiento de las capacidades requeridas por las transferencias, así como para gestionarlas.

Pero como ocurre con frecuencia una es la finalidad y otra muy distinta la práctica concreta. Por ejemplo, previa a la certificación de los gobiernos subnacionales, debía de realizarse una etapa de capacitación y asistencia técnica, pero ocurrió al revés, como parte de los Planes Anuales de Transferencia. En el periodo 2007-2008 se produce una aceleración de las transferencias, sin garantía alguna de una previa y sólida acción de fortalecimiento institucional de los gobiernos regionales y locales.

Resumiendo, los principales problemas que presenta el Sistema de Acreditación, son: Los requisitos establecidos son puramente formales y no sustentan la capacidad de gestión; el sistema no está acompañado de un sistema de información, seguimiento y monitoreo; la capacitación y asistencia técnica previstas como componente sustantivo, no se realizó; en muchos casos no se transfirieron los recursos complementarios a la transferencia de funciones. Una información más amplia y pormenorizada de los problemas relacionados con la transferencias de competencias y funciones en el Perú y que ponen en riesgo el

³⁴ Zas Friz Burga, Johnny. "El Estado de derecho en el marco de la descentralización". Ponencia presentada en el Dialogo Regional.

propio proceso de descentralización, puede ser consultada en un reciente informe de la Defensoría del Pueblo³⁵.

En la experiencia peruana, los conflictos de competencia entre el gobierno nacional y los gobiernos subnacionales, son atendidos por el Tribunal Constitucional. Los gobiernos subnacionales pueden presentar en estos casos acciones de inconstitucionalidad. Conforme a la ponencia de Zaz Friz, a propósito de acciones de inconstitucionalidad, el TC se ha pronunciado:

- Mediante 8 sentencias, sobre los principios de solidaridad, de colaboración, de subsidiariedad, de selectividad y eficacia en el proceso de descentralización, de cooperación y lealtad regional, de taxatividad, de control y tutela, de efecto útil y de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos.
- Mediante 13 sentencias desarrolla el concepto de autonomía
- Mediante 5 sentencias aborda la cuestión de las competencias
- Mediante 4 sentencias se pronuncia sobre el tema de las tasas municipales, ante acciones de inconstitucionalidad presentadas por la Defensoría del Pueblo y por ciudadanos.
- Mediante tres sentencias declara inconstitucional una ordenanza regional del Gobierno Regional del Cusco, dos del Gobierno Regional de Huánuco, una del Gobierno Regional de Puno, que regulaban aspectos relacionados con el cultivo de la coca, que fueron cuestionadas por violar el principio de supremacía constitucional.

2. La participación ciudadana

2.1 Bolivia

2.2 Colombia

La participación ciudadana es un derecho fundamental dentro del Estado social de derecho, caracterizado por una democracia participativa y establecimiento de diversos mecanismos de participación ciudadana. Dentro de ésta se establece que las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública.

En un sentido general, la participación ciudadana de varones y mujeres es establecida en áreas relacionadas con las diversas dimensiones de la ciudadanía: económica, social, política, ambiental y cultural; se refleja en la aplicación de políticas públicas en los diversos niveles. Y en cuanto a la participación de las mujeres existe una rica experiencia de organización en Antioquía, Medellín y otros municipios, respecto a políticas públicas relacionadas con sus derechos.

2.3 Ecuador

La participación social queda consignada como uno de los poderes constituyentes del Estado (Consejo Nacional de Participación)³⁶ y también se señalan las principales

³⁵ Defensoría del Pueblo-República del Perú. "Hacia una descentralización al servicio de las personas: recomendaciones en torno al proceso de transferencia de competencias a los Gobiernos Regionales". Serie Informes Defensoriales -Informe no 141, Lima, marzo 2009.

³⁶ Ver el Capítulo V, De los Derechos de la participación.

modalidades de participación y representación política se amplían con la elección popular y directa de las autoridades unipersonales y colectivas; se abre la posibilidad del referéndum, consulta municipal, cabildo abierto, veeduría ciudadana y defensoría del pueblo, para incrementar la presencia ciudadana. También hay nuevos cauces institucionales de participación. Por ejemplo: por grupos de población (mujeres, negros, discapacitados), por la prestación/producción de servicios, por sectores o ámbitos territoriales, por los llamados presupuestos participativos o a través de planes estratégicos. Hay novedosos mecanismos institucionales como la silla vacía y otros que no son exclusivamente políticos, sino también cívicos, gremiales, de género, de carácter territorial y culturales, entre otros.

2.4 Perú

En el marco de la descentralización en curso, se ha reconocido constitucional y legislativamente y de manera amplia, mecanismos de participación ciudadana.

Una somera referencia a estos mecanismos está constituida por los Consejos de Coordinación Regional y Consejos de Coordinación Local, el Planeamiento Concertado, el Presupuesto Participativo, la Rendición de Cuentas. A ello se suman los mecanismos de cuotas electorales, así la Ley de Elecciones Regionales norma que la lista de candidatos al Consejo regional debe estar conformada por no menos del 30% de hombres o mujeres, y por un mínimo de 15% de representantes de comunidades nativas y pueblos originarios de cada región donde existan. Por su parte, la Ley de Elecciones Municipales, establece los mismos porcentajes señalados anteriormente, a lo que se agrega no menos de un 20% de ciudadanos o ciudadanas jóvenes menores de veintinueve (29) años de edad. Sin embargo, el análisis del número de consejeras regionales presentes en los Consejos Regionales actuales (2007-2010), revela que solo en dos Consejos Regionales de los 25 existentes, la representación femenina alcanza o supera el 50%.

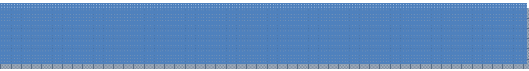
La evaluación general de las formas de participación ciudadana reconocidas por el proceso de descentralización, nos indica con claridad que las leyes de desarrollo de las normas constitucionales han restringido la participación, los acuerdos de los espacios de concertación regional y local, no son vinculantes; se presentan limitaciones en la capacidad de representación de la sociedad en los Consejos de Coordinación; hay limitaciones de representación en los procesos de presupuesto participativo; el impacto de este es limitado porque se restringe al gasto de inversión; los sectores más pobres y excluidos, en su mayor parte no participan en estos procesos; la Ley Orgánica de Municipalidades no ha normado en número de rendiciones de cuentas anuales a cargo de los Gobiernos Locales.

3. La transparencia

3.1 Bolivia

3.2 Colombia

En el marco del Estado Social de Derecho y de la democracia participativa con que cuenta el Estado Colombiano, se ha garantizado el acceso a la información pública a todos los ciudadanos, a través del derecho fundamental de petición, por medio del cual, cualquier ciudadano está en la posibilidad de realizar a las autoridades solicitudes respetuosas y las administraciones están en el deber constitucional de atenderlos, este se constituye en el derecho más importante que garantiza la publicidad y libre acceso a la información de la



administración pública. En este mismo sentido la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se fundamenta en el principio de publicidad, normas de orden constitucional que llevan a que la administración adopte todos los mecanismos necesarios para la transparencia y visibilidad de las decisiones que adopta sobre los administrados como principios propios del Estado de Derecho.

Los funcionarios públicos están en la obligación de informar y responder por la gestión que adelantan a favor del interés público y desde el otro lado del péndulo la ciudadanía tiene el derecho a que le sean presentados en forma integral los informes de la gestión, de los programas y proyectos a cargo de las entidades y en caso de no considerarlos suficientes para el ejercicio del control ciudadano a solicitar información complementaria.

La implementación de nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, así como su incorporación dentro del ordenamiento jurídico han permitido que se avance en forma significativa en el acceso a la información de carácter público, especialmente en los procesos contractuales en sus inicios a través del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, que incluye la incorporación de información Presupuestal de todas las entidades, de los Planes de Compras y de la contratación, este sistema es complementado con el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, donde se centraliza la mayoría de los procesos contractuales a desarrollar por todas las instancias de la administración, se publican desde los proyectos de pliegos de condiciones de los procesos, los estudios previos que dieron ocasión al proceso contractual a desarrollar y posteriormente se publica cada una de las instancias del proceso de contratación, hasta su adjudicación, garantizando que todos los interesados puedan presentar sus observaciones.

Desde la contabilidad pública se ha emprendido un proceso de modernización tecnológica que ha permitido construir las cuentas claras de todos los niveles del Estado, los niveles de morosidad y de saneamiento contable de las entidades, dentro de la construcción de fuentes de información de carácter de evaluación y que representan un gran avance para el acceso a la información pública, tenemos el Seguimiento a las metas del Plan de Desarrollo por el SINERGIA, que solo tiene el alcance de medir las metas, pero no si estas se cumplieron a costos razonables, en los tiempos pertinentes y si eran lo que realmente se necesitaba, Evaluaciones de Impacto, donde se determina el efecto de una determinada política o programa en el desarrollo y bienestar de la población, procesos de interventorías visibles a regalías por recursos naturales, donde los interventores explican a la ciudadanía qué está pasando con los recursos que se invierten, el estado de los proyectos y cuáles serán los nuevos frentes de trabajo.

Para lo territorial existen procesos de evaluación desde lo nacional que se han convertido en un insumo de primera línea para el control social y es la evaluación de desempeño fiscal, por medio de un ranking Municipal y departamental, adicionalmente se realizan el Seguimiento a la ejecución de los recursos del Sistema General de Participaciones y la evaluación de desempeño integral.

Como dificultades, podemos destacar que se requiere la generalización de una política de auto evaluación de resultados, de pertinencia en la información que requiere el ciudadano y no solo de que desea compartir la administración y que la información sea transparente y clara para todos los ciudadanos.

La rendición de cuentas, es ya una institución dentro del Estado de Derecho y presenta una demanda creciente por parte de la ciudadanía, es decir ya hemos construido una cultura

de la rendición de cuentas, hemos avanzado en tener mecanismos de evaluación de políticas que permitan nutrir y contrastar la información que se nos presenta, que los medios de comunicación y los tecnológicos nos han permitido un mayor nivel de conocimientos de las acciones que emprenden las administraciones, debemos tener como meta la construcción de un proceso de rendición de cuentas uniforme que sea el resultado de las necesidades expresadas por la ciudadanía y que no lleve al manejo tecnócrata de los datos y de muestra de los resultados que interesen a la administración, la estructuración de indicadores de impacto en el bienestar de las comunidades.

Como dificultad podemos citar el Índice de Transparencia Municipal resultados 2005 y 2006, señalando como datos para tener en cuenta, que el 61% de los municipios evaluados no realiza ejercicios de rendición de cuentas, solo el 40% de los municipios publicitan su presupuesto y su plan de desarrollo municipal, aproximadamente el 60% de los municipios, que reciben regalías, no cumplen con la publicidad sobre su inversión, 68% de entidades no cumplen con el requisito del SICE124, aproximadamente el 60% de las entidades no publican información sobre aspectos de recurso humano. Diagnostico que nos demanda la necesidad de continuar con el proceso de socialización de la información, acompañar técnicamente a las administraciones para un mejor ejercicio de rendición de cuentas, mayor socialización y visibilidad de los resultados y el estímulo al ciudadano para que demande mayor y mejor información de su administración.

3.3 Ecuador

Dentro de la Constitución se establece un sistema general de control social, a través de distintas instituciones legalmente constituidas que se expresa en la constitución, por primera vez, de la “Función de Transparencia y Control Social”. Allí aparecen las Superintendencias, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General del Estado, que tienen expresión a lo largo de todos los niveles y territorios de la organización del Estado.

3.4 Perú

El marco normativo de la descentralización establece por un lado la obligación de los gobiernos regionales y locales de facilitar el acceso de los ciudadanos a la información de interés público, de manera individualizada y selectiva, así como el establecimiento obligado de los portales electrónicos. Adicionalmente, fija la obligación de la rendición de cuentas, dos por año en el caso de los gobiernos regionales, así como la vigilancia social como mecanismos de control social.

La Ley N° 27806 tiene por finalidad promover la transparencia de los actos del Estado y regular el derecho fundamental del acceso a la información consagrado en la Constitución Política del Perú.

Asimismo, todas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en la Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública están sometidas al principio de publicidad y los funcionarios responsables de brindar la información correspondiente al área de su competencia deberán prever una adecuada infraestructura, así como la organización, sistematización y publicación de la información.

Con relación a la aplicación de la Ley N° 27806, se han detectado los siguientes problemas: El incumplimiento de las obligaciones de organización y funcionamiento por parte de algunos funcionarios y entidades públicas; la omisión de respuesta o la negativa a entregar información; los condicionamientos para la entrega de información: la exigencia de

requisitos no previstos por la ley; la carencia de recursos y la presencia de una inadecuada infraestructura; el incumplimiento de plazos para la entrega de la información; las limitaciones por el cobro de costos ilegales; los problemas en la designación de los funcionarios responsables: omisión, falta de idoneidad y centralización; la interpretación de formalidades en contra de las personas solicitantes: desconocimiento del carácter subsanable de algunos requisitos; la incorrecta aplicación de las excepciones al derecho de acceso a la información pública; el secretismo en la administración de justicia, incumplimiento de los principios de publicidad y transparencia; la aplicación de normas no publicadas: secretismo en las fuerzas armadas y la policía nacional; la falta de transparencia como causa de conflictos sociales; el desconocimiento del derecho de acceso a la información pública por parte de la ciudadanía.

Una evaluación más específica de los Portales de Transparencia de los Gobiernos Regionales y de las Municipalidades Provinciales ubicadas en capitales de departamento realizada por la Defensoría del Pueblo del Perú durante el año 2008, señala las siguientes conclusiones:

a) El nivel de cumplimiento de los 25 Gobiernos Regionales es superior a los resultados obtenidos por las municipalidades provinciales en capitales de departamento. Los Gobiernos Regionales alcanzaron el 67% de nivel de cumplimiento de las normas de transparencia y acceso a la información pública, así como de prácticas de buen gobierno, y las municipalidades provinciales en capitales de departamento lograron el 40% de cumplimiento.

b) Las deficiencias que padecen los Gobiernos Locales para mantener portales de transparencia institucionales acordes con las exigencias legales y con la implementación de prácticas de buen gobierno son mayores en relación a las que afrontan los Gobiernos Regionales.

c) El rubro de documentos normativos y de gestión es el que presenta el más alto nivel de cumplimiento, mientras que el rubro sobre prácticas de buen gobierno es el de más bajo cumplimiento, tanto en Gobiernos Regionales como en las municipalidades provinciales supervisadas.

d) Se ha constatado que algunos de los aspectos comprendidos en cada rubro de información, han presentado los niveles más bajos de cumplimiento: En el rubro de documentos normativos y de gestión, son las actas de sesiones del Consejo Regional o Consejo Municipal; respecto a la información presupuestal actualizada, la información sobre los beneficios del Presidente Regional o en su caso del Alcalde o Alcaldesa Provincial; en el rubro adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios, son los resultados de los procesos de selección; en el rubro que comprende las actividades oficiales, el enlace de comunicación y el nombre del responsable del portal, la menos difundida es la información sobre las actividades oficiales del presidente regional o alcalde; y en el rubro prácticas de buen gobierno, a nivel regional es la información sobre las Actas de Sesión del Consejo de Coordinación Regional, mientras que a nivel municipal son las Actas de Sesión del Consejo de Coordinación Local; si bien la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública exige, como mínimo, una actualización mensual de la información publicada en los portales, ésta no se ha llevado a cabo de manera continua, ni en Gobiernos Regionales ni en las municipalidades provinciales supervisadas; no todos los portales de transparencia cuentan con formatos “amigables” de presentación de la información, de modo tal que faciliten una rápida y fácil navegación por el portal, permitiendo la accesibilidad a la información pública; se ha constatado la inoperatividad

de diversos portales de transparencia, tanto de Gobiernos Regionales como de municipalidades provinciales.

En materia de transferencia de competencias y funciones, participación ciudadana y transparencia, es bastante heterogénea la realidad de los procesos de descentralización en los países andinos y con rezagos en el cumplimiento de las obligaciones y compromisos establecidos, debido a que no se respeta la esencia de los mandatos constitucionales y la normatividad complementaria. Obviamente al no respetarse el Estado de derecho, se crean condiciones diversas desfavorables para el ejercicio de sus derechos por los ciudadanos.

VI. Conclusiones

De las ponencias escritas y las exposiciones, de los trabajos grupales y los debates en plenaria, se desprende lo siguiente:

1. Sobre el Estado Constitucional de Derecho, en general

- Es notoria la tendencia de acomodar la Constitución Política a los intereses particulares de grupos de poder, afectando el Estado de Derecho y la credibilidad de las normas constitucionales. El Estado de Derecho se ve afectado por la práctica de los legisladores de sujetar la Constitución a interpretaciones diversas, que no siempre refleja el gran pacto o proyecto de país.
- Tanto la Constitución como el desarrollo normativo complementario no se aprovechan adecuadamente para favorecer la aplicación del Estado de Derecho, ya sea por desconocimiento o por negligencia de los actores políticos y sociales involucrados. El debate sobre el contenido constitucional se da aún entre pequeñas élites y no constituye un tema de preocupación masiva, ni está en las prioridades de agenda de la mayoría de las organizaciones políticas y sociales. Hay falta de conocimiento de la población respecto a sus derechos contenidos en las normas. Las propias estructuras del Estado generan un conocimiento restrictivo de los mecanismos de participación de la población y del conjunto de sus derechos y obligaciones en el marco del Estado de Derecho.
- Existe una gran desconfianza social frente a las instituciones gubernamentales, afectando la relación del Gobierno con los actores de la sociedad, limitando o distorsionando la aplicación del Estado de Derecho. Esta situación se da en un clima de debilidad del sistema democrático, de débil cultura y práctica de la democracia y de un frágil y desarraigado sistema político.
- En algunos países, como Bolivia y Ecuador, se evidencia una mayor presencia de la diversidad étnica en la vida política que puede ampliar los contenidos del Estado de Derecho.
- Se percibe una gran debilidad y hasta crisis en algunos casos del sistema político tradicional de los partidos que no están contribuyendo a la construcción de ciudadanía ni a la comprensión cabal del Estado de Derecho. La crisis del sistema de partidos está presente en todos los países.
- La persistencia de la precariedad institucional gubernamental impide una actuación pública capaz de poner en práctica las políticas y normas relacionadas con la defensa y consolidación del Estado de Derecho. A ello hay que añadir que en situaciones como las indicadas, la práctica de la corrupción se extiende y se

convierte en un mal más difícil de erradicar cuando actúa acompañado de escenarios de pobreza y exclusión.

- Las limitaciones en el desarrollo de capacidades humanas y de gestión pública impiden que se promuevan más liderazgos en los sectores públicos y de sociedad civil, construidos en base a conceptos y actitudes democráticas y de respeto y movilización efectiva por la vigencia por el Estado de Derecho.
- Las prácticas caudillistas, personalizadas del poder, basadas en la actuación política presidencialista, facilitan y conducen a relaciones autoritarias, entre Gobierno y Sociedad, así como al interior de cada espacio público y privado, situaciones aceptadas por un importante sector de la población y que debilitan el ejercicio del Estado de Derecho.

2. Sobre el Estado de Derecho y la Descentralización

- La población no se moviliza masivamente por el tema de la descentralización ni aprovecha los derechos que la amparan para profundizarla, así como persiste una debilidad en las capacidades de las autoridades subnacionales para asumir los desafíos de la descentralización y ejercitar más efectivamente los beneficios del Estado de Derecho. Las iniciativas descentralistas no están aun generando mejoras sustanciales en la calidad de vida y una relación más equitativa e incluyente que pueda favorecer y ampliar el Estado de Derecho. Más aún, persiste una resistencia política frente a la descentralización.
- La normatividad existente no permite consolidar los procesos de descentralización manteniendo diversas limitaciones que conducen a superposición, inestabilidad jurídica, laxitud en la defensa de derechos y garantías ciudadanas y hasta falta de control.
- Falta una mayor coordinación de los poderes existentes para promover el proceso de descentralización, a la vez que se da un fortalecimiento del presidencialismo y se mantienen las asimetrías regionales y las tensiones recentralistas. El proceso de descentralización en cada ámbito del sistema gubernamental no se ha integrado entre sí, actuando por separado. Falta una política pública que contribuya a esa integración. Las instancias de articulación y coordinación intergubernamental son insuficientes, pero a la vez poco eficientes
- Es evidente la falta de prioridad en la agenda de los partidos políticos y de diversos sectores de la sociedad civil de los temas de descentralización.
- Hay una tendencia a recentralizar y reconcentrar competencias y recursos por parte del Gobierno Nacional agravada por la actual crisis económica mundial, lo cual puede atentar contra el Estado de Derecho.
- Se combinan una serie de factores que retrasan o impiden que se avance en una efectiva descentralización en el marco del Estado de Derecho (invasión de competencias, desequilibrio en los poderes del Estado, transferencia de competencias sin recursos, la carencia de una visión de planificación y de formulación presupuestal multianual, la falta de diálogo para aplicar autonomías y persistencia de diferencias entre actores, el clientelismo y cooptación de la institucionalidad local, entre otros).
- La debilidad institucional pública local y regional para asumir nuevas competencias y el limitado desarrollo de capacidades que afecta igualmente a los tres ámbitos de gobierno no permite profundizar la descentralización y poner en práctica el Estado de Derecho. Persiste la inequidad en la distribución de recursos fiscales, no solo en los tres ámbitos de gobierno sino entre los mismos gobiernos subnacionales.

- La experiencia demuestra que se puede afectar el Estado de derecho desde arriba con la recentralización del poder y desde abajo con excesos y distorsiones en la aplicación del principio de autonomía de los gobiernos regionales y locales.

3. Sobre la descentralización en general

La descentralización no es exclusivamente un tema local o regional, sino internacional y nacional; de allí deviene el hecho de que es menos una responsabilidad municipal y más de las instancias orgánicas de la integración y de la institucionalidad nacional. Ahí radica el cambio en las relaciones entre los diversos niveles de gobierno, que le dan sentido.

La descentralización implica el diseñar un nuevo modelo integrador de Estado, que supere aquellas propuestas unilaterales venidas de los sectores (pueblos y nacionalidades indígenas) o los segmentos (provincias, municipios, juntas parroquiales).

En esta perspectiva es crucial la existencia de un gobierno intermedio que le dé estructura al Estado y una redefinición de la organización espacial que permita construir la democracia territorial. El gobierno intermedio permite la integración a dos niveles en el modelo de Estado y en la organización territorial político administrativa donde se despliega: el Gobierno nacional y los gobiernos locales.

La descentralización debe construir un Estado nacional que se convierta en un “colchón que filtre los impactos negativos” del proceso de globalización en los territorios sub nacionales. Por eso debilitar al Estado mediante la extracción de recursos y competencias, puede conducir a una compleja des-institucionalización o como también a un peligroso proceso centrífugo de consecuencias impredecibles.

La descentralización distribuye equilibradamente la centralidad existente así como crea nuevas centralidades, en la perspectiva del equilibrio democrático del poder. En esa perspectiva, se debe tomar en cuenta las tres dimensiones existentes: la horizontal al interior de cada nivel para contrarrestar los presidencialismos bajo sus múltiples formas; la vertical entre cada uno de los niveles con la finalidad de ampliar las bases sobre las cuales descansa el poder; y la paralela en el territorio para afianzar una democracia territorial.

En los cuatro países andinos existen procesos de descentralización con progresos muy heterogéneos, dependiendo esto de las dinámicas internas.

4. Sobre el análisis de los problemas de descentralización y sus raíces

Los participantes organizados en tres grupos: Bolivia, Colombia/Ecuador y Perú, aportaron en el análisis de los problemas de la descentralización en el marco del Estado de Derecho y sus raíces. Haciendo una síntesis de las reflexiones de los participantes en estos grupos, señalaron como principales problemas los siguientes:

- Débiles capacidades de gestión y precaria institucionalidad que comprometen a todos los ámbitos de gobierno
- Caudillismo en la gestión pública
- Falta de conocimiento de la población respecto a sus derechos contenidos en las normas.

- Reconocimiento restrictivo de los mecanismos de participación, por la normatividad complementaria a las Constituciones.
- Resistencia política a la descentralización por sectores políticos y la burocracia de los ministerios.
- Invasión de competencias y desequilibrio en los poderes del Estado
- La normatividad existente no permite consolidar los procesos de descentralización manteniendo diversas limitaciones que conducen a superposición, inestabilidad jurídica, laxitud en la defensa de derechos y garantías ciudadanas. En el caso de Bolivia según los participantes se añadía una falta de control constitucional y de notoria seguridad jurídica.
- Debilidad de los partidos políticos y ausencia en su agenda de los temas de derechos y de la descentralización
- Transferencia de competencias y las funciones respectivas sin recursos.
- El Gobierno Nacional no garantiza la defensa de los intereses y autonomías municipales y regionales.
- El proceso de descentralización en cada ámbito no se ha integrado entre sí, actuando por separado. Falta una política pública que contribuya a esa integración.
- Carencia de una visión de planificación y presupuestación multianual.
- Falta de diálogo para aplicar autonomías y persistencia de diferencias entre actores.
- Clientelismo y cooptación de la institucionalidad local, corrupción institucionalizada.
- La crisis económica atenta contra el Estado de Derecho al recentralizar recursos

Esta situación general tiene sus causas expresadas en los hechos que siguen:

- El excesivo presidencialismo
- La debilidad institucional del Estado
- La débil difusión de las normas existentes
- El tratamiento homogéneo de las instituciones municipales
- La incomprensión de los líderes políticos sobre los beneficios de la participación ciudadana
- La persistencia de la corrupción como problema nacional
- La falta de acuerdos entre los actores políticos, sociales y económicos para priorizar una agenda descentralista

5. Con relación a los tres componentes debatidos

Se enfatizan aquellos aspectos que implican violaciones o afectaciones al Estado de derecho.

5.1 En cuanto al tema transferencia de competencias y funciones

- Existe actualmente la tendencia a reconcentrar competencias por parte del Gobierno Nacional.
- La transferencia se viene realizando sin los recursos insuficientes para garantizar una mayor eficiencia. Se incumple así el principio de “provisión”.
- Las instancias de articulación y coordinación intergubernamental son insuficientes, pero a la vez poco eficientes.

- En general persiste la debilidad institucional local para asumir nuevas competencias y funciones; y, paradójicamente, pocos esfuerzos efectivos de los Gobiernos Nacionales orientados a revertir tal situación.
- Cabe señalar que el limitado desarrollo de capacidades no solo es evidente a nivel local sino que afecta igualmente a los tres ámbitos de gobierno.
- Hay un marcado presidencialismo en la gestión pública y esto se reproduce a todo nivel. Las relaciones entre presidencialismo y descentralización son definitivamente antagónicas.
- Persiste la inequidad en la distribución de recursos fiscales, no solo en los tres ámbitos de gobierno sino entre los mismos gobiernos subnacionales. Esto atenta contra los principios de equidad en el acceso a los recursos y el de igualdad en las oportunidades de desarrollo.

5.2 En relación al tema de la participación ciudadana

- Existe un reconocimiento constitucional expreso del derecho de participación ciudadana con diversos matices en cuanto a los mecanismos, intensidad, modalidades, naturaleza vinculante, promoción en las políticas públicas, entre otros. Igualmente se ha hecho más visible el rol de las mujeres en los procesos de desarrollo y en la toma de decisiones a partir de las Normas Constituyentes en los países andinos. En los hechos se puede señalar que ha avanzado la participación de las mujeres en la vida política nacional.
- Sin embargo, la participación implica un costo, que puede afectar su calidad, así como un mayor compromiso y presencia de actores sociales, principalmente de las mujeres, al añadirle más esfuerzo y responsabilidad a la que ya tienen en su pesada vida cotidiana para mejorar sus condiciones sociales y económicas. En muchas ocasiones la participación no ha sido aprovechada de la mejor forma para atender las exigencias de la población y en algunos casos se ha convertido en instrumento político que no ha contribuido a fortalecer la gestión pública, promovido por sectores de oposición.
- Lo que si se ha remarcado con mucho énfasis es que a pesar de todas las dificultades y problemas que puedan presentarse alrededor de este derecho, es un factor clave en la construcción de procesos de buen gobierno y de gobernabilidad democrática, y es más lo que ganan las autoridades y funcionarios contando con la participación de los hombres y mujeres en los procesos diversos de gestión del desarrollo.

5.3 Sobre la transparencia

- Es un derecho constitucional incorporado en la mayoría de normas y que se expresa en el acceso a la información y la generación de condiciones para que la ciudadanía conozca, opine y decida sobre las políticas públicas y el destino de los recursos económicos. Pero los Estados, entendidos como gobiernos y ciudadanos, no la promueven o la utilizan adecuadamente.
- La transparencia debe servir para un seguimiento y evaluación permanente de las políticas públicas, que incorpore indicadores precisos de impacto sobre la calidad de vida de la gente, incluyendo mecanismos de corrección y de estímulos, que incorporen la corresponsabilidad en la gestión pública.
- En los países andinos hay normas nacionales que obligan cada vez más a la transparencia y se vienen procurando diversos mecanismos e instrumentos que permiten cumplir mejor con este derecho: veedurías, rendición de cuentas,

portales, gacetas, comités de vigilancia social, entre otros, así como estímulos y reconocimientos a las buenas prácticas de transparencia. Pero estos mecanismos presentan dificultades porque autoridades y funcionarios no facilitan la información necesaria.

- La transparencia tiene formas de ejecutarse ya sea desde iniciativas centrales o nacionales como también locales. La transparencia no implica automáticamente la participación pero sí la facilita.

VII. Recomendaciones

1. Sobre el Estado de derecho

- Llevar los mecanismos e instrumentos de defensa de los derechos a la vida cotidiana. Llevar la Constitución a las calles. Hay que comunicar y dar a conocer a los ciudadanos los beneficios que se pueden conseguir a través de las reformas políticas y la administración pública favorecida por un Estado de Derecho. Para que esto sea efectivo se requiere que la gente acepte las normas existentes y comparta los valores que están comprendidas en éste, siempre y cuando sienta que se beneficia de las mismas en la satisfacción de sus derechos básicos.
- Otorgar importancia a los TC o espacios equivalentes, pero eso implica que mejore su imagen y su gestión sea más consensuada y legitimada.
- Generar confianza en los gobiernos para consolidar el Estado de Derecho, lo que pasa por fortalecer los liderazgos políticos democráticos e innovadores.
- Fortalecer la democratización en el proceso de descentralización como parte del Estado de Derecho.
- Aprovechar más los mecanismos constitucionales para ampliar los derechos ciudadanos y profundizar los procesos descentralistas.
- Incorporar el tema de la descentralización en la agenda de la reforma de justicia y el funcionamiento efectivo del Tribunal Constitucional como garante de Estado de Derecho.

2. Sobre la descentralización y el Estado de derecho

- Fortalecer los procesos de descentralización, en particular afirmar la descentralización fiscal y preparar condiciones para una adecuada regionalización, partiendo de un plan de ordenamiento del territorio.
- Generar capacidades humanas y de gestión en autoridades y funcionarios públicos, así como en ciudadanos.
- Promover una sostenida y eficiente política de comunicación y educación ciudadana.
- Afirmar y fortalecer el sistema político democrático.
- Aprovechar y reforzar los mecanismos que tiene la Constitución para el respeto y la defensa de los derechos ciudadanos.
- Diseñar e implementar una tipología municipal más adecuada.
- Planificar el desarrollo integrando los diversos niveles autonómicos con planes quinquenales en base a un pacto social o acuerdo nacional según sea el caso.
- Superar el “minifundismo municipal” y mejorar la calidad de la representación local.

- Fomentar la apropiación del Estado Constitucional de derecho por los actores políticos regionales y locales y como parte de ello, desarrollar una “cultura constitucional”.
- Mejorar el conocimiento y uso de la jurisprudencia vinculante del TC y organismos equivalentes, en materia de descentralización.

3. Sobre los componentes debatidos

3.1 Sobre transferencias

- Fortalecer las capacidades locales para que se lleven adelante de manera eficiente y confiable la transferencia de competencias.
- Establecer una tipología de municipios para definir con más exactitud y realismo sus competencias y necesidades, así como el ordenamiento fiscal.
- Definir y asignar los recursos mínimos que municipio necesita para cumplir con eficiencia con los servicios básicos de su competencia.
- Igualmente, establecer los costos de las transferencias para que sean efectivas.
- Establecer las articulaciones y complementariedades intergubernamentales para el mejor desempeño del Estado en su conjunto.

3.2 Sobre la participación ciudadana

- Debe considerarse la participación como derecho a la par que como compromiso de la población para construir el buen gobierno en el marco de la concertación de propuestas de desarrollo y el respeto al Estado de derecho.
- La normatividad que promueve o permite el derecho a participar debiera ir acompañada de las condiciones que se requieren para ejercer con calidad y pertinencia dicho derecho.
- La participación puede mejorar con las tecnologías de información y comunicación actualmente existentes
- La participación ciudadana plena se enmarca en el concepto de democracia participativa que se complementa con el otro componente que es la democracia representativa, debiendo generarse un justo balance entre ambos en el escenario de la construcción de la gobernabilidad democracia y el buen gobierno.

3.3 Sobre la transparencia

- Habría que lograr mayor transparencia en la vida política priorizando este aspecto en la normatividad sobre partidos políticos. A la vez se debería incorporar el reconocimiento al sector político, para que se valore y se perennice la buena política pública.
- Se requiere una mayor sensibilización y acompañamiento para la aplicación de este derecho en las administraciones subnacionales para que cumplan de manera efectiva y oportuna con la rendición de cuentas.
- Se requiere apoyo técnico, metodológico e institucional para difundir adecuadamente la información y facilitar la interlocución entre gobiernos locales y comunidades locales. En este marco, se hace indispensable evaluar los progresos, dificultades y distorsiones que se están dando en el uso de los portales electrónicos, en las audiencias públicas de rendición de cuentas, en las experiencias de vigilancia ciudadana, para introducir los correctivos necesarios.

- Es necesario que exista un clima de tolerancia y reglas de juego claras para ejercer y aprovechar adecuadamente los derechos ciudadanos de participación y acceso a la información. Hay que promover programas de comunicación ciudadana como instrumento de transparencia.
- La transparencia debe estar siempre vinculada a la lucha contra la corrupción como un gran mal que afecta sistémicamente a nuestros países, pero no limitarse a ello; pues se requiere de la transparencia para que los ciudadanos conozcan mas a profundidad sus derechos y se empoderen ejerciéndolos.
- Se requiere ajustar los temas de importancia en las acciones de transparencia. Debiera enfocarse en la calidad del gasto y de la gestión, en cuanto se logró, haciendo énfasis en la gestión por resultados

3.4 Recomendaciones complementarias

- Fortalecer la democratización en el proceso de descentralización como parte del Estado de Derecho. Hacer que la agenda descentralista se profundice y se consolide como parte del Estado de Derecho. Aprovechar más los mecanismos constitucionales para ampliar los derechos ciudadanos y profundizar los procesos descentralistas. Incorporar el tema de la descentralización en la agenda de la reforma de justicia.
- Fortalecer las capacidades humanas y de gestión locales para llevar adelante de manera eficiente y confiable los procesos de descentralización. Se requiere una mayor sensibilización y acompañamiento a las administraciones subnacionales para que cumplan de manera efectiva y oportuna con los instrumentos de transparencia y participación. Igualmente, se debiera brindar apoyo técnico, metodológico e institucional para difundir adecuadamente la información y facilitar la interlocución entre gobiernos locales y comunidades locales. Hay que promover programas de comunicación ciudadana como instrumento de transparencia.
- Se proponen acciones de corto plazo que contribuyan a mejorar los procesos de descentralización coherentes con el Estado de derecho: establecer unas tipologías de municipios para definir con más exactitud y realismo sus competencias y necesidades, así como el ordenamiento fiscal; definir y asignar los recursos mínimos que un municipio necesita para cumplir con eficiencia con los servicios básicos de su competencia; establecer los costos de las transferencias para que sean efectivas; generar acuerdos o pactos entre los actores políticos, sociales y económicos para priorizar una agenda descentralista.
- Se propone también como medida de corto plazo convertir los contenidos abordados en el Dialogo Regional y desarrollados en los documentos formulados, en una propuesta específica de Modulo de capacitación. En tal sentido, se sugiere articular en este Módulo el concepto de Estado Constitucional de Derecho con la participación ciudadana y mecanismos de control, el fomento de la participación política especialmente de mujeres y de pueblos indígenas, el fortalecimiento de las instancias locales y regionales de representación política y de la promoción del desarrollo económico local.

4. Elementos para una agenda andina

4.1 Algunas prioridades

Teniendo como marco de referencia general el reconocimiento de la importancia del concepto de Estado de Derecho, los participantes sugirieron los temas siguientes:

- Evaluar los escenarios y tendencias reales existentes entre los países andinos (Perú-Chile, Bolivia-Perú, Ecuador-Colombia) y definir el grado de viabilidad de esta propuesta.
- Intercambio de experiencias y de conocimientos para planificar el desarrollo, descentralización fiscal, desarrollo de capacidades.
- Relaciones entre sociedad civil y partidos políticos y creación de nuevos liderazgos
- Identificación de actores sociales y políticos para el dialogo y la generación de acuerdos básicos : medios de comunicación, no académicos
- Fortalecimiento de redes a través de encuentros presenciales o vía internet
- Revalorizar la política para atraer a la ciudadanía.
- ¿Cómo aprovechar las campañas electorales, para fortalecer la relación entre estado de derecho, la descentralización y los derechos ciudadanos?.

4.2 Instrumentos

- Grupo de Iniciativa integrado por los participantes en el Diálogo Regional
- Uso de las Nuevas TICs
- Posibilidad de un Encuentro Regional en el segundo semestre

Lima, Abril del 2009

Anexo No 1

Elementos del Estado Constitucional de Derecho³⁷

Cuanto menos son seis los elementos que permiten identificar el Estado Constitucional de Derecho:

a) Carácter vinculante de la Constitución Política

La Constitución Política si bien es una norma política en la medida que organiza y limita el ejercicio de poder, es fundamentalmente una norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos y para los propios particulares sin excepción alguna³⁸. Señala Prieto Sanchís que la Constitución no es un “catecismo político” o una “guía moral” sino una norma con la pretensión de que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe.

Ello significa tomar distancia de ciertas doctrinas, que señalan que las Constituciones no son más que un manifiesto político cuya concretización es tarea exclusiva del legislador. Para ellas, los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales sino solo las normas que se recogen en las leyes. Esto significa que uno de elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea opuesta, es decir, de la idea de que toda norma constitucional -independientemente de su estructura o de su contenido normativo -es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.

El fundamento de este carácter tiene que ver con la función de la Constitución al interior del Estado Constitucional de Derecho de límite del poder político. En efecto, *“toda norma que quiera llamarse realmente Constitución debe ser concebida como un instrumento jurídico dirigido a limitar efectivamente el ejercicio del poder, en particular del poder político”*³⁹. Señala Castillo Córdova, que *“esta finalidad intrínseca a toda Constitución no podría ser posible si el texto constitucional no es considerado como un texto normativo, es decir, si es considerado como una simple declaración, sin que genere una necesaria y efectiva vinculación a sus destinatarios, particularmente al mismo poder político en sus distintas manifestaciones, ejecutiva, legislativa y judicial”*⁴⁰.

La cobertura constitucional de esta afirmación la encontramos en el artículo 45 de la Constitución del Perú, el cual señala que *“El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”*, norma que a su vez, debe ser leída de manera concordante con el artículo 38 del mismo cuerpo normativo, el cual precisa que *“Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”*. Esto implica reconocer que tal como lo señalamos en la introducción, que no hay zonas inmunes a la fuerza normativa de la Constitución⁴¹.

b) Supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes

La Constitución no sólo es una norma jurídica, sino que es la norma suprema del ordenamiento jurídico, es la norma de mayor importancia en el sistema de fuente del Derecho, cuyos efectos

³⁷ Síntesis de ponencia de Juan Carlos Ruiz

³⁸ El Tribunal Constitucional ha desarrollado jurisprudencialmente el principio según el cual ningún poder puede estar exento del control constitucional, pues lo contrario significaría que el poder constituyente está por encima del poder constituido. Así por ejemplo en la sentencia recaída en el exp. 00006-2006-CC/TC, f.j. 44, señala que *“En un Estado Constitucional Democrático los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella”*. Esto implicaría en los hechos la pérdida o la limitación de la eficacia normativa de la Constitución. Ver por ejemplo Luis Castillo Córdova, La inexistencia de ámbitos exentos de vinculación a la Constitución, en: Gaceta Jurídica, julio 2007, año 13, pág. 73 y siguientes.

³⁹ Luis Castillo Córdova, Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general, Palestra, Lima 2007, pág. 184.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2003, pág. 116.

irradia a todo el ordenamiento jurídico. De ahí que Prieto Sanchís señale con propiedad que ella condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico, y que representa un criterio de interpretación prioritario; y que ello solo es posible, gracias “a la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria”⁴².

El fundamento constitucional de esta característica la encontramos en el artículo 51 de la Constitución. Según esta norma, “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente [...]”. Esta disposición es recogida y reiterada en el artículo 138, a propósito del control difuso, y precisa que “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”.

c) Eficacia y aplicación inmediata de la Constitución

Una lógica consecuencia de los dos elementos antes predicados de la Constitución Política, es que ésta es de aplicación inmediata y efectiva. Negarle dicha característica implica regresar al Estado Legislativo de derecho en el cual la Constitución no vinculaba a los poderes públicos. En efecto, si la Constitución es una verdadera norma suprema, ello supone que no requiere su desarrollo legislativo para desplegar su fuerza vinculante, en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligatoria⁴³.

Como señala De Otto, uno de los problemas clave de los ordenamientos en los que la Constitución tiene verdadero valor de norma jurídica es el de si resulta o no aplicable por los órganos llamados a aplicar el ordenamiento, fundamentalmente por los jueces -eficacia directa- o si, por el contrario, constituye sólo un mandato dirigido al legislador y que solo afectará a la actividad de los demás órganos del Estado en la medida en que se haya incorporado a las leyes -eficacia indirecta-⁴⁴.

Para este autor, la opción por un sistema u otro de eficacia tiene una enorme influencia sobre la operatividad de la Constitución. En cada caso serán diferentes las consecuencias. Si la Constitución solo obliga directamente al legislador, y a los demás únicamente de modo indirecto, en cuanto están sometidos a la ley, la acomodación del contenido del ordenamiento a las prescripciones constitucionales dependerá de aquél y, en consecuencia, la única garantía posible será el control de constitucionalidad de la ley. En otras palabras, la Constitución solo estará presente en el ordenamiento jurídico por mediación del legislador y del órgano que lleve a cabo el control de constitucionalidad de la ley.

Por el contrario - siguiendo a De Otto-, la eficacia directa de la Constitución implica que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las siguientes consecuencias: a) dado que la Constitución es norma superior habrán de examinar con ella todas las leyes y cualquiera normas para comprobar si son o no conformes a la Constitución; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución⁴⁵.

d) La garantía jurisdiccional de la Constitución⁴⁶

La denominada garantía jurisdiccional o judicial, no es otra cosa que la exigibilidad judicialmente o jurisdiccional de la Constitución. Esto significa que la primacía de la Constitución, como la de cualquier otra normatividad, es jurídicamente imperfecta si carece de garantía jurisdiccional y, concretamente, si la constitucionalidad de las decisiones y actos de los poderes públicos no es

42 *Ibíd.*, pág. 117.

43 Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 116.

44 Ignacio de Otto. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 7ª reimpresión, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, pág. 76.

45 *Ibíd.*

46 Este tema ha sido desarrollado por Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

enjuiciable por órganos distintos de aquellos que son sus propios actores⁴⁷.

En efecto, la garantía jurisdiccional no es otra cosa que la exigibilidad jurisdiccional del cumplimiento de la Constitución. Esto implica reconocer la competencia de los jueces para resolver litigios desde el ordenamiento jurídico incluido la Constitución, pudiendo concretarse a través del control concreto y del control abstracto, y a priori y a posteriori, encomendado a órganos especializados o a los jueces ordinarios⁴⁸.

En otras palabras, en aquellos casos en que algún funcionario público o un particular desconocen o incumple una norma constitucional, se encuentran expeditos los procesos constitucionales para la defensa de la Constitución Política. En efecto, significa que con la finalidad de proteger y hacer eficaz lo señalado por la Constitución (derechos, valor o principio constitucional), existe una jurisdicción o una justicia especializada: la constitucional. La razón de esta garantía de la Constitución es que ésta es una norma jurídica, y como tal, tiene una garantía que resguarda su ejecución.

e) Denso contenido normativo

Este es quizá uno de los principales rasgos que diferencian el Estado de Derecho del Estado Constitucional de Derecho. A diferencia del primero, el segundo está caracterizado por un denso contenido normativo que está formado por principios, derechos y directrices, más o menos precisos, aplicables a los casos concretos, siempre que resulten relevantes⁴⁹.

Este elemento del constitucionalismo es de suma importancia pues supone pasar de una concepción formal de la Constitución a una concepción material de la Constitución, la cual se convierte en un criterio sustancial de validez de las normas expedidas por el legislador, el poder político y de las resoluciones de los jueces. Esto supone no solo respetar un conjunto de procedimientos democráticos mayoritarios para tomar decisiones, sino que los contenidos de dichas decisiones deben estar ajustados a los principios, derechos, valores y directrices contenidas en la Constitución Política.

El Congreso, el Poder Ejecutivo y el propio Poder Judicial, si bien son titulares de un conjunto de competencias, no tienen un poder omnímodo e ilimitado. Existen condiciones sustanciales de validez contenidas en la Constitución Política que su actividad legislativa, administrativa y jurisdiccional debe respetar, si queremos ser coherentes con el Estado Constitucional de Derecho. Nos referimos a un conjunto de normas sustanciales que condicionan la validez sustancial de las leyes, ya sea que dichas normas impongan límites, como en el caso de los derechos de libertad, o que impongan obligaciones, como en el caso de los derechos sociales⁵⁰.

Ciertamente, las normas formales y las normas sustanciales se encuentran en todas las Constituciones. En la primera parte de las mismas se encuentran las normas sustanciales que sancionan, a través de los derechos fundamentales y los fines del ordenamiento (parte dogmática). En las partes sucesivas se encuentran las normas formales que instituyen a los órganos del Estado, en tanto instrumentos para la observancia de dichos derechos (parte orgánica).

f) Rigidez constitucional

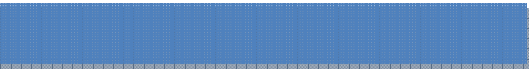
Esta es también una característica de todo Estado Constitucional de Derecho y constituye una herramienta para defender la vigencia de la Constitución. Según Prieto Sanchís, el constitucionalismo, es decir la vigencia de la Constitución resulta más fuerte cuanto más costosa sea la alteración del texto, es decir, cuanto más inaccesible se muestre frente a la mayoría

47 Manuel García Pelayo, "El status del Tribunal Constitucional". Revista Española de Derecho Constitucional Nº 1. Madrid, 1981, pág. 18.

48 Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2003, pág. 116.

49 Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2003, pág. 117.

50 Luigi Ferrajoli, Positivismo crítico, derechos y democracia, en Revista Isonomía Nº 16, abril 2002, pág. 10. Ver: <http://www.cervantesvirtual.com>.



legislativa⁵¹. Como señala con propiedad Castillo Córdova, solo será posible considerar a la Constitución como una norma fundamental de modo que la ley -y consecuentemente, tampoco el reglamento pueda contraponérsele eficazmente- si es que se considera a la Constitución como una norma rígida⁵².

La cobertura constitucional de este elemento se encuentra en el artículo 206⁵³ de la Constitución Peruana, disposición que establece los procedimientos para modificar la Constitución Política. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que “es indubitable que en un sistema jurídico que cuenta con una Constitución rígida, ninguna ley o norma con rango de ley (como las leyes orgánicas) tiene la capacidad para reformar, modificar o enmendar parte alguna de la Constitución”⁵⁴.

51 Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 117.

52 Luis Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra, Lima 2007, pág. 187.

53 “Artículo 206.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. (...) La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral”.

54 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el exp. N° 0014-2002-AI/TC, f. j. 4.

Anexo No 2

¿Para qué sirve la Justicia Constitucional al proceso de descentralización?⁵⁵

Cada país andino tiene procesos de descentralización en curso basados en sus respectivos marcos constitucionales, de lo que se dará cuenta más adelante en este Informe. A título de referencia, compartimos ahora cómo la llamada justicia constitucional en el Perú que tiene que ver con el respeto al Estado Constitucional de Derecho, puede contribuir no solo a defender sino a profundizar la descentralización. Las presentes reflexiones si bien están centradas en el Perú valen en un sentido general para todos los países andinos.

En un contexto de recurrentes conflictos sociales en nuestro país, muchos de ellos vinculados con el centralismo y el proceso de descentralización y regionalización, y de la incapacidad del sistema político para atender y resolver las demandas y las expectativas de la población, resulta pertinente reflexionar y analizar en torno a los mecanismos que el Estado Constitucional de Derecho, brinda para reconducir la resolución de esos conflictos. Nos referimos en concreto, a la Justicia Constitucional, y más en concreto a los procesos constitucionales.

Esto es sumamente importante si tenemos en cuenta que, existen sectores y grupos sociales que aún apuestan por salidas autoritarias, impacientes y desesperadas, incompatibles con el ordenamiento jurídico, las mismas que antes que resolver el problema, solo contribuyen a crear un clima de confrontación y de violencia, que en nada ayudan a la efectiva solución de los problemas.

En efecto, los mecanismos constitucionales son herramientas que pueden servir para potenciar el proceso de descentralización, sea para pedir información cuando las autoridades la ocultan (hábeas data), sea para exigir el cumplimiento de obligaciones establecidas en la ley o alguna norma reglamentaria vinculada con la descentralización (proceso de cumplimiento), para dirimir conflictos entre diferentes órganos, o cuando no está clara la función de alguno de ellos, o cuando alguno de ellos no quiere cumplir con la función que la Constitución ha establecido (proceso de conflicto de competencia), impugnado una norma de naturaleza reglamentaria cuando viole alguna disposición constitucional (acción popular), y cuando alguna norma con rango de ley vaya en contra de alguna disposición constitucional (proceso de inconstitucionalidad). Un breve desarrollo de cada uno de estos mecanismos nos permitirá comprender sus alcances.

a) Para exigir mayor transparencia en el proceso de descentralización (hábeas data)

Un tema clave en el proceso de descentralización es la transparencia en la gestión pública. Sin embargo, no siempre esto es comprendido y valorado por las autoridades y los funcionarios públicos, los cuales tienden a ocultar información y escapar de la mirada atenta de la prensa y de la opinión pública. Sigue predominando la “cultura del secreto”.

Ante esta realidad, el proceso constitucional de Habeas Data cobra importancia, en la medida en que protege entre otras cosas, el derecho a solicitar la información que requiera o a recibirla de cualquier entidad pública, salvo aquella que afecte la intimidad personal o que tiene que ver con la seguridad nacional.

El proceso constitucional de Habeas Data requiere que se curse documento de fecha cierta y que el demandado haya ratificado su incumplimiento, después de la renuencia por parte de la autoridad o persona, debe de transcurrir 10 días útiles para el derecho de acceso a la información y 2 días útiles en el caso del derecho a la intimidad; pero de manera excepcional, se podrá prescindir del requisito del documento cierto, cuando exista una amenaza cierta e inminente al derecho invocado, y este se vuelva irreparable. No es necesario el patrocinio de un abogado para interponer la demanda y además, no hay una vía previa que agotar en este tipo de procesos.

⁵⁵ Síntesis de ponencia de Juan Carlos Ruiz

b) Para solucionar los conflictos entre poderes del Estado (proceso de conflictos de competencias)

Los conflictos entre poderes y/o órganos constitucionales autónomos no son un fenómeno patológico en el Estado Constitucional de Derecho, antes bien son expresión de la separación de poderes y de los controles mutuos que existen entre los diferentes órganos que componen la estructura del Estado. Tan es así, que el Estado ha contemplado mecanismos para encauzar la solución de estos conflictos, encargando su solución al Tribunal Constitucional (TC).

El mecanismo diseñado para solucionar estos conflictos es el proceso de conflicto de competencia. Se trata de un proceso constitucional encargado de la defensa del orden competencial establecido en la Constitución y en las Leyes Orgánicas, resolviendo los enfrentamientos que se producen entre los poderes del Estado, ya sea porque alguno de los poderes del Estado o de las entidades públicas toma decisiones que no le corresponden o rehúye actuaciones que son propias de su competencia, interfiriendo en las atribuciones de otros órganos que las tienen asignadas por la Constitución o las Leyes Orgánicas.

Según la normatividad pertinente, el TC conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las Leyes Orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales, a dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí; o a los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí.

El Proceso Competencial tiene una “doble finalidad”: por un lado, pronunciarse “sobre la titularidad de una competencia” y por otro definir “la legitimidad de determinada decisión (expresada en alguna disposición, acto o resolución), emitida con vicio de incompetencia. Asimismo, la expresión “competencia”, se utiliza cuando se trata de gobiernos locales y regionales; el término “atribución” cuando se refiere a los poderes y órganos constitucionales, pero no existe una diferencia sustantiva entre ambos. Los legitimados para iniciar un proceso competencial, son órganos del Estado de forma exclusiva, por lo que ninguna persona natural o jurídica puede interponerla.

c) Para hacer cumplir la ley y los reglamentos (proceso de cumplimiento)

Es una práctica corriente en nuestro país el incumplimiento de las leyes y demás normas jurídicas. Antes que pensar en su cumplimiento, siempre se está pensando en cómo “sacarle la vuelta a la ley”, y de esta actitud no se salvan ni siquiera los propios funcionarios públicos. Existe toda una cultura que lo alienta. En ese marco, el Proceso Constitucional de Cumplimiento es el instrumento procesal creado por nuestra Constitución para hacer cumplir lo dispuesto en las normas legales y en los actos administrativos emitidos por los órganos estatales, y que estos mismos la hagan cumplir.

Según su normatividad, es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente, dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. En otras palabras, el proceso constitucional de Cumplimiento tiene como objeto reclamar un derecho reconocido por una norma legal o un acto administrativo y ordenar su cumplimiento por parte de las autoridades competentes. A su vez, tiene como objetivo el respeto a la validez constitucional de las leyes y de los actos administrativos que son inaplicados por funcionarios públicos que tienen a su cargo su cumplimiento.

Están legitimados para interponer el Proceso de Cumplimiento cualquier persona que está siendo afectada por la renuencia de una autoridad o funcionario público de aplicar una norma legal u acto administrativo a su favor.

d) Para derogar normas con rango de ley y normas reglamentos que se opongan a la Constitución (proceso de inconstitucionalidad y acción popular)

El Congreso, el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales, tienen la facultad de expedir normas con rango de ley. Sin embargo, muchas veces antes que desarrollar las disposiciones constitucionales o desarrollar una actividad legislativa coherente con la Constitución, muchas veces desnaturalizan la voluntad del Constituyente. Otro tanto ocurre con las normas reglamentarias, las cuales muchas veces violan y desconocen las disposiciones constitucionales.

Ante esta situación se cuentan con dos procesos diseñados para cautelar la adecuación normativa de estas normas legales a la carta Política. En primer lugar tenemos el proceso de Inconstitucionalidad, que es el proceso que se encarga de declarar la inconstitucionalidad de las normas que tienen rango de ley (Ley, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales), cuando estas contravengan o infrinjan la Constitución en aspectos materiales o de fondo; o, en aspectos formales cuando estas no hayan sido aprobadas, promulgadas o publicadas en la forma establecida por la Constitución.

La finalidad del proceso de Inconstitucionalidad es el de proteger y salvaguardar la supremacía Constitucional de las afectaciones de normas de rango legal. El Tribunal Constitucional es el único órgano jurisdiccional que posee legitimidad para ver el proceso constitucional de Acción de Inconstitucionalidad. Están facultados para interponer la Acción de Inconstitucionalidad: el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, el 25% del número legal de Congresistas, cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas, el 1% de ciudadanos si la norma es una Ordenanza Municipal, los Presidentes de Regiones, los Alcaldes Provinciales con acuerdo de su Concejo y los Colegios Profesionales.

El otro proceso es la Acción Popular, el cual está dirigido a defender la Constitución Política del Estado frente a las infracciones a su jerarquía normativa, cuya finalidad es el tener un mejor control del ejercicio del Poder Reglamentario otorgado a los órganos de la Administración Pública. Cualquier persona puede interponer una Acción Popular contra los reglamentos⁵⁶, normas administrativas y resoluciones de carácter general, contra cualquiera que sea la autoridad de la que emanen estas.


El órgano del Estado que tiene la legitimidad de pronunciarse sobre este tipo de proceso constitucional, es el Poder Judicial y sus Jueces de las Cortes Superiores, declarando la inconstitucionalidad de las normas infralegales contrarias a la Constitución y las Leyes Orgánicas. El proceso constitucional de Acción Popular está dirigido a defender la Constitución Política del Estado frente a las infracciones a su jerarquía normativa, cuya finalidad es el tener un mejor control del ejercicio del Poder Reglamentario otorgado a los órganos de la Administración Pública.

e) Para que proteja los derechos ante los excesos y abusos del poder (acciones ante los jueces y el Tribunal Constitucional)

Si tenemos en cuenta que a través de los procesos constitucionales, cualquier persona puede quejarse y solicitar la tutela de sus derechos a través de los jueces ordinarios y, en recurso extraordinario, ante el Tribunal Constitucional (cuando estima que actos de los poderes públicos han afectado sus derechos constitucionales), podemos concluir –como señala Jutta Limbach, ex presidenta del Tribunal Constitucional Alemán– que estos procesos, en los hechos, están convirtiendo a los ciudadanos en “gendarmes de la Ley Fundamental”⁵⁷.

⁵⁶ Como ha señalado el profesor Juan Carlos Morón en la cátedra, a diferencia de la ley que es expresión de la voluntad general, el Reglamento es voluntad de la Administración, la ley es fuente principal de derecho, el reglamento es subordinado, y finalmente, la ley tiene libertad de configuración de la norma constitucional, el Reglamento esta sujeto a la ley que desarrolla.

⁵⁷ Jutta Limbach. Papel y poder del Tribunal Constitucional en: Teoría y Realidad Constitucional, Nº 4, 2 semestre 1999, Monográfico, Universidad Nacional de Educación a distancia y Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid 1998, pág. 105.



Debemos tener en cuenta que es a petición del ciudadano (cuyo derecho ha sido presuntamente vulnerado), que el TC puede actuar como defensor de los derechos de los ciudadanos. A diferencia del Defensor del Pueblo, el TC no es el controlador omnipresente del acatamiento de los derechos fundamentales por el Estado y la Sociedad. Su singularidad como Tribunal le impide actuar de oficio, por muy preocupados que puedan estar sus magistrados ante determinadas violaciones a los derechos constitucionales. La intervención de la justicia constitucional requiere previamente de la interposición de una demanda.

Señala Honrad Hesse que al igual como ha sucedido en otros países, los procesos constitucionales no solamente concretan la Constitución Política sino que han ayudado a que ésta eche raíces. Vemos entonces, que los procesos constitucionales y el TC, poco a poco vienen generando conciencia en algunos sectores de la población de que no están inermes e indefensos ante los abusos y las arbitrariedades del poder y de los propios particulares. En efecto, es gracias a las sentencias del TC, que se está comenzando a quebrar tradiciones autoritarias, y se comienzan a dar pasos firmes a favor de la afirmación de un Estado Constitucional de Derecho.

Anexo No 3

Problemas detectados en el ejercicio de la autonomía municipal y la prestación de servicios municipales en el Perú⁵⁸

En el año 2006, la Defensoría del Pueblo realizó un total de 6,161 supervisiones a distintas municipalidades de todo el territorio nacional, mientras que en el año 2007 se arribó a un total de 6,535. De dichas investigaciones, entre los meses de enero del 2006 y julio del año 2007, la Defensoría del Pueblo determinó que 3,256 corresponden a problemas de gestión y prestación de servicios municipales. Así, la mayoría de esos casos (573) se refiere al incumplimiento de plazos legales por los Gobiernos Locales con relación a pedidos presentados por la población. En segundo lugar, se encontraron los casos que respondieron a cobros desproporcionados o ilegales de tasas (533). El hecho de que existan 1,832 municipalidades distritales y provinciales en el territorio nacional podría explicar el elevado número de investigaciones que la Defensoría del Pueblo ha debido iniciar. Sin embargo, en la medida en que las municipalidades son las entidades del Estado que se hallan más cerca de la población y sus actuaciones repercuten de forma más evidente en los derechos e intereses de las personas, generan una mayor preocupación institucional.

Para elaborar el presente Informe se examinaron 56 casos seleccionados porque reflejan de forma más evidente el uso incorrecto de la autonomía municipal, así como más de un supuesto de incumplimiento irregular de funciones. Estos casos están referidos, básicamente, al incumplimiento de normas contenidas en la Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley de Tributación Municipal y la Ley de Procedimiento Administrativo General. En esa medida, las obligaciones desatendidas por los municipios están relacionadas con la prestación de servicios municipales, el cobro de tasas, así como con el cumplimiento de funciones de fiscalización y control por parte de los municipios. Asimismo, al examinar dichos casos se constató que el incumplimiento de normas legales alcanzó también a la normativa sectorial como, por ejemplo, el Reglamento Nacional de Inscripciones del RENIEC o el Decreto Legislativo N° 676, que declaró de interés nacional la rehabilitación y el mantenimiento de la infraestructura vial del país. En cada uno de los 56 casos seleccionados se ha encontrado más de una infracción referente a la adopción y aprobación de procedimientos administrativos, al ejercicio de la potestad tributaria municipal en la aprobación y regulación de las tasas municipales, así como al establecimiento de requisitos o condicionamientos administrativos no contemplados en la normativa general. En concreto, los problemas detectados han sido los siguientes:

- Procedimientos administrativos y tasas incorporados al TUPA sin cumplir con la exigencia legal de aprobación mediante ordenanzas municipales.
- Falta de ratificación, por parte de las municipalidades provinciales, de las ordenanzas municipales distritales que aprueban tasas administrativas.
- Cobro de tasas ilegales, debido a que no están incorporadas en el TUPA.
- Cobro de tasas sin fundamento legal o contrarias al principio de legalidad tributaria.
- Cobro de tasas por cada componente o etapa de los procedimientos administrativos de autorización.
- Monto de tasas que no responden al costo del servicio efectivamente prestado.
- Exigencias de requisitos ilegales al interior de los procedimientos administrativos.
- Tercerización de funciones tributarias como la de sanción y cobranza coactiva.
- Incumplimiento de plazos legales.

Los problemas enumerados, además de evidenciar cómo las municipalidades pretenden dar a la autonomía municipal un contenido absoluto que no se ajusta a los parámetros del Estado unitario y descentralizado, cuestionan la idoneidad de algunos municipios para cumplir su papel de Gobierno

⁵⁸ Defensoría del Pueblo- República del Perú. "Uso o Abuso de la autonomía municipal?. El desafío del desarrollo local". Serie Informes Defensoriales- Informe No 133 XXX

Local encargado de promover el desarrollo y la economía local. Esa conducta daña y a mediano plazo puede deslegitimar el proceso de descentralización emprendido desde el año 2002, pues los municipios, a pesar que existen con anterioridad a dicho proceso, forman parte del mismo y constituyen una pieza esencial para la prestación de servicios a la ciudadanía.

Las municipalidades tienen como fin la representación de la comunidad y la protección de los intereses generales de ésta. Sin embargo, en la práctica, sus acciones pueden afectar los derechos específicos de las personas, como el derecho de propiedad, el derecho a la identidad, la libertad de tránsito o el derecho a la libertad de empresa. De igual modo, pueden afectar el desarrollo empresarial, concretamente en la prestación de servicios públicos por privados. En consecuencia, se puede afectar el desarrollo local y el acceso a servicios públicos domiciliarios por parte de los vecinos y vecinas.

Considerando la problemática descrita, algunos de los mecanismos de control de la actuación municipal resultan insuficientes, puesto que están centrados en la solución de casos o situaciones individuales. Esto sucede con el control administrativo que podría ejercer el Tribunal Fiscal y también con el control jurisdiccional a través de los procesos contencioso administrativos y los procesos constitucionales destinados a la defensa de derechos fundamentales como, por ejemplo, el proceso de amparo. En todo caso, los mecanismos que resultarían más efectivos serían los procesos constitucionales destinados a evaluar la constitucionalidad de la actividad normativa de las municipalidades, es decir, el proceso de inconstitucionalidad y el proceso de acción popular, dado el efecto general de las sentencias


que se emiten. Asimismo, como mecanismos de prevención, tienen un efecto positivo la participación y vigilancia ciudadana, a través de las juntas vecinales, la constante actualización de portales de transparencia, el ejercicio individual o colectivo del derecho de acceso a la información y la rendición de cuentas.

Problemas detectados en la supervisión de la transferencia de gestión municipal

Otra problemática analizada en el presente informe es la concerniente a las dificultades que deben enfrentar las nuevas autoridades municipales al inicio de su gestión debido al incumplimiento de las autoridades salientes en llevar a cabo el proceso de transferencia de gestión. Este proceso tiene como finalidad proporcionar, a las nuevas autoridades, información suficiente sobre el estado financiero, administrativo y presupuestal del municipio, lo cual les permitirá dar continuidad a la gestión municipal y a la prestación de servicios a la población.

La Defensoría del Pueblo realizó una supervisión sobre la transferencia de gestión municipal en base a una muestra total de 75 municipalidades (36 municipalidades provinciales y 39 municipalidades distritales). Del universo supervisado, en 71 municipalidades se realizó el cambio de autoridades: de éstas, los Alcaldes salientes de 70 municipalidades cumplieron con conformar la comisión de transferencia. Sin embargo, sólo en 46 de ellas los Alcaldes suscribieron las Actas de transferencia, lo cual demuestra que si bien la mayoría de las autoridades salientes cumplió con instalar las comisiones de transferencia, muchos Alcaldes no suscribieron las Actas, ya sea por desconocimiento del procedimiento o por no asumir la responsabilidad del estado en que dejaban la gestión municipal. Asimismo se evidenció que, en más del 50% de las municipalidades supervisadas, las autoridades salientes no proporcionaron información sobre la ejecución de metas programadas en función del presupuesto asignado, situación que dificulta la planificación y programación del nuevo presupuesto municipal.

Otro problema constante y significativo que deben enfrentar las nuevas autoridades ediles son los adeudos que dejan las autoridades salientes por el incumplimiento de obligaciones laborales. Así, el 58% de las municipalidades supervisadas tenía pendiente el pago de remuneraciones, mientras que el 76% tenía pendiente el pago a Essalud y el 78% el pago de AFP. Estas cifras reflejan ineficiencia en la ejecución del gasto corriente, así como enturbiamiento de las relaciones laborales que puede repercutir en la prestación de servicios a la población.



De igual manera, en lo que respecta a la información administrativa, la supervisión realizada muestra que el 40% de las autoridades salientes no entregó la relación de las normas municipales emitidas durante su gestión. Asimismo, el 43% no entregó la relación de los expedientes judiciales en trámite y el 75% no entregó la relación de los expedientes administrativos en trámite. Asimismo, el 52% no proporcionó información sobre los expedientes administrativos extraviados. Esta falta de información afecta directamente a los ciudadanos y ciudadanas que son parte interesada en dichos expedientes.

Los datos mencionados evidencian que una gran parte de las autoridades municipales no cumple cabalidad con el proceso de transferencia de gestión, lo cual dificulta la continuidad en la planificación, programación y prestación de servicios a la población. Se percibe un desconocimiento del procedimiento que, además, se encuentra disperso en la Ley N° 26997, Ley que establece la conformación de comisiones de transferencia de la administración municipal y su modificatoria, así como en la Resolución Directoral N° 001-2006-EF93.01 y en la Ley N° 28708, Ley del Sistema Nacional de Contabilidad. Asimismo, existe desconocimiento sobre los mecanismos que pueden adoptar las nuevas autoridades municipales para iniciar acciones judiciales y administrativas contra las autoridades que no cumplen con hacer entrega de la gestión municipal debidamente documentada y conforme a ley. Una mayor iniciativa de parte de las nuevas autoridades municipales en exigir que se cumpla con el proceso de transferencia, o acudir a las instancias correspondientes para dejar constancia de la negativa de las autoridades salientes, indudablemente fijaría un precedente importante para la transferencia.