

CONSTITUCIÓN

LA
CONSTITUCIÓN
COMENTADA

ANÁLISIS ARTÍCULO POR ARTÍCULO

*Obra colectiva
escrita por 117 destacados juristas del país*

DIRECTOR
WALTER GUTIERREZ

TOMO II

GACETA
JURIDICA



A CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU

LA CONSTITUCION COMENTADA

TOMO II

PRIMERA EDICIÓN DICIEMBRE 2005 2,700 Ejemplares

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DERECHOS
RESERVADOS D.LEG N° 822

@ Gaceta Jurídica SA

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2005-8625 LEY N° 26905/ D.S. N° 017-98-ED ISBN OBRA COMPLETA: 9972-
208-26-5 ISBN TOMO 1: 9972-208-27-3 ISBN TOMO 11: 9972-208-28-1

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL 31501220500735

DISEÑO DE TAPA Armando Ochoa Gamboa

DISEÑO DE INTERIORES Carlos Abanto León

INDICE

Para dirigirse al tema, coloque el cursor del mouse sobre el y "presione la tecla ctrl. + clic del mouse"

Autores

Abreviaturas de las Concordancias

TITULO IV
DE LA
ESTRUCTUR
A DEL
ESTADO

Capítulo I

Poder
Legislativo
(Artículo 90 al
102)

Capítulo II

De la Función
Legislativa
(Artículo 103 a
106)

Capítulo III

De la
formación y
promulgación
de las leyes
(Artículo 107
al 109)

Capítulo IV

Poder
Ejecutivo
(Artículo 110
al 118)

Capítulo V

Del Consejo
de Ministros
(Artículo 119
al 129)

Capítulo VI

De las
Relaciones
con el Poder
Legislativo
(Artículo 130
al 136)

Capítulo VII

Régimen de
Excepción

AUTORES

de este Tomo

(por orden de aparición)

CARLOS HAKANSSON NIETO

o Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, con estudios en la Universidad de Santiago de Compostela y la Biblioteca Bodleian de la Universidad de Oxford.

o Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura y de la Maestría en Derecho de la misma universidad. Profesor titular de la cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo.

o Autor de la obra "La forma de gobierno de la Constitución peruana" y coautor de "The influence of Europe and the United States on Latin American constitutionalism".

CÉSAR DELGADO GUEMBES

o Abogado. Magíster en Sociología con mención en Género, Cultura y Familia por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o Profesor de Derecho Parlamentario en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Maestría en Derecho Constitucional de la misma universidad.

o Ha sido Suboficial Mayor de la Cámara de Diputados y Oficial Mayor del Congreso de la República.

o Autor de las obras "Qué parlamento queremos", "Los viajes del Presidente (1822-1998)", entre otras obras y de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

VÍCTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ

o Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Postgrado en Ciencia Política y Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, y especialización en Derechos Humanos en el International Institute of Human Rights de Estrasburgo.

o Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

o Ha sido asesor externo de la Presidencia de la Comisión Permanente del Congreso de la República.

o Autor de "La infracción constitucional. Propuesta de tratamiento de los altos funcionarios del Estado" y de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

JORGE LUIS LEÓN VÁSQUEZ

o Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Maestría con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o Profesor adjunto de Derecho Constitucional del Perú en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

o Ha sido profesor adjunto del Seminario de Integración de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o Autor de la tesis "Los poderes y límites de las comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional peruano".

ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS

o Licenciado en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Grenoble con sede en Francia.

o Presidente y relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

o Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas.

o Miembro de la Comisión de Estudio de las Bases Constitucionales de la Reforma Constitucional del Perú, de la Comisión Consultiva del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Parlamento Andino y del Grupo Mixto Parlamentario Peruano-Español.

o Coordinador del Grupo Parlamentario Peruano-Belga.

o Ha sido primer vice-presidente del Senado de la República del Perú.

o Ha recibido diversas condecoraciones, entre las que destacan las de "Comendador de la Orden al Mérito Civil" (España), "Gran Cruz al Mérito Civil" (España) y "Orden Cruz Peruana al Mérito Naval" (Marina de Guerra del Perú).

o Autor de las obras: "La Constitución de 1993: análisis comparado", "Constitución: fuentes e interpretación:

Teoría y documentación del proceso constitucional y la Constitución de 1979", "Parlamento y democracia", entre otras, y de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA

o Abogado y Doctor por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Postgrado en el Inter American Law Institute, Law School, New York University y The University of Wisconsin.

o Profesor de Derecho Regulatorio y Sistemas Judiciales Comparados en las Maestrías de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.

o Ha sido el primer Defensor del Pueblo del Perú.

o Consultor internacional y asesor de instituciones públicas y privadas en materia internacional, constitucional y administrativa.

o Ha sido experto internacional de la Organización Internacional del Trabajo en Costa Rica y Panamá y funcionario internacional de Naciones Unidas en Costa Rica, Argentina, Suiza y México.

o Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

o Condecoración "Francisco García Calderón" otorgado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

o Autor de diversos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas y coautor de la obra "Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas".

NATALE AMPRIMO PLÁ

o Abogado por la Universidad de Lima, con estudios en Gestión y Administración Municipal y Regional en la Universidad de Haifa con sede en Israel.

o Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

o Congresista de la República y miembro de las Comisiones de Constitución y Reglamento, Defensa Nacional, Inteligencia, Orden Interno, y Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas.

o Ha sido presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento, así como miembro de las Comisiones de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, Justicia y Constitución, y Reglamento Interno y Acusaciones Constitucionales.

o Coautor de la obra "Derecho Municipal" y de artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

MANUEL MURO ROJO

Abogado por la Universidad San Martín de Porres, con estudios de Maestría con mención en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o Gerente legal de Gaceta Jurídica.

o Director legal de las publicaciones Gaceta Jurídica, Actualidad Jurídica, Diálogo con la Jurisprudencia y Legal Express.

o Ha sido profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima y de la Universidad San Martín de Porres.

o Coautor de las obras "Contratos modernos" y "Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas", y autor de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

JUAN MANUEL SOSA SACIO.

Profesor asistente de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- . Diplomado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, y Diplomado en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional por la Universidad de San Martín de Porres.
- . Postítulo en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- . Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica, donde es coordinador y responsable de las Áreas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo.
- . Ha sido representante y coordinador académico del Taller de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y coordinador académico del Taller de Ciencia Política de la misma universidad.

CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS

- . Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- . Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.
- . Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.
- . Miembro correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- . Miembro honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. . Ha sido miembro de la Comisión de Estudio y Revisión del Código Civil de 1936.
- . Socio extranjero de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pado con sede en Italia.
- . Ha sido Superintendente Nacional de los Registros Públicos.
- . Autor de la obra "Estudios de Derecho Privado" y de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas; y coautor de la obra "Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas".

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

- . Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Doctor en Derecho por la misma universidad.
- . Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; con docencia en las universidades Autónoma de Madrid, Nacional de Buenos Aires, Siena y Nápoles; y profesor honorario de las universidades Nacional de Buenos Aires y Externado de Colombia, así como de numerosas universidades del Perú.

- . Presidente y miembro de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, y ponente del Libro I sobre Derecho de las Personas del Código Civil de 1984.
- . Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, y de las Academias de Derecho de Madrid, Buenos Aires y Córdoba.
- . Premio Nacional a la Cultura "Francisco García Calderón" por su obra "La noción jurídica de persona".
- . Investigador jurídico y autor, además, de "Teoría tridimensional del Derecho", "Derecho de las Personas", entre numerosas obras y artículos jurídicos publicados en revistas especializadas del Perú y del extranjero.

FERNANDO VELEZMORO PINTO

- . Director de edición de la Revista Cathedra, Espíritu del Derecho, editada por estudiantes de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- . Coordinador general del Taller de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- . Ponente en el IV Congreso Mundial de Derecho Informático organizado por la Asociación AlfaRedi, con la ponencia "La tutela de la persona frente a los avances de la informática y la necesidad de avanzar mas allá del derecho a la protección de datos personales".

GERARDO ETO CRUZ

- . Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela.
- . Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Teoría General de los Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo y en la Academia de la Magistratura.
- . Profesor investigador visitante de la Universidad de Bologna y de la Universidad Autónoma de México.
- . Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.

o Ha sido miembro de la Comisión de Bases para el Estudio de la Reforma Constitucional y de la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional.

o Autor de las obras "Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Notas para un estudio de la jurisdicción constitucional en el Perú", "Régimen legal del hábeas corpus y amparo", "Introducción al Derecho Civil Constitucional", entre otras, y de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

CLAUDIA DEL POZO GOICOCHEA

- o Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- o Ha sido profesora de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o Ha sido profesora asistente de docencia de Derecho Constitucional Peruano y del Seminario de Integración en Teoría General del Derecho, así como profesora adjunta de docencia del Seminario de Integración en Derecho Constitucional Peruano en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y jefe de prácticas de Derecho Constitucional Peruano en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
o Autora de la obra "Control difuso y procedimiento administrativo".

MARIO CASTILLO FREYRE

o Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister y Doctor en Derecho por la misma universidad.
o Profesor de Derecho Civil (Obligaciones y Contratos) en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y de la Universidad de Lima.
o Socio principal del Estudio Castillo Freyre.
o Autor de las obras "Los contratos sobre bienes ajenos", "El bien materia del contrato de compraventa", "El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta", "Tratado de la venta", entre otras, y de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas; y coautor, junto con el Dr. Felipe Osterling Parodi, de la obra "Tratado de Obligaciones"; y coautor de la obra "Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas".

OSCAR DÍAZ MUÑOZ

o Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Derechos Humanos y Derecho a la Educación por la Universidad de Verano con sede en Suiza. Doctor en Derechos Humanos por la Universidad de Zaragoza.
o Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Academia de la Magistratura.
o Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.
o Miembro del Instituto Riva Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

OMAR CAIRO ROLDÁN

o Abogado por la Universidad de Lima. Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor asociado de la Academia Nacional de la Magistratura.

o Abogado asociado del Estudio Monroy Abogados.

EDGAR CARPIO MARCOS

o Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de especialización en Justicia Constitucional en la Universidad Carlos 111 de Madrid, y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Washington College of Law de la American University, Estados Unidos.

o Profesor de Derecho Constitucional en las Facultades de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres y de la Universidad de Lima; y de la Academia de la Magistratura.

o Profesor investigador visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

o Autor de las obras "La interpretación de los derechos fundamentales" y "Selección de jurisprudencia del Tribunal Constitucional", y de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

CHRISTIAN DONAYRE MONTESINOS

o Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Militar.

o Ganador de diversos concursos académicos a nivel nacional como internacional.

o Autor de las obras "La reforma de la Justicia Militar. Estudios críticos de la experiencia peruana y comparada" y "El hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional. Una aproximación con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano", así como de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

SUSANA Y. CASTAÑEDA OTSU

o Abogada. Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Doctorado en Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid, y estudios de capacitación en Administración de Justicia en la Universidad de Nuevo México - Estados Unidos.

o Especialista en Derechos Humanos por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, y diploma de la Universidad de Verano de Derechos Humanos y del Derecho a la Educación de Ginebra - Suiza.

o Profesora principal de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Penal de la Academia de la Magistratura, y de las Escuelas de Postgrado de la Pontificia

Universidad Católica del Perú, de la Universidad de San Martín de Porres y de la Universidad Nacional Federico Villareal.

o Vocal Superior de la Tercera Sala Penal Especial (Sistema Anticorrupción) del Distrito Judicial de Lima.

o Autora de diversas publicaciones y conferencista en temas relativos al Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Procesal Penal.

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

o Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

o Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

o Miembro de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936.

o Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

o Ha sido Decano del Colegio de Abogados de Lima.

o Autor de las obras "El acto jurídico", "Prescripción extintiva y caducidad", "El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales", entre otras, así como de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas; y coautor de la obra "Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas".

JUAN MONROY GÁLVEZ

o Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o Profesor de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y en la Maestría de Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal con sede en Ginebra.

o Miembro y representante del Perú ante el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

o Director de la Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

o Representante ante la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS).

o Ha sido redactor del Proyecto de Código Procesal Civil para Honduras y juez ad-hoc de la Corte Internacional de Derechos Humanos de San José (Costa Rica) para tramitar y resolver la denuncia de Lori Berenson contra el Estado Peruano.

o Autor de las obras "Temas de proceso civil ", "Introducción al proceso civil", "La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos", entre otras, y de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas; y coautor de la obra "Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas".

MARIANELIA LEDESMA NARVÁEZ

o Abogada. Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

o Profesora de Derecho Procesal Civil en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad San Martín de Porres y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

o Juez supernumeraria en lo Civil del Distrito Judicial de Lima.

o Autora de las obras "La conciliación en el proceso civil", "El procedimiento conciliatorio", "Jurisprudencia actual" y "Comentarios al Código Procesal Civil" (en prensa), así como de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas; y coautora de la obra "Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas".

EUGENIA ARIANO DEHO

o Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

o Profesora de Derecho Procesal Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad de Lima.

o Miembro de la Comisión Permanente de Investigación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

o Autora de las obras "El proceso de ejecución. La tutela ejecutiva en el Código Procesal Civil peruano" y "Problemas del proceso civil", así como de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas; y coautora de la obra "Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas"-

JOSÉ URQUIZO OLAECHEA

o Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, con estudios de especialización en Derecho Penal en el Max Planck Institut für AusHindisches und Internationales Strafrecht de Alemania, y estudios de Postgrado en Derecho y Política en la Universidad de Salamanca.

o Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

o Autor de la obra "Principio de legalidad", "El bien jurídico", "Culpabilidad penal" "Principio de proporcionalidad", entre otros artículos jurídicos publicados en revistas especializadas; y coautor de la obra "Código Penal comentado por los 50 mejores especialistas".

REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN

o Abogado. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorando en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid.

o Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o Socio del Estudio Javier de Belaunde Abogados.

o Autor de las obras "Derechos fundamentales y proceso justo" y "El derecho a probar, como elemento esencial de un proceso justo", y de diversos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas. ..

RÓGER YON RUESTA

o Abogado, con estudios de Maestría con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y con estudios de especialización en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca.

o Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Academia de la Magistratura.

o Consultor de entidades públicas en delitos socio-económicos.

o Socio principal del Estudio Róger Yon Ruesta & Abogados.

o Autor de las obras "Consecuencias jurídicas del delito", "Excepción de naturaleza de acción", "El principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal", "Algunas consideraciones sobre el delito de defraudación tributaria", "El delito imprudente de comisión", entre otras obras, y de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

CECILIA BELTRÁN VARILLAS

o Profesora adjunta de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o Investigadora del Área de Derechos Humanos de la Comisión Andina de Juristas.

o Autora de diversos artículos jurídicos de análisis de coyuntura sobre la situación de los derechos humanos en la región andina y sobre la jurisdicción constitucional peruana.

VLADIMIR PADILLA ALEGRE

Abogado, con estudios de Maestría con mención en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú y con estudios de Postgrado en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca.

. Profesor de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

. Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

. Abogado del Estudio Róger Yon Ruesta & Abogados.

FEDERICO MESINAS MONTERO

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con estudios de Maestría con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- . Subgerente legal de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.
- . Coordinador general de la publicación Diálogo con la Jurisprudencia.
- . Autor de "La acción pauliana frente a los actos de disposición anteriores al crédito", "El problema de la ineficacia de los actos excesivos del representante", entre otros artículos jurídicos publicados en revistas especializadas; y coautor de la obra "Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas".

YVÁN MONTOYA VIVANCO

. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; con estudios de Doctorado en Derechos Humanos y Derecho Penal por la Universidad de Salamanca.

- . Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y en la Maestría de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- . Comisionado de la Defensoría del Pueblo.
- . Autor de los artículos "Discriminación y aplicación discriminatoria del Derecho Penal en los delitos contra la libertad sexual e infracciones penales contra la integridad personal" y "Ejercicio público de la acción penal: la tutela procesal de la víctima en los delitos sexuales".

CAROLINA LOAYZA TAMAYO

. Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Maestría con mención en Derecho Internacional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- . Profesora de Derecho Internacional Humanitario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y de Derecho Internacional Público en las Facultades de Derecho de la Universidad de Piura y Universidad de Lima, y de la Maestría en Derecho de la Universidad de Piura.
- . Miembro del Consejo Consultivo de la Revista de Derecho de la Universidad de Piura.
- . Presidenta de la Comisión de Estudio de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Colegio de Abogados de Lima.
- . Coordinadora regional para América Latina y el Caribe del Colegio de Abogados Penal Internacional.
- . Miembro de la Asociación Internacional de Abogados especializados en la Defensa Penal Internacional con sede en Canadá.
- . Autora de la obra "Recopilación de normas de Derecho Internacional Público" y de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

HUGO SIVINA HURTADO

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- . Ha sido Presidente del Poder Judicial.
- . Ha sido profesor de Derecho Penal en el Centro de Instrucción de la Policía de Investigaciones.
- . Ha sido presidente y vocal supremo instructor de la Sala Penal de la Corte Suprema de la República, así como miembro de la Academia de la Magistratura.

JAVIER ADRIÁN CORIPUNA

. Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y especialista en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante con sede en España.

- . Profesor de Derechos Fundamentales en el Postítulo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos en la Academia de la Magistratura.
- . Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

JORGE DANÓS ORDÓÑEZ

Abogado. Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid.

- . Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de Jurisdicción Constitucional en la Maestría de Derecho Constitucional de la misma universidad, y de Derecho Constitucional Económico en la Maestría de Tributación de la Universidad de Lima.
- . Asesor de la Comisión para el Estudio de la Reforma de la Constitución.
- . Jefe del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Consejo de Ministros.
- . Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo.
- . Miembro de la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, y del Tribunal Contencioso, Sancionador y Arbitral de la Bolsa de Valores de Lima.
- . Miembro de la Comisión del Ministerio de Justicia para preparar el proyecto de Ley sobre Régimen de Incompatibilidades de Funcionarios Públicos, de la Comisión de Bases de la Reforma Constitucional designada durante el Gobierno de Transición y del Comité de Asesores de la Comisión de Constitución del Congreso para la elaboración de un proyecto de reforma constitucional.
- . Ha sido presidente de las comisiones encargadas de elaborar el Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo General y el Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

RONALD CÁRDENAS KRENZ .

Abogado por la Universidad de Lima, con estudios de Maestría en Derecho.

. Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y de la Universidad de Lima.

. Superintendente Nacional (e) de los Registros Públicos.

. Presidente del Consejo Nacional de Catastro.

. Miembro del Consejo Directivo del Instituto del Ciudadano.

. Ha sido investigador del suplemento Dominical del diario El Comercio y corresponsal en el Perú de la Revista "Perfiles Liberales".

. Ha sido moderador internacional de la Fundación Friedrich Naumann, teniendo a su cargo seminarios en México, Guatemala y Nicaragua.

. Coautor de la obra "Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas", y autor de diversos libros y artículos publicados en revistas especializadas.

JAVIER DE BELAUDE LÓPEZ DE ROMAÑA

. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Postgrado en la Universidad de Wisconsin.

. Profesor principal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

. Ha sido miembro de la Comisión para formular las Bases para la Reforma Constitucional durante el Gobierno de Transición y de la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia, así como colaborador de la Comisión de Constitución del Congreso.

. Ha sido Juez Ad-Hoc en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

. Autor de numerosos artículos y ensayos de Derecho Civil, Derecho Constitucional y organización judicial.

CÉSAR GONZÁLEZ HUNT

. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Doctorado en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid, y Postgrado en Relaciones Industriales para Expertos Latinoamericanos en la Universidad de Bologna.

. Ha sido profesor de Derecho Procesal del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o Vicepresidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

o Miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Procesal del Trabajo y de la Dirección de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Lima.

o Socio del Estudio González & Asociados - Consultores Laborales.

o Coautor de las obras "Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. Ensayos a propósito de la sentencia sobre la Bolsa de Trabajo", "Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional", "Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú", "Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano", entre otras, y de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

o Profesor titular ordinario en las Facultades de Derecho y Maestrías de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Garcilaso de la Vega.

o Profesor principal de la Academia de la Magistratura, y profesor visitante de la Universidad Pontificia Católica Argentina y Universidad Nacional Mayor de Buenos Aires, así como de diversas universidades peruanas.

o Asesor de la Comisión que elabora una propuesta de Ley de la Carrera Judicial.

o Miembro de la Junta Directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo y del Comité Ejecutivo de la Asociación Peruana de Derecho Procesal.

o Ha sido miembro de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional y de la Comisión Especial de la Reforma Integral de la Administración de Justicia.

VÍCTOR CUBAS VILLANUEVA

o Abogado. Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales y Doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

o Profesor de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y en las Maestrías de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Particular Inca Gracilazo de la Vega.

o Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

o Abogado del Estudio Benites, De Las Casas, Forno y Ugaz Abogados.

o Ha sido abogado consultor de la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

o Ha sido fiscal superior coordinador de las Fiscalías Anticorrupción y fiscal superior titular en lo Penal de Lima.

o Autor de las obras "Constitución, proceso y poder político", "Código de Procedimientos Penales y legislación conexas", "El proceso penal. Teoría y práctica", entre otras, y de diversos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

WALTER ALBÁN PERALTA

o Abogado, especialista en Derechos Humanos.
o Profesor principal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o Ha sido Defensor del Pueblo.

o Se ha dedicado a la defensa de los derechos humanos desde instituciones públicas y privadas, en el ámbito nacional e internacional.

o Ha sido Director Adjunto de la Comisión Andina de Juristas, donde desarrolló investigaciones jurídicas en diversas áreas.

o Ha sido Jefe del Departamento Jurídico de la Comisión Episcopal de Acción Social (CEAS), institución de la Conferencia Episcopal Peruana de la Iglesia Católica, dedicada a desarrollar la pastoral social, promover la dignidad de las personas y los derechos humanos.

ALBERTO OTÁROLA PEÑARANDA

o Abogado. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magíster en Derecho por la Universidad de Yale.

o Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; profesor en la Maestría en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú; profesor principal de la Academia de la Magistratura; y profesor visitante en la Maestría de Derecho de la Empresa en la Universidad Torcuato di Tella de Buenos Aires.

. Consultor de la Comisión Andina de Juristas.

. Abogado asociado del Estudio Bullard, Falla, Ezcurra & Rivarola Abogados.

. Ex procurador del Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

. Ex Viceministro de Defensa.

. Autor de diversas obras sobre Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

DANIEL SORIA LUJÁN

o Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

. Subsecretario general de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

. Ha sido comisionado de la Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo.

. Autor de diversos artículos y ensayos de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derechos Humanos e Historia Constitucional Peruana.

MATEO CASTAÑEDA SEGOVIA

. Abogado, con estudios de Doctorado en Justicia Constitucional, Tutela Judicial y Derechos Fundamentales en la Universidad fulmón Uull con sede en Barcelona.

o Fiscal superior en lo Penal de Lima.

GASTÓN SOTO VALLENAS

Profesor de Ciencia Política, Derecho Constitucional General y Teoría del Estado, y Derecho Constitucional del Perú en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega y de la Universidad Tecnológica del Perú.

. Miembro titular del Jurado Nacional de Elecciones.

. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

o Ha sido miembro de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima.

. Autor de diversos artículos jurídicos publicados en diarios y revistas especializadas.

ISAAC HURTADO CRUZ

o Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

. Abogado de la Secretaría General del Jurado Nacional de Elecciones.

JUAN T. FALCONÍ GÁLVEZ

. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría con mención en Derecho Procesal por la Universidad Internacional de Andalucía y con pos título en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

. Asesor personal del Presidente del Jurado Nacional de Elecciones.

. Conciliador acreditado ante el Ministerio de Justicia.

. Miembro fundador de la Asociación No Hay Derecho.

. Coautor de la obra "El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria" .

JOHNNY ZAS FRIZ BURGA

- . Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Doctor en Derecho por la Universidad de Bologna.
- . Miembro del Instituto Riva Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- . Consultor en el Programa de Descentralización y Buen Gobierno de la Defensoría del Pueblo.
- . Ha sido consultor en la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, en el Consejo Nacional de Descentralización, en el Banco Mundial y en el Banco Interamericano de Desarrollo.

- . Autor de las obras "La descentralización ficticia. Perú: 1821-1998", "El sueño obcecado. La descentralización política en la América Andina" y "La insistencia de la voluntad. El actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004)".

HILDEBRANDO CASTRO-POZO DÍAZ

- . Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- . Ha sido profesor de Derecho Municipal y Derecho Urbanístico en la Facultad de Derecho de la Universidad Particular San Martín de Porres.
- . Ha sido miembro de la Comisión Ad Honorem de la Presidencia de la República encargada de proponer el proyecto normativo de recuperación y fortalecimiento de la autonomía municipal.
- . Autor de "Régimen normativo de la planificación urbana en el Perú. Temas municipales", "Régimen legal urbano", "Ley Orgánica de Municipalidades, comentada, concordada, jurisprudencia", entre otras obras y de diversos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

ÁNGEL DELGADO SILVA

- . Abogado. Magister en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico y con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- . Profesor de Derecho Municipal y Derecho Administrativo en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.
- . Presidente Ejecutivo de la Organización No Gubernamental Instituto Sociedad y Desarrollo.
- . Asesor de la Asociación de Municipalidades del Perú.
- . Socio del Estudio Delgado, Quintana, Jiménez & Asociados.
- . Ha sido miembro de la Comisión Especial para la elaboración del Proyecto de propuesta constitucional para el régimen municipal y de la Comisión encargada de formular el proyecto normativo para la recuperación y fortalecimiento de la autonomía municipal, así como redactor de la parte Tributaria Municipal de la Ley de Financiamiento.

DANIEL YACOLCA ESTARES

- . Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Magister en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima y Diplomado de especialista en tributación por la misma universidad; con estudios de Doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Doctorado en Derecho Empresarial por la Universidad de Sevilla.
- . Profesor de la Maestría en Tributación y Política Fiscal de la Universidad de Lima; de la Maestría en Tributación de la Universidad Nacional del Callao; de la Maestría en Auditoría de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana; de las Maestrías en Derecho Empresarial de la Universidad Privada San Pedro de Chimbote y de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa; y del MBA (Master in Business Administration) de la Universidad Ricardo Palma.
- . Funcionario de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT.
- . Autor de la tesis "El delito contable" y de diversos artículos publicados en revistas especializadas.

ROBERTO PEREIRA CHUMBE

- . Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- . Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- . Comisionado de la Adjuntía para Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo.
- . Representante alterno de la Defensoría del Pueblo en la Comisión Especial Revisora del Código Penal.

SAMUEL B. ABAD YUPANQUI

- . Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Constitucionales de España.
- . Profesor principal de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Maestría en Derecho Constitucional de la misma universidad.
- . Ha sido coordinador del Área de Instituciones Democráticas de la Comisión Andina de Juristas; miembro de la Comisión de Bases para la Reforma Constitucional convocada por el Gobierno de Transición; y miembro del grupo que elaboró el Anteproyecto de Código Procesal Constitucional.
- . Adjunto en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo del Perú.
- . Autor de las obras "El proceso constitucional de amparo" y "Derecho Procesal Constitucional", así como de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas; y coautor de la obra "Código Procesal Constitucional".

LUIS CASTILLO CÓRDOVA

Abogado por la Universidad de Piura. Doctor en Derecho por la Universidad de la Coruña.

- . Profesor en la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho de la Universidad de Piura.
- . Director del Departamento de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.
- . Director de la Revista de Derecho de la Universidad de Piura.
- . Segundo puesto en el I Concurso Nacional Universitario "El ensayo jurídico" y en el I Concurso Nacional del Libro Universitario organizado por la Asamblea Nacional de Rectores.
- . Autor de las obras "Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales", "Hábeas corpus, amparo y hábeas data. Un estudio esencialmente jurisprudencial", "Comentarios al Código Procesal Constitucional", entre numerosas obras y artículos jurídicos publicados en revistas especializadas del Perú y del extranjero.

5

LUIS ALBERTO HUERTA GUERRERO

- . Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Maestría de la Universidad Andina Simón Bolívar.
- . Autor de las obras "La jurisdicción constitucional en el Perú en el 2003; un balance sobre su desarrollo en la legislación y la jurisprudencia", "Libertad personal y hábeas corpus; estudios sobre jurisprudencia constitucional", "Libertad de expresión y acceso a la información pública", entre otras y de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

JAVIER ALVA ORLANDINI

- . Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- . Magistrado del Tribunal Constitucional.
- . Ha sido miembro de la Comisión de Constitución y de Justicia del Congreso de la República.
- . Ha sido presidente de la Comisión que elaboró el Código Civil y miembro de las Comisiones encargadas de elaborar la Ley de Política Nacional de Población, Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal, Código Procesal Civil, Ley General de Sociedades y Ley de Títulos Valores.
- . Condecoración "Orden del Sol del Perú" otorgada por el Congreso de la República y por los gobiernos de Argentina, Brasil, Ecuador y Corea, así como por la Marina de Guerra, la Fuerza Aérea, Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.
- . Autor de las obras "Respuesta a la dictadura", "Yo ministro", "Palabra de honor", "Sí juro", entre otras.

VÍCTOR GARCÍA TOMA

- . Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Derecho Constitucional.
- . Profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima y Universidad Inca Garcilaso de la Vega, y profesor de la Maestría en Gobernabilidad de la Universidad Particular de San Martín de Porres.
- . Ha sido profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Federico Villareal, en la Escuela Superior de Administración Pública, en la Escuela Superior de la Policía y en la Academia Diplomática del Perú.
- . Magistrado del Tribunal Constitucional.
- . Miembro de la Comisión de Estudio de Reforma Constitucional.
- . Primer puesto en el concurso de investigación jurídica de la Asociación de Jueces y Fiscales del Perú en 1991.
- . Autor de las obras "Constitución y Derecho Judicial", "La ley en el Perú y análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993", "Teoría del Estado y Derecho Constitucional", entre otras obras y de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

ERIKA GARCÍA-COBIÁN CASTRO

- . Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid y con Maestría en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Salamanca.
- o Profesora adjunta de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- o Comisionada de la Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo.
- o Autora de la obra "Fuerzas Armadas y consolidación democrática: Perú 1980-1995", y de diversos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

CÉSAR ABANTO REVILIA

- o Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con estudios de Maestría en Derecho de los Negocios por la misma universidad.
- o Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- o Asesor legal externo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP).
- o Consultor legal en temas de pensiones del Estado.
- o Abogado asociado del Estudio González & Asociados - Consultores Laborales.
- o Autor de numerosos artículos jurídicos en materia previsional publicados en revistas especializadas.

FRANCISCO MORALES SARAVIA

o Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con estudios de Maestría con mención en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de Doctorado en Justicia Constitucional, Tutela Judicial y Derechos Fundamentales en la Universidad Ramón Llull, Barcelona.

o Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, y de Derecho Constitucional en la Sección de Postgrado de la Universidad Nacional Federico Villareal.

o Asesor jurisdiccional en el Tribunal Constitucional y ex asesor en el Congreso de la República.

o Ha sido consultor de la GTZ (Cooperación Alemana) para la Secretaría Técnica de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) del Estado Peruano.

o Miembro de las Comisiones de Estudio de Derecho Constitucional, de Reforma Constitucional y Ejecutiva de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Lima.

o Autor de numerosos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas.

Abreviaturas de las Concordancias

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

D.U.D..H.	Declaración Universal de los Derechos Humanos (10-12-48)
P.I.D.C.P.	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (16-12-66)
P.I.D.E.S.C	Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16-12-66)
CA.D.H.	Convención Americana sobre Derechos Humanos (22-11-69)
P.S.S.	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador (17- 11 -88)
C.D.N.	Convención sobre los Derechos del Niño (20- 11-89)
C.I.C .	Convención Interamericana contra la Corrupción (29-03-96)
Convenio 169	Recomendación sobre política de empleo (26-06-84)
D. 285	Decisión 285. Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia (19-05-91)
D. 351	Decisión 351. Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos (24-03-94)

CONSTITUCIÓN Y CÓDIGOS

C	Constitución Política de 1993 (30-12-93)
CC	Código Civil (D.Leg 295 de 25-07-84)
CP.	Código Penal (D.Leg. 635 de 8-04-91)
CPC	Código Procesal Civil (T.UO., R.M. 01 0-93-JUS de 23-04-93)
CP.P.	Código Procesal Penal (D.Leg. 638 de 27-04-91)
C de P.P.	Código de Procedimientos Penales {Ley 9024 de 16-01 -40)
CN.A.	Código de los Niños y Adolescentes {Ley 27337 de 7-08-2000)
C.J.M.	Código de Justicia Militar (D.L. 23214 de 26-07-80)
C.T.	Código Tributario (TUO., D.S. 135-99-EF de 19-08-99)
CPÜ.	Código Procesal Constitucional {Ley 28237 de 31-05-2004)
CM.A.	Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (D. Leg N° 613 de 8-09-90) (derogado)

LEYES ORGANICAS

L.O.P.J	Ley Orgánica del Poder Judicial (T.U.O., D.S. 017-93-JUS de 02-06-93)
L.O.M.P.	Ley Orgánica del Ministerio Público (D.Leg 052 de 18-03-81)
L.O.B.CR.	Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú (D.L. 26123 de 30- 12-92)
L.O.J.N.E.	Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones {Ley 26486 de 21-06-95)
L.O.E.	Ley Orgánica de Elecciones {Ley 26859 de 01-10-97)

LEYES ORDINARIAS

LEY 24029	Ley del Profesorado (15- 12-84)
LEY 24656	Ley que declara de necesidad nacional e interés social y cultural el desarrollo integral de las comunidades (14-04-87)
LEY 26300	Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (3-05-94)
LEY 26497	Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (12-07-95)

- LEY 26505 Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas (18-07-95)
- LEY 26574 Ley de Nacionalidad (11-01-96)
- LEY 26636 Ley Procesal del Trabajo (24-06-96)
- LEY 26689 Establecen delitos cuyos procesos se tramitarán en la vía ordinaria (30-11-96)
- LEY 26702 Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (9-12-96)
- LEY 26772 Ley que dispone que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato (17-04-97)
- LEY 26775 Ley que establece el derecho de rectificación de personas afectadas por afirmaciones inexactas en medios de comunicación social (24-04-97)
- LEY 26790 Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (17-05-97)
- LEY 26821 Ley para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (26-06-97)
- LEY 26834 Ley de Áreas Naturales Protegidas (4-07-97)
- LEY 26839 Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica (16-07-97)
- LEY 26842 Ley General de Salud (20-07-97)
- LEY 26848 Ley Orgánica de Recursos Geotérmicos (29-07-97)
- LEY 26856 Declaran que las playas del litoral son bienes de uso público, inalienables e imprescriptibles y establecen zona de dominio restringido (8-09-97)
- LEY 26859 Ley Orgánica de Elecciones (1-10-97)
- LEY 26860 Declaran en reorganización a la Escuela Nacional Superior Autónoma Bellas Artes (5-10-97)
- LEY 26962 Ley sobre modificaciones de disposiciones tributarias para el desarrollo de la actividad turística (3-06-98)
- LEY 27037 Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía (30-12-98)
- LEY 27056 Ley de creación del Seguro Social de Salud (30-01-99)
- LEY 27117 Ley General de Expropiaciones (20-05-99)
- LEY 27157 Ley de regularización de edificaciones, del procedimiento para la declaratoria de fábrica y del régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y de propiedad común (20-07-99)
- LEY 27209 Ley de Gestión Presupuestaria del Estado (03-12-99)
- LEY 27238 Ley de la Policía Nacional del Perú (22-12-99)
- LEY 27240 Ley que otorga permiso por lactancia materna (23-12-99)
- LEY 27312 Ley de Gestión de la Cuenta General de la República (20-07-2000)
- LEY 27342 Ley que regula los convenios de estabilidad jurídica al amparo de los D.Legs. 662 Y 757 (06-09-2000)
- LEY 27594 Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos (14-12-2001)
- LEY 27657 Ley del Ministerio de Salud (29-01-2002)
- LEY 27785 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (23-07-2002)
- LEY 27806 Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (03-08-2002)
- LEY 27908 Ley de Rondas Campesinas (07-01-2003)
- LEY 27933 Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (12-02-2003)
- LEY 27972 Ley Orgánica de Municipalidades (27-05-2003)
- LEY 28048 Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto (1-08-2003)
- LEY 28094 Ley de Partidos Políticos (1-11-2003)

- LEY 28296 Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación (22-07-2004)
LEY 28495 Ley del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (15-04-2005)
LEY 28611 Ley General del Ambiente (15-10-2005)

DECRETOS LEYES

- D.L. 17537 Ley de Representación y Defensa Judicial del Estado (18-03-69)
D.L. 22175 Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva (10-05-78)
D.L. 25762 Ley Orgánica del Ministerio de Educación (12-10-92)
D.L. 25868 Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (24- 11 -92)
D.L. 25891 Transfieren las funciones y actividades comprendidas en la Ley General de Comunidades Campesinas y en la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva (9- 12-92)
D.L. 26005 Crean el Fondo para la Cultura y las Artes (27-12-92)
D.L. 26122 Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (30-12-92)
D.L. 26162 Ley del Sistema Nacional de Control (30-12-92) (derogado)

DECRETOS LEGISLATIVOS

- D.LEG. 183 Ley Orgánica del Ministerio de Economía y Finanzas (15-06-81)
D.LEG. 276 Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (24-03-84)
D.LEG. 346 Ley de Política Nacional de Población (6-07-85)
D.LEG. 598 Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Desarrollo de Comunidades Campesinas (01 -05-90)
D.LEG. 653 Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario (01-08-91)
D.LEG. 662 Ley que otorga un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías (2-09-91)
D.LEG. 668 Ley por la que se dictan medidas destinadas a garantizar la libertad de comercio exterior e interior como condición fundamental para el desarrollo del país (14-09-91)
D.LEG. 677 Ley que regula la participación en utilidad, gestión y propiedad de los trabajadores de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría y que están sujetos al régimen laboral de la actividad privada (7-10-91)
D.LEG. 701 Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia (7-11-91)
D.LEG. 703 Ley de Extranjería (14-11-91)
D.LEG. 713 Ley de consolidación de la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada (8-11-91)
D.LEG. 716 Ley sobre Protección al Consumidor (9-11-91)
D.LEG. 757 Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (13-11-91)
D.LEG. 818 Ley que precisa el inicio de operaciones productivas de empresas que suscriban contratos con el Estado para la exploración, desarrollo y/o explotación de recursos naturales (23-04-96)
D.LEG. 822 Ley sobre el Derecho de Autor (24-04-96)
D.LEG. 823 Ley de Propiedad Industrial (24-04-96)

- D.LEG. 842 Ley que declara de interés prioritario el desarrollo de la zona sur del país y crean centros de exportación, transformación, industria, comercialización y servicios en Ilo, Matarani y Tacna (30-08-96)
- D.LEG. 882 Ley de Promoción de la inversión en la Educación (9-11 -96)
- D.LEG. 892 Ley que regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría (11-11-96)

DECRETOS SUPREMOS

- D.S. 1-84-ED Norma de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Cultura (17-01-84) (derogado)
- D.S. 17-84-ED Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Cultura (03-04-84) (derogado)
- D.S. 20-84-ED Estatuto de la Escuela Nacional de Bellas Artes (05- 10-97)
- D.S. 02-89-ED Reglamento General de la Escuela Nacional Superior de Folklore José María Arguedas (24-01-89) (derogado)
- D.S. 310-89-EF Establecen procedimientos de pagos del Tesoro Público, establecido por D.L. 19350 y ampliado por D.L. 19463 (4-01-90)
- D.S. 005-90-PCM Reglamento de la Carrera Administrativa (18-01-90)
- D.S. 19-90-ED Reglamento de la Ley del Profesorado (29-07-90)
- D.S. 068-90-TR Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Desarrollo de Comunidades Campesinas (9- 11 -90)
- D.S. 068-91-EF Permiten la libre tenencia, uso y disposición interna y externa de la moneda extranjera, por las personas naturales y jurídicas residentes en el país (27-03-91)
- D.S.011-91-AG El Estado garantiza derecho. de propiedad privada sobre la tierra, manteniéndose límites inafectables (31-03-91)
- D.S. 011-92- TR Reglamento. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. (15-10-92)
- D.S.012-92-TR Reglamento. del Decreto. Legislativa 713 sobre las descansos remunerados de las trabajadores sujetas al régimen laboral de la actividad privada (03-12-92)
- D.S.001-93-PCM Fijan el horario. de trabajo. de las servidores de la Administración Pública (8-01-93)
- D.S.02-94-AG Precisan el marco funcional que corresponde a las Direcciones Regionales Agrarias en cuanto a las acciones y procedimientos de titulación y deslinde de comunidades (10-01-94) Reglamento de Ley de Fomento del Empleo. (26-01-96)
- D.S.001-96-TR Reglamento. de Organización y Funciones del Ministerio. de Educación (02-03-96)
- D.S. 002-96-ED Aprueban el marco general de renegociación de la deuda externa con la banca privada y otros acreedores (27-06-96)
- D.S.072-96-EF Texto Único Ordenado del Decreto. Legislativo 728, Ley de Formación y Promoción Laboral (27-03-97)
- D.S.002-97-TR Texto. Único. Ordenado del Decreto Legislativa 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (27-03-97)
- D.S.003-97-TR Reglamento de la Ley de Nacionalidad (28-05-97)
- D.S. 004-97-IN Texto Único Ordenado de la Ley 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar (27-06-97)
- D.S.006-97-JUS Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (9-09-97)
- D.S. 009-97 oSA Reglamento de la Ley 26505, referida a la inversión privada en el desarrollo de actividades económicas en tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas nativas (13-06-97)

- D.S. 011-97-AG Ratifican el Convenio de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o. Exportados ilícitamente (3-09-97)
- D.S. 027-97-RE Reglamento. de la Ley 27056, Ley de creación del Seguro. Social de Salud (27-04-99)
- D.S. 002-99-TR Texto Único de Procedimientos Administrativos del CONSUCODE (07-D6-99) (derogado)
- D.S. 020-99-PCM Constituyen la Mesa de Diálogo Permanente para la solución de los problemas de las Comunidades Indígenas de la Amazonia Peruana (23-06-2001) (derogada)
- D.S. 072-2001-PCM Texto. Único. Ordenado. de la Ley de Jornada de Trabajo., Horario y Trabajo en Sobretiempo. (4-07-2002)
- D.S. 007-2002-TR Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo (4-07-2002)
- D.S. 008-2002- TR Reglamento de la Ley del Ministerio de Salud (22-11-2002)
- D.S. 013-2002-SA Reglamento. General de la Escuela Nacional Superior de Folklore José María Argüedas (24-12-2002)
- D.S. 054-2002-ED Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (5-10-2003)
- D.S. 017-2003-ED Declaran en estado. de emergencia los distritos de San Gabán, Ollachea y Ayapata, provincia de Carabaya, y el distrito de Antauta, provincia de Melgar, en el departamento de Puno (23-11-2004)
- D.S. 010-2003-TR Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. (29-11-2004)
- D.S. 082-2004-PCM Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. (29-11-2004)
- D.S. 083-2004-PCM
- D.S. 084-2004-PCM.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

- R.M. 0235-91-RE Crean el Fondo para Promoción Cultural así como el Fondo para Recuperación en el Exterior del Patrimonio Cultural Peruano (16-05-91)
- Rgmto. Congreso R. 238-85-CG T.U.O. del Reglamento del Congreso de la República (30-05-98)
- R. 341-92-CG Establecen que las resoluciones que expide la Contraloría General en el ejercicio de sus funciones solo pueden contradecirse ante la Corte Suprema de la República (31-10-85)
- R 012-20\JO-PROMUDEH/SETAI
- R. 016-2002-CG Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas a nivel nacional (22-07-2000)
- R. 278-2004-CG Texto. Único de Procedimientos Administrativas de la Contraloría General de la República (08-07-2004)

OTRAS NORMAS

Estructura orgánica de la Contraloría General de la República (2-12-92) Texto. Único de Procedimientos Administrativas de la Contraloría General de la República (21-02-2002) (derogada)

TÍTULO IV

**DE LA ESTRUCTURA DEL
ESTADO**

TÍTULO IV

DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

CAPÍTULO I

PODER LEGISLATIVO

Artículo 90

Unicameralidad del Congreso. Requisitos para la elección y número de congresistas

El Poder Legislativo reside en el Congreso, el cual consta de Cámara Única. El número de congresistas es de ciento veinte. El Congreso se elige por un período de cinco años mediante un proceso electoral organizado conforme a ley. Los candidatos a la presidencia no pueden integrar las listas de candidatos a congresistas. Los candidatos a vicepresidentes pueden ser simultáneamente candidatos a una representación a Congreso.

Para ser elegido congresista se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido veinticinco años y gozar del derecho de sufragio.

CONCORDANCIAS:

C: arts.III, 134, 203 inc. 4), la nT.E.;
C.P.: arto 375;
C.P.C.: arts. 3~6, 413;
T.U.O. Rgmo. Congreso: arts. 1 al 4, 47;
L.O.E: arto 21, 112

Carlos Hakansson Nieto

La Carta de 1993 es la primera Constitución peruana que establece un Parlamento unicameral¹. Como sabemos, un importante control interno del Parlamento consiste en la división de la función legislativa, distribuida en dos cámaras separadas que se contrapesan mutuamente. Sin embargo, pese a la influencia norteamericana y europea², el Parlamento unicameral no es extraño

¹ De las doce Constituciones que tuvo la República del Perú nueve optaron por el bicameralismo, una estableció un Parlamento tricameral, y la única excepción de un Parlamento unicameral fue la Constitución de 1823 que no llegó a tener vigencia.

² Artículo 1.1. Constitución norteamericana de 1787.

"La Constitución histórica del Perú había consagrado el bicameralismo como modo de organización del Poder Legislativo y que la cámara única no hacía sino consagrar el

en los Estados iberoamericanos, pues existen algunos antecedentes en Ecuador, Honduras, Panamá y Nicaragua.

Durante el debate de la Asamblea Constituyente encontramos diversos argumentos a favor del bicameralismo. Por ejemplo, se sostuvo que el Parlamento bicameral promueve el equilibrio de poderes a diferencia de la cámara única³, y que un Parlamento unicameral obstruye la búsqueda del consenso político⁴; pero, finalmente, los argumentos en favor del unicameralismo terminaron imponiéndose por la mayoría. Entre ellos se afirmó que la segunda cámara es más lenta para los tiempos modernos⁵ y que los conflictos entre cámaras son permanentes⁶; además, se advirtió que el Parlamento bicameral no ha solucionado los problemas nacionales⁷ y que en la historia de los textos constitucionales peruanos siempre había sido ineficaz.

En síntesis, podemos resumir estos argumentos de la siguiente manera. Primero, los que deseaban un Parlamento fuerte y que consideraron que el bicameralismo podría evitar que el Gobierno contase con mayoría parlamentaria en ambas cámaras. Segundo, aquellos que deseaban convertir al Parlamento en una institución lo más cercana posible a las decisiones del Ejecutivo, que fue la posición que prevaleció en la Asamblea Constituyente.

despotismo de Asamblea"; ver Actas del Congreso Constituyente 29' sesión (matinal), miércoles 21 de julio de 1993, p. 128.

Por otro lado, se afirmó que "la bicameralidad garantiza el uso adecuado del poder y que el cambio presidencial, con un régimen unicameral, hacía propicio el abuso del derecho, señalando, finalmente, que la Constitución que se estaba aprobando tenía un claro perfil autocrático"; ver Actas del Congreso Constituyente, 29' sesión (vespertina), miércoles 21 de julio de 1993, p. 132. Se expresaron dudas "sobre la mayor eficacia que supondría la adopción de la unicameralidad y respecto de la importancia de la adecuación de este sistema u otro para el equilibrio de poderes"; ver Actas del Congreso Constituyente, 29' sesión (vespertina), miércoles 21 de julio de 1993, p. 133; Y por último, hubieron posiciones contrarias a la unicameralidad por considerar que fortalecía el centralismo del Estado; ver Actas del Congreso Constituyente, 29' sesión (matinal), miércoles 21 de julio de 1993.

³ Ver Actas del Congreso Constituyente, 29' sesión (vespertina), miércoles 21 de julio de 1993, p. 134.

⁴ Ver Actas del Congreso Constituyente, 29' sesión (vespertina), miércoles 21 de julio de 1993, p. 132. En contra de este argumento Bernal sostiene que en política "la rapidez y la agilidad del procedimiento no tienen que ser calificadas como bondad", véase BERNAL BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Ciedla, Lima, 1996, p. 376. Por otro lado, Valle Riestra sostiene que el unicameralismo es la racionalización parlamentaria por excelencia. Véase VALLE-RIESTRA, Javier. El fracaso de la Constitución. En: "Lecturas sobre Temas Constitucionales", N° 8. Comisión Andina de Juristas, Lima, p. 13.

⁵ Dictamen de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente, p. 10.

⁶ Ver en Actas del Congreso Constituyente, 29' sesión (vespertina), miércoles 21 de julio de 1993, p. 132.

⁷ Posición del señor Carpio Muñoz, miembro del Congreso Constituyente, quien además se manifestó en contra sobre el lapso de maduración de las propuestas legislativas, proponiendo que los proyectos de ley, después de ser aprobados, sean objeto de una votación adicional después de treinta días. Ver: Actas del Congreso Constituyente, 29' sesión (vespertina), miércoles 21 de julio de 1993, p. 133. De modo contrario, Chirinos Soto se pronunció a favor de la bicameralidad "apoyando su posición en la tradición parlamentaria peruana y en la legislación comparada". En: Actas del Congreso Constituyente, 29' sesión (vespertina), miércoles 21 de julio de 1993, p. 132.

En nuestra opinión, la pérdida de la bicameralidad del Parlamento peruano supone dejarla sin contrapeso para la doble reflexión legislativa. En todos los Parlamentos bicamerales existen conflictos entre ambas cámaras pero es ahí donde surge la reflexión. No olvidemos que en los Parlamentos se discuten las diferentes propuestas y los distintos intereses de los partidos representados. Se trata de un juego político tan saludable como antiguo. Es cierto que no se podrá evitar que ambas cámaras tengan dificultad para ponerse de acuerdo; sin embargo, una de ellas tendrá que rendirse y la tradición pide, salvo excepciones, que sea la Cámara Alta⁸.

Por otro lado, uno de los principales problemas del Presidencialismo peruano consiste en que la opinión pública no comprende las reglas del juego político. Es más, los ciudadanos peruanos son algo pesimistas cuando un Gobierno no cuenta con mayoría parlamentaria porque, según su experiencia histórica, consideran que el Ejecutivo no podrá gobernar. El requisito de mayorías calificadas para aprobar la legislación, y vencer así la resistencia de una segunda cámara, puede evitar precipitadas decisiones políticas o por lo menos movilizar de tal manera la atención de la opinión pública para que la decisión final corresponda a la voluntad de la mayoría.

Al margen de las opiniones de los constituyentes peruanos, la existencia o no de una segunda cámara no es el requisito indispensable para crear un Parlamento eficiente. En la actualidad existen casi cuarenta Estados en el mundo que cuentan con un Parlamento unicameral⁹ y muchos de ellos gozan de estabilidad política, como es el caso de Suecia o Portugal, por ejemplo. Asimismo, existen países como Rusia que cuentan con una segunda Cámara pero sin efectivos contrapesos entre ellas. El Parlamento unicameral fue aprobado por la mayoría de la Asamblea Constituyente.

El texto constitucional reforzó a la Comisión Permanente para que asuma algunas de las competencias que tenía el Senado de la Constitución de 1979.

Por otra parte, el artículo que comentamos también establece que el número de congresistas es de ciento veinte parlamentarios. Un número que no fue producto de un estudio sobre la cantidad de representantes que los ciudadanos peruanos necesitan para atender sus quejas¹⁰. Se establece además que el mandato parlamentario es de cinco años (al igual que el presidencial). Una disposición contraria al espíritu del presidencialismo, por lo menos en su forma más pura, porque en esta forma de gobierno las elecciones deben ser separadas y no coincidentes. Una característica que sí cumplen otros presidencialismos del entorno iberoamericano, como son los casos de Argentina, Brasil, Colombia, Chile y México, por citar unos ejemplos. Esta

⁸ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Ariel. Barcelona, 1976, p. 245. El Senado, la Cámara Alta Norteamericana, es la excepción a esta regla por ser la Cámara de representación federal.

⁹ Algunos de los países que según sus Constituciones cuentan con un Parlamento unicameral son Bulgaria (1991), Dinamarca (1953), Ecuador (1979), Egipto (1971), Finlandia (1919), Grecia (1975), Honduras (1982), Hungría (1949), Indonesia (1959), Nicaragua (1987), Panamá (1972), Portugal (1976) y Suecia (1975).

¹⁰ En el mismo sentido véase PLANAS, Pedro. Democracia y tradición constitucional en el Perú. Editorial San Marcos. Lima, 1998, pp. 162-163.

diferencia o alejamiento del modelo presidencialismo y aproximación al parlamentario busca fomentar una soldadura, si cabe la expresión, entre Ejecutivo y Legislativo durante todo el mandato presidencial. De esta manera, una victoria en las urnas I durante un proceso de elecciones generales aseguraría una representación parlamentaria fija e invariable durante cinco años. Esta disposición nos parece algo riesgosa si consideramos que el ejercicio de la política no está dimensionado y que las agrupaciones partidarias todavía están demasiado fragmentadas, lo cual imposibilita la existencia de un parlamento con tres o cuatro partidos como máximo. Dos de ellos con amplia I representación y otros dos para que moderen sus eventuales posturas radicales.

Otra disposición del mismo artículo es la imposibilidad del candidato presidencial para integrar las listas al Parlamento, que sí está permitida a los candidatos a la vicepresidencia. Si bien esta disposición está más acorde con los modelos presidencialistas, debemos tener en cuenta que este impedimento también afecta al conjunto del sistema político, especialmente a la conformación de una oposición que sea estable, sólida y perceptible por los ciudadanos. La fragmentación de las agrupaciones políticas y su proliferación en las elecciones generales necesita que los nuevos candidatos a la presidencia de la República puedan alcanzar una representación parlamentaria para mantener su presencia en la escena política y organizar su partido de cara a una próxima elección. De esta manera la frase "si retiramos al pastor se dispersarán las ovejas" parece ser la verdadera finalidad de esta disposición. Si bien es cierto que la forma de Gobierno en la Constitución peruana todavía es un híbrido entre el modelo presidencial y parlamentario, consideramos que algunas de las cláusulas que fomentan esa mixtura todavía son necesarias mientras no se alcance un verdadero dimensionamiento del ejercicio de la política.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Ciedla, Lima, 1996; CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Actas del Congreso Constituyente. 29ª sesión, miércoles 21 de julio de 1993;

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Ariel, Barcelona, 1976; PLANAS, Pedro. Democracia y tradición constitucional en el Perú. Editorial San Marcos, Lima, 1998; V ALLE-RIESTRA, Javier. El fracaso de la Constitución. En: "Lecturas sobre Temas Constitucionales". N° 8, Comisión Andina de Juristas, Lima.

Artículo 91

Personas que no pueden ser elegidas como parlamentarios

No pueden ser elegidos miembros del Parlamento Nacional si no han renunciando al cargo seis (6) meses antes de la elección:

1. Los Ministros y Viceministros de Estado, el Contralor General.
2. Los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Jurado Nacional de Elecciones, ni el Defensor del Pueblo.
3. El Presidente del Banco Central de Reserva, el Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, y el Superintendente Nacional de Administración Tributaria.
4. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad, y
5. Los demás casos que la Constitución prevé(*).

(*) Texto del artículo según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 28607, publicada el 04 de octubre de 2005.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 92, 93, 99, 100, 107, 201, 203 inc. 4), 206, 2° D.T.E.;

L.O.E: arts. 112 y 113;

C.A.D.H.: art. 23.2

César Delgado Guembes

1. Naturaleza, alcances, supuestos y finalidad de las inelegibilidades

El tema central de este artículo es el de las inelegibilidades para el ejercicio de la función de representación en el Congreso. Si la elegibilidad es la capacidad para ser elegido, la inelegibilidad consiste en las restricciones a esa capacidad. Es pues una norma prohibitiva, excepcional. Es la norma que limita el derecho a la elección política, que es un derecho fundamental universal.

El criterio constitucional para limitar el acceso a un puesto público se funda en una carga presunta. Se presume que quien tiene poder puede abusar de él. En consecuencia la norma impone el desprendimiento y la discontinuidad. El espíritu de la Constitución lleva a entender que quien tiene poder no lo debe usar en su ventaja ni tenerlo indefinidamente.

A los funcionarios afectados, por ello, si intentan competir por un cargo representativo ante la voluntad política de la comunidad, se les impone una salvedad. El requisito de haber dejado el cargo interdictado con una anterioridad no inferior a seis meses respecto de la fecha de la elección.

Dejar el cargo es una expresión, por lo tanto, que requiere explicación. ¿Deja el cargo quien presenta la renuncia seis meses antes de la elección? El acto de presentar la renuncia es una manifestación indudable de tener voluntad de separarse del cargo.

Nadie cuestionaría que el dato de un documento escrito o aun de un anuncio o de una declaración pública expresa son manifestaciones de voluntad. Manifiestan la voluntad de dar por terminado el encargo aceptado. Sin embargo, la norma no se refiere ni al anuncio ni a una declaración pública expresa. Tampoco se refiere a la intención de apartarse del cargo mediante un documento en el que tal voluntad conste de manera innegable. Para la Constitución no es suficiente la presentación de la renuncia. Presentarla no equivale a haber dejado de modo efectivo el cargo inelegible.

La presentación debe ser aceptada y, además, no cabe que el renunciante detente el cargo bajo ninguna forma. No puede mantenerlo ni provisionalmente ni por encargo. No cabe que tenga vinculación alguna con la posibilidad de valerse del cargo.

Por lo tanto, la exigencia solo queda cumplida cuando, habiendo sido aceptada la renuncia, el cargo ya no es más efectivamente ocupado ni detentado por el ciudadano con intención de postular al Congreso. En consecuencia, si la exigencia demanda el apartamiento total del funcionario del puesto interdictado, debe entenderse que ha de tomar todas las precauciones del caso para que sea reemplazado por su sucesor. Es el signo incuestionable que ya no es funcionario ni ocupa el puesto, en ninguna forma o modalidad. Debe quedar excluido de poder y responsabilidad respecto del cargo seis meses antes de la fecha convocada para la elección. Su sucesor en el cargo seis meses antes del sufragio para elegir representantes al Congreso es el único signo inequívoco del cumplimiento de esta disposición constitucional.

En caso que la renuncia fuera presentada pero no aceptada, o si se aceptara la renuncia y se encargara la cartera o puesto provisionalmente hasta el reemplazo por el sucesor, el requisito sería solo dudosamente cumplido. Lo constitucionalmente limpio, incuestionable, recomendable y preferible es el completo apartamiento del cargo con anterioridad de seis meses a la fecha de la elección.

El incumplimiento de este requisito daría lugar a la declaratoria de inadmisibilidad de la postulación por los organismos electorales. En otras palabras, obviar este requisito puede dar lugar a la negación de la postulación o, en su caso, a la presentación de la tacha respectiva. Que postule quien está impedido de hacerlo genera una causal de invalidez del mandato. Si por las razones que fuera los funcionarios inelegibles postularan o, peor aún, fueran elegidos, proclamados o incorporados al Congreso, su mandato tendría la mancha de haberse originado espuriamente. Sería un mandato no solo jurídicamente imperfecto, sino nulo. Es un acto no confirmable ni convalidable, ni por el derecho ni por el simple transcurso del tiempo. Nada avalaría un mandato impropriamente obtenido en violación de una norma constitucional.

Se trata entonces de que la naturaleza de la inelegibilidad es la de un impedimento para el ejercicio pasivo del derecho de elección. El ciudadano puede elegir y ejercitar su derecho activo de elegir al candidato o grupo político de su preferencia, pero no goza del derecho de ser elegido en el sufragio.

Ahora bien, el artículo 91 se refiere al desprendimiento, se espera, efectivo, del cargo (obviando, por tanto, la posibilidad de no detentarlo efectivo, pero sí de influenciar en su uso funcional, así exista un apartamiento formal del mismo, hecho nada improbable que ocurra habida cuenta de las redes que unen a las personas que pertenecen a una misma asociación, sea política o no). Pero se refiere al apartamiento formal en un plazo previo de seis meses anteriores a la fecha de las elecciones. La pregunta surge de manera natural. ¿Y por qué seis meses y no uno o dos, o doce? Se trata de una fórmula histórica que se ha ido reproduciendo más o menos mecánicamente. Si de lo que se trata es de imponer restricciones para evitar el abuso, ¿quiere decir que el peligro se conjura lo suficiente si la renuncia se hace efectiva seis meses antes, pero sería demasiado peligroso que ella se produzca solo tres meses antes? ¿Y por qué mejor no establecer la incompatibilidad absoluta entre todos los puestos calificados como causal de inelegibilidad? Si el peligro del abuso existe, ¿cómo quedará mejor garantizado el respeto a la voluntad electoral si se deja en libertad a un presunto infractor del régimen democrático a quien se le tolera la condición doble de ministro y de congresista, por ejemplo?

Si se adopta la decisión de mantener el régimen de inelegibilidades relativas, es preciso atender a la cuestión de si es o no razonable repetir el plazo de seis meses.

Este plazo aparece por primera vez en la Constitución de 1933, y se ha venido arrastrando mecánicamente desde entonces. Más de 70 años con el mismo régimen sin cuestionamiento ni crítica respecto de su funcionalidad, necesidad ni los términos en los que se repite. Hasta 1933 existía únicamente el límite de dos meses para quienes tuvieran la condición de Presidente de la República, ministro de Estado, prefecto, subprefecto o gobernador. No existía este plazo, por ejemplo, para vocales o fiscales supremos, vocales y fiscales de las Cortes Superiores, ni para los jueces de primera instancia y agentes fiscales (ver al respecto todas las Constituciones peruanas anteriores a la de 1933).

El único antecedente notable relativo a la fijación del plazo de seis meses parece ser el proyecto Villarán (artículo 23), en el que aparecen dos tipos de plazos, uno de un año para los cargos de Fiscal de la República, magistrados de las Cortes de Justicia, jueces de primera instancia y agentes fiscales; y el otro de seis meses, que alcanzaba tanto a las autoridades políticas locales o regionales (léase prefectos, subprefectos y gobernadores), como a los miembros de las Fuerzas Armadas.

¿Qué podría haber cambiado en la naturaleza humana en general, y la naturaleza del peruano en particular, que el siglo XX concibe que lo que antes no tenía límite tan estricto demanda ahora mayores peligros y por lo tanto mayor protección y mecanismos más estrictos de represión de la naturaleza humana? En atención a la voluntad tuitiva que se empeña en conservar nuestro constituyente, pareciera que el mal menor fuera no agravar el plazo, sino mantener el que se fijó en el constitucionalismo original. Por lo tanto, fuera recomendable revisar este término y disminuido.

Dos meses parecía un plazo prudente durante el siglo XIX. El plazo adecuado debe fijarse en relación con el objeto funcional de la norma, con su razón de

ser, con el cronograma de la convocatoria y no con un criterio abstracto, formal, asistemático, ni carente de arraigo con el proceso electoral propiamente dicho, de manera que, paralelamente, el Estado no se vea privado innecesariamente del concurso de un ministro o funcionario que fuese, cuando la única razón por la que se ve obligado a apartarse de la función sea el temor al uso impropio de su función, ni el propio Congreso análogamente privado de la experiencia que aporta el . Si fuera el caso en que el poder se ejercitara abusivamente tal comportamiento no está privado de sanción por el ordenamiento jurídico en general, ni por el régimen penal en particular.

Por los rasgos restrictivos de esta norma se advierte una concepción sobre el uso del poder. La norma es una herramienta, una técnica, en la que se consagra una visión de la vida. Un dato claro que se deduce de ella es que tiene una finalidad protectora, tuitiva, de la voluntad de la colectividad. Porque se teme el mal, indebido, impropio, excesivo o abusivo uso del poder se define un dique para evitado. Se traduce así una creencia en la naturaleza humana. Se cree, primero, que la naturaleza del hombre lo lleva al desborde de sus intereses, pasiones, voluntad, caprichos e instintos.

En segundo lugar, se cree que como el hombre tiene una naturaleza peligrosamente desbordable, es necesario imponer como obstáculo al desborde un control externo. La eficiencia de este control externo se le adjudica a un mecanismo que, se espera, funcione como controlador, inhibidor y desincentivador de esa misma naturaleza peligrosa.

La pasión y los afectos malos deben normalizarse, reprimirse. Y la leyes la garantía contra ese destino ruinoso del impulso que debe ocultarse y reprimirse.

La norma constitucional, de esta manera, canaliza una forma de sentir y percibir la naturaleza humana. El Perú, a través del concepto de hombre que esta norma consagra, induce la réplica y perdurabilidad de la misma naturaleza humana de cuyo concepto se origina la limitación. El alegato sobre la protección de la colectividad tiene consigo, en igual intensidad, como efecto inverso, el debilitamiento de la agencia a la que procura la supuesta protección. La protección tiene como base el miedo a nosotros mismos, así como nuestra capacidad de aprender y conseguir una naturaleza diferente.

Es una metafísica del miedo al hombre la que lleva a presumir que la norma debe reprimido. No es una norma que levante la idea de libertad ni de la confianza.

Y el temor del constituyente no es sino expresión, a su turno, de la misma cultura del miedo y de la desconfianza en la que se educa aquel que la confirma. Mal que, además, se sustenta en el argumento de que "así lo hacen otros", "así lo hacen todos", que "es normal" y que "así se ha hecho siempre" en cualquier otra latitud geográfica como en cualquier otra dimensión histórica. En consecuencia, el supuesto de la norma, además del miedo y de la desconfianza, es la adopción de una posición conservadora. Se teme a una visión del hombre que afirme su libertad, porque dejar sin atadura su discreción no lo conducirá al bien colectivo sino al daño. El hombre, para el constituyente, no está capacitado para aprender a usar bien uno de los bienes esenciales de

su naturaleza: la libertad. Otro debe decirnos qué es bueno y cada sujeto debe sufrir el tutelaje desde una estructura conservadora y jerarquizada de poder.

Se trata, como se ve, de una visión pesimistamente conservadora. Una visión temerosa que le teme a la libertad natural inherente al aprendizaje. Es la posición paternal de quien compra el vestido nuevo al niño, pero le impone tanta prohibición sobre las actividades permitidas en su desenvolvimiento, que convierten el vestido en un corsé tieso que no solo lo incomoda sino que detesta y no puede esperar el momento de cambiarlo por otro menos regalado en limpieza y preciosura pero sentido como más propio y natural. La normática del legalismo conservador es uno de los factores que impide que la ley y la Constitución sean expresión de las normas naturales de la comunidad. Si la sociedad cumple la ley, no es porque la viva internamente, sino por el miedo a los efectos de su incumplimiento. Esa es la metafísica detrás de las restricciones a la elegibilidad. La norma expresa la propia naturaleza represora y punitiva de la sociedad a la que pertenece el constituyente que teme apartarse de la cultura que le asegura a él mismo el control para su desborde y descontrol. .

2. Diferencia con la incompatibilidad

La inelegibilidad es una figura distinta a la de la incompatibilidad. Quien es inelegible es constitucionalmente imposible que asuma el mandato y ejercite las funciones de representación en el Congreso. El inelegible no puede representar. No puede ser elegido para representar. Por lo tanto, tampoco puede postular a un mandato representativo. De ocurrir tal postulación sería improcedente. Y si por razones imprevistas, desconocidas, involuntarias o fortuitas ocurriera que postulara, fuera elegido, proclamado, e incorporado en el Congreso, al margen de la prescripción interdictoria, la elección, proclamación e incorporación realizadas carecen de validez, son anulables y no surten efecto respecto del ciudadano que la infringe. Anulada la elección, a la autoridad electoral corresponde extender la proclamación correspondiente a su reemplazante.

La incompatibilidad es un impedimento que sobreviene solo respecto de quienes ya cuentan con el mandato de representación debidamente extendido y acreditado. La incompatibilidad se diferencia de la inelegibilidad en que la última ataca el derecho de elección de un ciudadano que no desempeña otra función pública que la que le corresponde como titular de un derecho político a elegir. La incompatibilidad ataca no el derecho del ciudadano sino el estatuto funcional de un funcionario público. El congresista no es solo un ciudadano, sino un representante de la comunidad y titular de atribuciones, prerrogativas y mandatos estatales. La inelegibilidad no aparece durante el mandato o el ejercicio de la función parlamentaria, sino antes de la posible asunción de una función estatal. La función estatal nunca pudo, nunca debió cumplirse.

3. Tipos de inelegibilidad

Es inelegible quien tiene conflicto respecto del acto de elección. Existe una condición esencial o funcionalmente impropia para que el postulante sea

admitido en la competencia electoral. Las inelegibilidades son formas de interdicción para el acceso al Congreso. Pueden ser absolutas o relativas.

Absolutas son las inelegibilidades que, además de ser permanentes, no pueden exceptuarse. Relativas las que admiten el levantamiento de la interdicción siempre que se desaparezca el estado, posición o relación que configura el impedimento. Todas las causales indicadas en el artículo 91 son causales relativas de inelegibilidad. La Constitución prevé que si se deja de desempeñar el cargo público que impide la postulación al ciudadano en fecha anterior a los seis meses de la oportunidad en que debe realizarse la elección, es posible elegir congresistas a los ciudadanos que ocupan esos cargos públicos.

3.1. Inelegibilidades absolutas

Son inelegibilidades absolutas las que definen el ejercicio del derecho de elección. Para elegir, y ser elegido, se requiere ser peruano (para elegir y ser elegido se necesita la ciudadanía, según el artículo 31 de la Constitución, esto es, contar con dieciocho años de edad e inscripción en el registro electoral, según el artículo 30). Quien no puede lo más, no puede lo menos. Quien no puede elegir tampoco puede ser elegido. Un razonamiento a fortiori.

Las causales absolutas son pocas. Entre ellas pueden contarse las derivadas de las condiciones de elegibilidad enunciadas en el artículo 90. Particularmente las que se refieren a la nacionalidad por nacimiento y la de contar con el derecho de sufragio. El artículo 90 de la Constitución prescribe que para ser elegido congresista se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido veinticinco años y gozar del derecho de sufragio.

Una lectura invertida de estas causales de elegibilidad nos muestra las condiciones de inelegibilidad absoluta. Por ejemplo, no ser peruano de nacimiento, no tener 25 años y no gozar del derecho de sufragio.

El no ser peruano de nacimiento es una causal que viene repitiéndose en el Perú desde la Constitución de Huancayo, de 1839 (artículos 32 inciso 1, y 38, inciso 1), reiterada en la Constitución de 1860 (artículos 47 inciso 1, y 49 inciso 1), en la de 1920 (artículos 74 inciso 1, y 75 inciso 1), en la de 1933 (artículo 98), y en la de 1979 (artículo 171). Si bien es posible ser ciudadano como consecuencia de tener la nacionalidad peruana, esta circunstancia no basta para ser elegible como representante de la colectividad.

.El artículo 90 de la Constitución de 1993 señala que para ser elegido congresista se requiere ser peruano de nacimiento. En consecuencia, es una condición de inelegibilidad que el postulante sea ciudadano por naturalización, o que sea residente sin tener la nacionalidad. Solo quien ha nacido en el Perú puede ser congresista. La adopción de la nacionalidad peruana no es una condición natural sino adquirida por un acto de voluntad del beneficiario de la nacionalidad. El beneficio de la nacionalidad opera cuando tiene carácter natural. La vinculación con el suelo, con el territorio y con la jurisdicción

nacional otorga el estatus necesario para representar a la colectividad en el Congreso. La sola decisión de la persona de ser peruano es insuficiente para tener la capacidad y condición para representar. El accidente del nacimiento en territorio peruano es tratado constitucionalmente como causa eficaz para garantizar mérito para ser elegido como mandatario de la comunidad.

Ligada a la exigencia de la edad debe referirse otras restricciones a la elegibilidad, que tiene que ver con la condición de ciudadano. Y esta condición es fijada por la Constitución en los 18 años de edad. De esta manera se divide a los habitantes en una clasificación dicotómica o binaria. Quienes cuentan con la plenitud de derechos políticos, y quienes los tienen suspendidos hasta alcanzar la edad que define la capacidad política. El supuesto de hecho es que quien no tiene por lo menos 18 años de edad carece de las competencias, habilidades, inteligencia, madurez y destrezas necesarias tanto para desempeñar la ciudadanía como para expresarse políticamente.

Ser ciudadano es votar y obligar con la preferencia expresada a la colectividad. Votar es opinar con carácter vinculante. Carecer de la edad cronológica inhabilita para expresar la opinión política con fuerza vinculante respecto del colectivo nacional. La normalidad aparece cuando se alcanza el límite fijado por la Constitución.

Hasta tanto no se cuente con los 18 años de edad los habitantes del territorio están sujetos a la tutela y dependen de la voluntad expresada por quienes son considerados ciudadanos. Los menores de edad carecen del derecho y tampoco son responsables por las decisiones políticas de los ciudadanos. Las virtudes de una decisión colectiva son responsabilidad de los ciudadanos. Por lo mismo también los errores de las decisiones expresadas y adoptadas con impropiedad de juicio, inteligencia, o madurez política.

El límite de madurez política es arbitrario y puede o no coincidir con la capacidad real de la población (Luis Alberto Sánchez hizo el retrato del Perú como un colectivo adolescente). Sin embargo, el criterio de madurez y habilidad es determinado por quienes así lo establecen en ejercicio de competencias constituyentes. La autoridad constituyente decide cuándo los habitantes son competentes y tienen la experiencia, equilibrio emocional, visión interior e inteligencia necesarias para definir la voluntad política del país. Los resultados del ejercicio del derecho de voto son, por lo tanto, resultado de la calificación de esas competencias a partir del cumplimiento de una edad cronológica, y no del desempeño eficaz de los atributos de la madurez que van junto a la condición de ciudadano.

Por la misma razón, el poder constituyente decide que puede postularse al cargo y responsabilidades de congresista a partir de los 25 años de edad. Esta es otra inelegibilidad absoluta. Se presume que esa edad (los 25 años) trae consigo la visión, el criterio, la habilidad, responsabilidad y sagacidad indispensables para desempeñarse exitosamente como representante de la comunidad.

La calidad de la decisión del constituyente es comprobable de manera fehaciente con la satisfacción que tiene el electorado y la opinión pública

respecto de la performance del Congreso. Parte de la opinión favorable que tenga la comunidad de su representación depende de esta decisión, así como de las tomadas sobre las condiciones de inelegibilidad de los congresistas, o, contrariamente, de su insatisfacción. La pregunta es, ¿es el descontento con el desempeño del Congreso consecuencia de la edad de los congresistas? ¿Serían mejores si la edad fuera menor? ¿Lo serían si la edad exigida fuera más elevada? ¿O se trata más bien de una demanda de madurez moral o cultura política que no tiene en sí que ver con la edad sino con la formación y educación de los representantes?

Por similares razones quien es residente y domicilia en el Perú, pero carece de nacionalidad peruana, tampoco puede postular a la elección política ante el Congreso. El residente tiene el propósito de permanecer ligado física y legalmente al territorio patrio, pero no tiene el propósito de adquirir ni poseer la nacionalidad peruana.

No tiene la intención de relacionarse en el Perú como ciudadano peruano. Opta y prefiere por vivir físicamente en el Perú y permanecer arraigado, reteniendo sin embargo la nacionalidad previa. El residente no nacido ni naturalizado tampoco puede ser elegido ni tiene capacidad para representar a su comunidad. De este modo se advierte el tratamiento asimétrico que otorga la Constitución a la relación de arraigo de la persona con el territorio y la ley peruanas. El peruano que reside en el extranjero es tratado, en principio, con una deferencia que no se confiere a quien reside, pero no nace, en el Perú (sobre el particular, es importante tener presente que la ley electoral establece condiciones adicionales. Entre ellas exigirá que para representar a una circunscripción es preciso haber sido residente de la localidad un determinado lapso de tiempo).

De otro lado, la ciudadanía queda suspendida, y por lo tanto son causales temporales de inelegibilidad, la resolución judicial de interdicción, la sentencia con pena privativa de libertad, y la sentencia con inhabilitación de derechos políticos. Son tres condiciones más que impiden la postulación. Siendo así que la Constitución reconoce como derecho fundamental la presunción de inocencia, debe darse como una garantía de los ciudadanos que tuvieran un proceso en ciernes o pendiente ante la autoridad judicial, que no tengan aún una sentencia firme en contra de su conducta y libertad o restricción de derechos políticos, está habilitado para postular.

Un caso-límite reciente fue el del congresista Víctor Valdez, quien tenía sentencia no firme durante el proceso electoral del período 2001-2006. El Jurado Nacional de Elecciones no estuvo impedido de proclamarlo congresista electo. Sin embargo, existen consideraciones que llevan a dudar que una materia tan delicada como es la afectación de la idoneidad para representar moralmente a la comunidad quedara saneada por el simple y fortuito correr del tiempo que libera a quien, con posterioridad a la fecha de las elecciones resultara condenado judicialmente.

El principio es que si hay condena judicial esa sola realidad basta para retrotraer la inelegibilidad, dejar sin efecto la proclamación y, en su caso, la propia incorporación del congresista. Obviamente es materia de un desarrollo

específico el procedimiento y alternativas que se presentarían para que el Poder Judicial se pronuncie sobre una materia en la que adquirió competencia antes de la elección, pero que pierde, según una lectura del artículo 93 de la Constitución, desde que el congresista es elegido y hasta un mes después de haber cesado en sus funciones. El Poder Judicial no puede continuar con el procedimiento a partir de la toma de conocimiento de la elección del procesado como congresista y, en ese mismo momento, corresponde iniciar el procedimiento de levantamiento del fuero para desarrollar el proceso regularmente.

Obtenido que fuese el levantamiento del fuero, el Poder Judicial expide sentencia y, si en efecto fuere ella condenatoria, con ella quedaría inhabilitado el congresista cuyo procesamiento suspendido continuó. El trámite de inhabilitación da lugar a la anulación del mandato que surge con la proclamación defectuosa y, para ello, el Congreso tendrá que acordar la vacancia, toda vez que es el órgano ante el que el congresista condenado tiene acreditación como miembro. La resolución de vacancia del congresista condenado es derivada al Jurado Nacional de Elecciones, a quien corresponde disponer su reemplazo, de modo que la comunidad no quede sin representante ante el Congreso.

En este mismo contexto es un supuesto más de inelegibilidad absoluta la suspensión del goce del derecho de sufragio como resultado de la suspensión del ejercicio de la ciudadanía con carácter indefinido. Por ejemplo, el artículo 33 de la Constitución señala que el ejercicio de la ciudadanía se suspende por sentencia con pena privativa de la libertad. Contar con sentencia de pena privativa de la libertad de carácter perpetuo equivale a una suspensión absoluta. De por vida. En vida no es posible más ser elegido, ni elegir. Es imposible, -salvo por amnistía o indulto- recuperar el derecho a ser elegido cuando una persona ha sido privada de libertad indeterminadamente. Hasta que la vida y lo que le quedara de libertad lo abandonen.

El vivir en prisión es una forma de anormalidad. La sociedad excluye de participación política al prisionero. La cárcel, según la cultura dominante, excluye de la vida y participación política. La vida e intereses públicos del individuo condenado a prisión, constituyen una causal de exilio político. Se priva de participación y de opinión política a quien por sus actos mereciera ser privado de libertad. A la sociedad le interesa reproducir la lógica de la exclusión con la finalidad de perpetuar la hegemonía de una cierta forma de normalidad moral, psíquica y espiritual.

Independientemente de la efectividad de la prisión como remedio contra las lesiones a la sociedad, y menos de la efectividad que se alega que tiene en la pretensión de redención de los reclusos, el hecho es que normas como la relativa a la inelegibilidad por privación de libertad en razón de mandato judicial condenatorio, tiene el significado constitucional de importar y suponer la postulación del mantenimiento de la prisión como sanción contra quien se aliene de la norma moral que universal y públicamente se afirma.

3.2. Inelegibilidades relativas

En el caso de inelegibilidad por desempeño efectivo de un puesto y el ejercicio de una función en órganos del Estado, aparece la cuestión de la protección constitucional del régimen republicano. El poder político debe emanar no de la voluntad caprichosa de un individuo, sino de la consulta regular a la colectividad según normas y procedimientos establecidos.

Se plantea que el ejercicio del poder a través de algunos puestos públicos pueden afectar y ser perjudicial para el limpio proceso de consulta con el electorado. Se presume que el hecho de ser funcionario público tuerce el recto obrar de la persona.

La lógica de la inelegibilidad parte de la presunción sobre el peligro respecto del mal o excesivo abuso del cargo. El constituyente ha seleccionado algunos puestos en los que advierte que el peligro es democrática y constitucionalmente más relevante para el Perú. Esta nómina de cargos no cuenta con una motivación ni argumentación, y viene repitiéndose más o menos automáticamente a lo largo de las Constituciones. La ampliación de la relación depende básicamente del nivel de sospecha sobre el mayor o menor poder que pueda tener un alto nuevo puesto constitucional. La intuición o el olfato, la percepción primitiva y básica, ha guiado a quienes consagraron alguna suspicacia en vez de otra como emoción constitucional. De ahí que no pueda dejar de lamentarse que la presencia o ausencia de unos altos puestos en vez de otros no deje de tener una dosis tangible de arbitrariedad. Arbitrariedad, en la medida que no hay rastro aparente ni proporcional de la racionalidad con la que se incluyen unos cargos y no se incluyen otros.

1° Los ministros y viceministros de Estado, el contralor general

La primera inelegibilidad se refiere al cargo de ministro o viceministro de Estado, y al cargo de contralor general. La Constitución de 1993 ha creado una inelegibilidad respecto del texto de la Constitución de 1979. Antes no se previó la inelegibilidad de quienes desempeñaran el cargo de viceministros. De otro lado, se ha excluido la presencia de los prefectos, subprefectos y gobernadores como representantes del Poder Ejecutivo.

Más allá de esta adición y de esta supresión en este inciso, que deja ver que existe una presunción de mayor nivel de poder en un nivel más en la estructura de decisiones administrativas del Poder Ejecutivo, podemos interrogarnos, por ejemplo, 161

¿cómo, si es posible que haya congresistas que desempeñen un cargo ministerial, no se permite la condición inversa, o sea, que un ministro no postule a un puesto de representación en el Congreso? Es decir, ¿por qué la asimetría respecto de la postulación a un cargo de representación política durante el ejercicio de la función ministerial?

La lógica lleva a deducir que es una asimetría circunstancial. Es la ocasión de la posición ministerial en una circunstancia electoral, la que lleva a deslindar el ejercicio funcional. La regulación expresa la desconfianza y cautela en el uso propio del poder por quien se desempeña como ministro de Estado. Se le quita discrecionalidad. El cuadro es el de una relación fiduciaria estructuralmente limitada por la Constitución.

Es un control anticipado para evitar la discrecionalidad o arbitrariedad en el momento de la consulta a la voluntad electoral y democrática de la comunidad. Deseable fuera que la desconfianza no tuviera el carácter de principio en la constitución de una sociedad política. La desconfianza no permite la construcción de confianza. Peor aún, en lugar de remediar fortalece el vicio que la despierta. En vez de restringir lo deseable para una comunidad sana sería dejar un marco más oxigenado de libertad para que la cultura del uso correcto de la discreción sea el único límite y control para el uso del poder. Solo contar con libertad crea virtudes auténticas y hábitos fuertes y duraderos.

En cuanto a la referencia al cargo de viceministro, pareciera que hubiera un sobredimensionamiento del rol político del puesto. Si bien es cierto los viceministros ocupan un lugar decisivo en la estructura institucional de los ministerios, y que tienen todo el poder para influenciar en el escenario público, no es menos cierto que cualquier funcionario público de nivel inferior al de viceministro, de tener el propósito de torcer la regularidad de los procesos electorales por los medios que fuese no le faltaría la capacidad de hacerlo. De manera que el aumento de los presuntamente corruptibles por apetito o lujuria de poder parece no tener otro carácter que el de un gesto desesperado por controlar el abuso por un medio insuficiente. Si las limitaciones a la corrupción se lograran a través de la ampliación de los cargos en los que habría inelegibilidad sería enorme. Sería preferible que se recoja el mínimo de altos puestos posibles, quedando librada la responsabilidad de cargos de menor nivel por su conducta antijurídica al tipo delictivo que se prevea en la legislación penal especializada.

La inclusión y adición del cargo de viceministro como causal de inelegibilidad relativa, lleva a pensar que se hubiera desarrollado la percepción de que ellos pueden causar tantos males como los ministros. Pero en realidad el daño puede causarlo cualquiera desde cualquier posición de poder o de autoridad burocrática, siempre que cuente con una red de contactos para conseguir torcer la voluntad popular. Y el daño no supone únicamente un beneficio para la propia persona del ministro ni del viceministro. Qué duda cabe que no importe quién sea ministro o viceministro, el propósito pudiera ser no tanto alterar el normal desarrollo del proceso electoral para ganar una ventaja personal, sino más bien una de carácter grupal. ¿Será relevante quién sea ministro o

viceministro durante los seis meses anteriores a las elecciones, si quien puede ganar ventaja no es ni cada ministro o viceministro sino el grupo político a quienes los titulares de dichos puestos pudieran beneficiar haciendo uso indebida o abusivo de sus cargos?

A la vez que se debe dar cuenta de esta adición, es necesario dejar constancia de que, con la aprobación de la Ley N° 28607, vigente desde el 5 de octubre de 2005, se reforma, entre otros, este artículo. El alcance de la modificación del artículo 91, no es, a pesar de la reforma, significativo, porque al extraer el concepto de autoridades regionales, lo ha trasladado al artículo 191, igualmente como condición de inelegibilidad para cargos parlamentarios y presidencial.

La Ley N° 28607, en efecto, excluye del inciso 1 del artículo 91 de la Constitución, como causal de inelegibilidad, el cargo de autoridad regional. Al hacerla, sin embargo, no se ha superado la inconsistencia constitucional que tenía el texto de este inciso. En efecto, si bien desaparece la inelegibilidad consignada en este inciso, la misma ha sido, en mérito de la propia ley de reforma constitucional, incluida en el nuevo texto del artículo 191. Este último artículo ha mejorado ligeramente las imperfecciones técnicas del inciso 1 del artículo 91 al precisar qué autoridades regionales son a las que se aplica la inelegibilidad, indicando que lo son el Presidente y el Vicepresidente Regional, así como los miembros del Consejo Regional. Sin embargo, se trata en cualquier caso de una reforma básicamente cosmética, puesto que no ha enfrentado el núcleo del problema del reconocimiento de este tipo de inelegibilidad, a la vez que la exclusión de la relación de inelegibilidades de cargos hoy ausentes, como los de los representantes del Poder Ejecutivo a nivel regional o departamental (prefectos, Subprefectos o Gobernadores).

Dejar de lado la restricción de elegibilidad para este grupo importante de funcionarios públicos que designa el Poder Ejecutivo en las regiones y departamentos muestra un hiato en la coherencia del constituyente, que no ha sido salvado con la Ley N° 28607. Subsiste pues la inconsistencia general. ¿Por qué omitir las inelegibilidades de Prefectos y Subprefectos y mantener la de los Presidentes y Vicepresidentes Regionales, así como los miembros de los Consejos Regionales? Si finalmente se repara que es preciso ensanchar los márgenes de libertad moral para ejercitar el poder político enhorabuena. Pero hasta tanto se mantenga el principio del sometimiento a los principios de heteronimia individual, la incoherencia constitucional subsistirá.

Pareciera entenderse que los Prefectos hubieran dejado de tener el poder que en algún otro momento desempeñaron con mayor eficacia. A esa conclusión pudiera llegarse si en efecto el tipo de Estado peruano hubiera dejado de ser lo unitario y centralista que aún no deja de ser, para asumir una naturaleza distinta como lo sería si fuera un Estado regional, similar al tipo de Estado italiano o aún del español. Los Prefectos, Subprefectos y Gobernadores no han dejado de tener poder como agentes del Poder Ejecutivo en las regiones y comarcas en las que se desempeñan. Su marco de acción tuvo sentido antes de la Constitución de 1993, y no parecen existir datos de la realidad que permitan intuir que la situación ha cambiado considerablemente. Sin embargo,

sí hay un nivel de desarrollo perceptible en el proceso de regionalización del país que, aunque no ha alcanzado la intensidad ni profundidad que llevara a reconocer en nuestro régimen político uno descentralizado ni regional, sí ha generado espacios de concentración regional del poder que es justo reconocer. Que el camino es largo y la meta lejana no es menos cierto, pero ya hay un nivel inconfundible de presencia regional que distingue nuestro régimen del que existía claramente antes de 1979 y aun antes de 1993.

En cuanto a la situación del contralor, se trata de un cargo que tiene como misión la supervisión de la regularidad legal y administrativa de la administración pública. Es un puesto decisivo en el manejo idóneo de la organización estatal. Guarda coherencia con el modelo de las inelegibilidades de la Constitución y no parece desproporcional su inclusión. Si de lo que se trata es de proteger desde el Estado a la persona, cuando otro criterio permitiría evitar la política de la desconfianza y del miedo para favorecer la del aprendizaje político de la libertad en libertad, sí tiene sentido temer por la posibilidad de que haya quien manipulara la conducción del proceso electoral desde la Contraloría.

2° Los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Jurado Nacional de Elecciones, y el Defensor del Pueblo

En esta segunda relación de inelegibles sin renuncia previa anterior a los seis meses de la fecha de la elección, se repite a los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, así como a todos los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público. A la vez, se añade la concurrencia de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones y del Defensor del Pueblo.

Se nota congruencia con el modelo restrictivo en materia de inelegibilidades que aparezcan los miembros del Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Magistratura y hasta del Defensor del Pueblo. El modelo es deficiente en el tratamiento de los cargos restantes. Es explicable que por la autoridad del Tribunal Constitucional y los miembros de Consejo que elige y supervigila la conducta funcional de los jueces y fiscales, se presume el mayor riesgo de permitir que postulen. Incluso en el caso dudoso del Defensor del Pueblo, elegido por el Congreso con un irreprobable nivel fiduciario que alcanza una de las más altas cotas exigibles para una votación parlamentaria, pero que, al cabo, se trata de un puesto de los más altos en la República por el que cabría sustentar la suspicacia de una influencia directa y efectiva en la orientación de la voluntad popular (fuera en contra de adversarios del Defensor del Pueblo, como a favor de una campaña electoral de sí mismo).

Sobre los otros puestos da la impresión que la relación es pródiga. No se circunscribe a las más altas autoridades de un órgano estatal. Se incluye, para empezar, a todos los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público. Es decir, cualquier juez y cualquier fiscal está impedido de postular a un puesto de congresista. En atención al régimen de resguardo de ese bien constitucional que es la voluntad electoral de la comunidad, el ejercicio del poder normativo

constituyente debe realizarse en un marco de proporcionalidad. No es la paranoia ni la exageración la que tienen capacidad educativa. No puede verse en cada puesto público a un enemigo de la voluntad popular. Las restricciones y los impedimentos deben administrarse en un marco de razonabilidad y de discreción adecuadas. El uso indiscriminado de la restricción y de las prohibiciones lejos de proteger propicia la falta de confianza y de fe en la norma.

Por otra parte, se nota la inclusión de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, pero no aparecen los titulares de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, ni del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. ¿Por qué?, ¿Qué justifica que no se trate simétricamente a los titulares de todos los organismos públicos que integran el sistema electoral del Perú? ¿Es que no cabría imaginar formas de abuso en el ejercicio de la función electoral por quien organiza los procesos electorales ni por quien tiene a su cargo la inscripción de toda la población electoral? Se trata de una incongruencia. Si hay algún órgano vinculado material y funcionalmente por antonomasia al ejercicio electoral son los tres órganos que lo conforman. No lo son únicamente quienes ejercitan la justicia electoral, por más que la suya sea una tarea propiamente incompatible con la postulación (más que solo afecta de la condición de inelegibilidad). Este es un extremo que merece corrección, toda vez que no alcanza actualmente sino al Jurado Nacional de Elecciones.

3° El Presidente del Banco Central de Reserva, el Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, y el Superintendente Nacional de Administración Tributaria

Los casos de estos altos funcionarios parecen un exceso constitucional. No parece existir una relación propiamente funcional entre estos puestos y la injerencia en una campaña electoral. ¿Qué vinculación puede corresponderle al Presidente del Banco Central de Reserva con una campaña electoral? Y si el Presidente sí estuviera impedido de postular, ¿por qué no los demás miembros del directorio? Estos aspectos revelan que la rigurosidad de la norma constitucional carece de base argumentativa suficiente. No solo no hay competencia funcional que justificara la posible influencia en un proceso o campaña electoral, sino que la formalidad en que parece ampararse la inclusión del Presidente del Banco Central de Reserva deja sin explicación por qué si él si resulta constitucional y electoralmente un sujeto peligroso, no lo serían los demás miembros del directorio, que tienen el mismo rango jerárquico en la estructura de autoridades constitucionales?

Es más, luego de entrada en vigencia de la Constitución de 1993 se han creado otras Superintendencias que tienen rango similar a las creadas por vía constitucional.

¿Por qué las nuevas Superintendencias no quedan afectadas y sí lo están las que existían cuando se redacta la Constitución? Una inclusión extensiva de estas otras Superintendencias no contaría con sustento constitucional incuestionable, no obstante que fuera argüible el añadido.

La situación de las Superintendencias nos lleva a cuestionar la conveniencia de que la nómina de puestos desde los que no cabe la elegibilidad al Congreso

sea materia propia de la Constitución. ¿Por qué no regular la materia solo por ley, como ocurre, por ejemplo con el artículo 65 de la Constitución italiana? ¿Acaso la inclusión por vía legislativa de un puesto más, no equivaldría a la incursión en una materia reservada de la Constitución? ¿No actuaría como constituyente un legislador que extendiera flojamente la nómina de carácter restrictivo prevista en la Constitución?

Si se atendiera a la imposibilidad de que vía legislativa se construyera una inelegibilidad adicional a las previstas en el artículo 91, la consecuencia será que habrá dos categorías de Superintendentes. Una en la que es una exigencia renunciar al puesto seis meses antes de una elección, haya o no vínculo material o funcional con un proceso electoral; y otra en la que el Superintendente, igualmente sin posible vínculo material ni funcional con un proceso electoral, sí pueda postular a un cargo de representación política ante el Congreso sin tener que renunciar.

Las consecuencias de este inciso dejan notar la necesidad de una revisión, de manera que se prevea la posibilidad de un reenvío legislativo, la exclusión de todos estos cargos de Superintendentes, o la reforma constitucional para incluir a todos los cargos creados (con lo cual el problema no quedaría definitivamente resuelto si acaso ocurriera que una nueva Superintendencia fuera creada con posterioridad a la reforma constitucional).

4° Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad

Entre las condiciones esencialmente contradictorias con la postulación, la Constitución señala la del desempeño de una función o misión militar o policial. No se permite la postulación de quien se encuentre en el servicio militar o policial activo.

Sea oficial o tropa. En ningún caso cabe el ejercicio ciudadano a través del voto. El sujeto pasivo del acto electoral no puede ser un militar ni un policía, sea cualquiera que fuese el rango que le corresponda. Si quiere postular debe pedir su baja. Debe pasar a la situación de pasivo en el servicio militar o policial.

Como va con la naturaleza a fortiori de toda inelegibilidad, la lógica de la restricción en el derecho a ser elegido es una consecuencia directa de la restricción al derecho de elegir. Quien no puede elegir tampoco puede ser elegido. Para elegir es preciso no ser ni militar ni policía. La baja en el servicio activo habilita para elegir y por lo tanto para ser elegido. La Constitución precisa que la baja se haya realizado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

Una vez eliminado el impedimento para elegir debiera revisarse si se mantendrá o no la restricción para ser elegido, de modo tal que estos dos grupos de profesionales queden en pie de igualdad para evaluarse la carga que se adscribe respecto de los demás puestos ocupados por ciudadanos en los que se advierte un nivel de riesgo político especial más intenso que el que representa el resto de la comunidad nacional.

La suerte de la inelegibilidad de los militares y policías podría, en su momento, ser la misma que la que corrió la restricción respecto de los miembros del clero. Ya no es más un impedimento para que los miembros del clero sean elegidos. La práctica deja ver que, no obstante la libertad que tuvieran para postularse, no hay miembro del clero regular ni secular en la Iglesia Católica Romana que lo haya hecho. Sin embargo, sí concurren a elegir y desde el púlpito hay quienes instan a hacerlo en vista del deber político que representa hacerse cargo de la definición de los representantes y gobernantes de la comunidad. Sí se han postulado los ministros de algún grupo religioso no católico, y sobre ellos no se ha asumido una posición crítica ni se han despertado sentimientos de discriminación por el hecho de que sus creencias tuvieran presencia política en las instituciones estatales.

Parece congruente con una visión, actitud y cultura democrática que la diversidad no merezca exclusión. La segregación de militares y policías no es solo una especie de protección respecto de ese bien que es la voluntad electoral de todos los ciudadanos. Además es una carga que se impone a los sectores excluidos. La carga es el sentimiento que se les imputa de constituir un riesgo, una amenaza, un peligro.

Pero un riesgo, amenaza y peligro que no tiene que ver con la voluntad ni con la posibilidad real de que cometan un abuso mayor al que pudiera efectivamente llegar a cometer cualquier individuo con pretensión de abusar, sino un riesgo, amenaza y peligro inherentes a la condición de militar o policía. Estas dos ocupaciones tienen adscrito el estigma de que las personas que eligen cualquiera de estas dos carreras están incapacitadas para reflexionar sobre su propia condición, imposibilitadas de hacer un ejercicio moral de su capacidad de raciocinio, y proceder como puede hacerlo cualquier otra persona desde una posición de autoridad.

La autoridad militar y policial es mucho más temida que la posición del dueño o gerente de una empresa, de un club, o que el maestro en una institución educativa. El militar y el policía tienen la posición de quien no tiene desarrollada su capacidad de abstracción y de deliberación. Pareciera que se confunde el normal nivel de obediencia que se requiere para el desempeño de la función militar y policial, con la imposibilidad de pensar políticamente cuál es la mejor opción electoral para el país. Se magnifica la instalación de la virtud militar en el hábito profesional, tanto como la incompatibilidad entre esta virtud y el ejercicio de la razón. Esta emasculación política en las profesiones militares y policiales equivale a su incapacitación para ejercitar los derechos humanos elementales, como son no solo, aún, el de elegir a sus representantes (ver texto vigente del artículo 34 de la Constitución, modificado por la Ley N° 28480, Ley de Reforma de los artículos 31 y 34 de la Constitución Política del Perú, publicada el 30 de marzo de 2005), sino además el de postularse como un valor en el mercado de opciones políticas. Proceder de este modo supone, por eso, más una privación del concurso de peruanos políticamente capaces y preparados que el conjuro de un riesgo atávicamente impuesto. Militares y policías no integran una casta de apestados políticamente sino, al contrario, un grupo especialmente entrenado para cumplir funciones en absoluto incompatibles con la preparación para servir en el Estado como representantes

hábiles de la comunidad. Su segregación como ciudadanos inelegibles minimiza precisamente la propia formación que reciben con el dinero y para velar por el interés de todos los peruanos.

Los militares y policías son especialistas cuya finalidad es estar preparados para mejor defender y contribuir al orden en esa sociedad que, finalmente, no puede darse el lujo de verlos como mal político frente al que debe protegerse la voluntad electoral de la colectividad. Si militares y policías optan por representar al pueblo, pareciera suficiente que suspendan, como cualquier funcionario público, su relación y vínculo institucional con el arma o cuerpo al que sirvan, hasta que se dé la ocasión en la que aparezca la incompatibilidad. Solo electos no podrían pertenecer, a la vez, al Congreso y a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional. El cambio, en consecuencia, supondría que lo que actualmente se concibe como una inelegibilidad se tramite como una causal de incompatibilidad.

5° Los demás casos que la ley prevé

El último inciso es una adición creada por la Ley N° 28607. El alcance y finalidad notables de esta adición en el texto constitucional es que, en adelante, el Congreso contará con la potestad previamente reservada de manera exclusiva al poder constituyente, que había circunscrito el número e hipótesis de inelegibilidad. En adelante el Congreso contará con la potestad abierta y la competencia y delegación positiva para añadir y complementar otros supuestos de inelegibilidad. En consecuencia, en vez de cerrar el paso a la premisa hobbesiana se la ha extendido indeterminadamente. Dependerá del criterio de cada Congreso no valerse de este canal para ampliar más las posibilidades de no competir a un puesto representativo en el Congreso. Se declara así un espacio abierto para la construcción de barreras de acceso a la representación a quienes, al momento de la inscripción de candidaturas y el inicio de la campaña electoral, ocupe un puesto público.

DOCTRINA

ALONSO DE ANTONIO, José y ALONSO DE ANTONIO, Angel. Derecho Parlamentario. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000; BERNALES BALLESTEROS, Enrique, RUBIO CORREA, Marcial y otros. La Constitución de 1993: análisis y comentario. En: "Lecturas sobre temas constitucionales". N° 10. Lima, 1994; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: análisis comparado. Ciedla. Lima, 1996; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. El mandato parlamentario. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1991; CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993: lectura y comentario. Cuarta edición. Antonella Chirinos Montalbetti. Lima, 1997; JURADO NACIONAL DE ELECCIONES. Normatividad aplicable a los procesos electorales: elecciones generales para la elección de Presidente, Vicepresidentes y Congresistas de la República. JNE. Lima, 2000; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de I Perú de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999; SANTAOLALLA LOPEZ, Fernando. Derecho Parlamentario español. Editora Nacional, Madrid, 1983.

Artículo 92

Función de congresista e incompatibilidad con otros cargos

La función de congresista es de tiempo completo; le está prohibido desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso.

El mandato del congresista es incompatible con el ejercicio de cualquiera otra función pública, excepto la de Ministro de Estado, y el desempeño, previa autorización del Congreso, de comisiones extraordinarias de carácter internacional.

La función de congresista es incompatible con cargos similares en empresas que, durante el mandato del congresista, obtengan concesiones del Estado, así como en empresas del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. (*)

(*) Texto del párrafo según modificatoria efectuada por la Ley N° 28484, publicada el 05 de abril de 2005.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 39, 40, 91, 93, 95.96.99. 100,107, 124, 126, 203, 206;

C.C: arts. 1366 y ss.;

C.P.: arto 385;

T.U.O. Rgmdo. Congreso: arts. 8, 18, 19, 20, 22 inc. i), 30 inc. j);

L.O.M.P: arto 46;

Ley 26534: arto 2;

C.A.D.H.: arto 29.b);

P.I.D.C.P.: arto 5.1

Carlos Hakansson Nieto

Como sugiere un sector de la doctrina, la denominación adecuada a los parlamentarios debió ser diputados o, simplemente, representantes al Congreso¹¹. Es probable que el Constituyente de 1993 haya preferido la de congresistas por ser neutral y evitar denominarlos como diputados que era lo que correspondía de acuerdo con la tradición de los textos constitucionales peruanos. Por otro lado, "el mandato legislativo es irrenunciable"¹². El cargo solo queda vacante en caso de muerte, inhabilitación física o mental permanente que impida ejercer su función, y por inhabilitación superior al periodo parlamentario o destitución¹³.

¹¹ En el mismo sentido, BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Ciedla. Lima, 1996, p. 385.

¹² Véase el artículo 95 de la Constitución peruana de 1993; al respecto, Chirinos Soto nos dice que "había, sin embargo, una manera indirecta de renunciar. Consistía en aceptar empleos del Poder Ejecutivo que estén prohibidos para el parlamentario; y de ese modo, provocar la vacante"; cfr. CHIRINOS SOTO, Enrique. La Constitución de 1993. Lectura y comentario. 3ª edición. Nerman. Lima, 1996, p. 163.

¹³ Concordarlo con el artículo 15 del Reglamento del Congreso

Los parlamentarios gozan de las mismas garantías que encontramos en el Derecho comparado. Como casi todo, estas garantías existen más por una autolimitación del Ejecutivo que el resultado de una sólida tradición democrática.

Por otro lado el artículo 92 de la Carta de 1993, recientemente modificado por la Ley N° 28484¹⁴, establece unas disposiciones que son propias del reglamento parlamentario y que podemos resumir de la siguiente manera¹⁵:

El mandato parlamentario es a tiempo completo.

La incompatibilidad del mandato parlamentario con el ejercicio de cualquier función pública, privada o que tenga intereses particulares con el Estado. Se exceptúa el cargo de ministro y la participación en alguna comisión extraordinaria de carácter internacional.

El reglamento parlamentario, además de repetir lo dispuesto por la Constitución, añade la prohibición de intervenir en favor de terceros en causas pendientes de resolución ante la Judicatura¹⁶. El riesgo de la corrupción y del uso del poder para el enriquecimiento ilícito es lo que trata de evitar esta disposición.

De todo el articulado quisiera resaltar la posibilidad que tiene un parlamentario de ser nombrado ministro de Estado. Esta disposición es un alejamiento del modelo presidencialista que se funda en la tajante aplicación del principio de la separación de poderes¹⁷. Como sabemos, este principio fue concebido por los redactores de la Constitución estadounidense como uno de sus principales ejes de su Forma de Gobierno. La concepción defendida por teóricos del siglo XVIII, como Montesquieu y Blackstone, fue recogida y puesta en práctica en la Constitución de los Estados Unidos de 1787.

Debemos insistir que el presidencialismo es una separación completa, o más tajante que el modelo parlamentario, porque tanto el Ejecutivo como el Legislativo son elegidos en forma independiente, en elecciones distintas y no coincidentes en el tiempo. A diferencia del parlamentarismo, no existe una relación de confianza entre el Legislativo y el Ejecutivo ya que ambos cuentan con el respaldo de los ciudadanos.

Su creación respondió a la idea de evitar tanto el despotismo legislativo como el absolutismo del ejecutivo. Se establecieron tres órganos federales que serían elegidos de manera distinta y que solo cooperarían para tomar algunas

¹⁴ La Ley N° 28484 fue publicada el 5 de abril de 2005 en el diario oficial El Peruano

¹⁵ Concordarlos con los artículos 18 y 19 del Reglamento del Congreso

¹⁶ Artículo 20 del Reglamento del Congreso

¹⁷ Las primeras Constituciones peruanas establecían que los parlamentarios no podían ser nombrados ministros. Luego autorizaron el nombramiento pero a condición de que el parlamentario renuncie para luego establecer que su cargo quedaría suspendido mientras se desempeñe como ministro; hasta que las Constituciones de 1933 y 1979 como la actual permiten esta dualidad con retención de sus prerrogativas parlamentarias; véase CHIRINOS SOTO, Enrique. Ob. cit., p. 160.

decisiones. Se esperaba que el establecimiento de un equilibrio de poderes produzca una armonía permanente en la sociedad estatal¹⁸.

La independencia recíproca de los poderes en la Constitución norteamericana se aseguró mediante la asignación de las tres principales funciones, legislativo, ejecutivo y judicial, a tres órganos distintos: Congreso, Presidente federal, y un Tribunal Supremo, respectivamente¹⁹. Del texto constitucional se deduce que cada una de las funciones fue asignada a un órgano diferenciado. Los órganos actúan con autonomía dentro de la esfera de acción que les ha sido asignada, no pudiendo ser violada por ninguno de los otros órganos del poder aunque cooperen en ciertas materias. Luego de haberse entregado el ejercicio del poder a determinados órganos, la teoría de los checks and balances exige que cooperen entre sí²⁰. Por lo tanto, el Presidente puede ejercer los poderes que la Constitución le atribuye con cierta autonomía pero bajo control del Congreso, en especial del Senado.

La separación tajante de poderes se manifiesta en la independencia recíproca de los gobernantes, de esta manera:

a) La irresponsabilidad política del Presidente federal ante el Congreso es fruto de su elección por sufragio universal. En consecuencia, la moción de censura y la disolución de las cámaras no caben en los presidencialismos.

b) Los cargos gubernamentales, como los secretarios de Estado del Presidente federal por ejemplo, son incompatibles con los escaños parlamentarios²¹.

De esta manera, cada Poder actúa como un freno a los excesos que pudieran cometer los otros dos, de ahí el nombre de pesos y contrapesos (check and balances);

sin embargo, como podemos apreciar, estas reglas de juego constitucional no se cumplen necesariamente en el modelo presidencialista peruano.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Ciedla, Lima, 1996; CHIRINOS SOTO, Enrique. La Constitución de 1993. Lectura y comentario. 3ª edición, Nerman, Lima, 1996; LOEWENSTEIN,

¹⁸ Véase LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Arie!. Barcelona, 1976, p. 132.

¹⁹ Artículos I, II Y III de la Constitución norteamericana

²⁰ Sobre la cooperación entre órganos, Virgala Foruria nos dice acerca del nombramiento presidencial de su Cabinet que "todas las leyes creadoras de los departamentos han establecido el nombramiento de sus secretarios con el consejo y consentimiento del Senado, siguiendo la doctrina constitucional norteamericana de la compartición de poderes entre instituciones separadas (o de los controles y equilibrios: check and balances), que no puede catalogarse de separación de poderes, sino de intento de evitar la concentración de poder en un solo órgano, como había ocurrido en el Reino Unido (...). Las razones de esta doble intervención son claras. La Constitución americana entiende que si el Presidente encarna al poder ejecutivo en su conjunto, ha de ser también su voluntad individual la que intervenga en el proceso de nombramiento y asuma la responsabilidad de los mismos, mientras que la participación del Senado obliga al Presidente a proponer el nombramiento de personas calificadas, que van a pasar por un riguroso control para ser confirmadas definitivamente"; cfr. VIRGALA FORURIA, Eduardo. La organización interna del Poder Ejecutivo en los Estados Unidos. En: "Revista de Estudios Políticos". N° 83, 1994, p. 145

²¹ Los secretarios de Estado son el equivalente a los ministros en el presidencialismo peruano.

Karl. Teoría de la Constitución. Ariel, Barcelona, 1976; VIRGALA FORURIA, Eduardo. La organización interna del Poder Ejecutivo en los Estados Unidos. En "Revista de Estudios Políticos", N° 83, 1994.

Artículo 93

Estatuto de congresista

Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación.

No son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones.

No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 91, 92, 95, 96, 99, 100, 161, 201;

C.P.: arto 10;

T.D.O. Rgmto. Congreso: arts. 2, 14, 16, 17, 54.inc. c), 89 inc. 1);

Ley 27339: arto 2;

D.Leg 832;

C.A.D.H.: arto 13.3;

D.D.D.H.: arto 19;

P.I.D.C.P.: arto 19.1

Víctorhugo Montoya Chávez

1. Introducción

La soberanía se sustenta en una mc y estas concretizada en las facultades, según Bodino, de dar leyes, decretar la guerra o la paz (bellum indicere aut pacem inire), instituir a los funcionarios, guiar la economía del país, ser juzgador en última instancia y poder conferir gracia. Cuando la soberanía se traslada al Parlamento, surge la figura jurídico-privada del mandato de sus miembros (representativo y no imperativo), que adquiere singular importancia si la eficacia congresal, como ideología y como institución jurídica, está sustentada en el derecho de la población a crear sus Estados y a gobernarse a sí mismos²². Por tales consideraciones, a continuación se busca puntualizar cuál es el estatus que poseen los congresistas para poder cumplir con tal función, en tanto se presentan como representantes de la nación (acápite 2) que no pueden ser controlados externamente (acápite 3) y gozan de una protección tanto procesal (acápite 5) como sustantiva (acápite 4).

2. La construcción del mandato representativo

²² Todos los peruanos tienen el derecho de "ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes" [artículo 31 de la Constitución].

Una representación, término proveniente del latín *representatioonis*, significa que tras la necesidad de algunos de estar presentes en alguna decisión y, ante la imposibilidad de hacerlo por sí, designan a otros para que decidan a nombre de ellos. Al ser una representación de disposición nacional, aparte de ser uno de los estadios del razonamiento democrático, encarna al conjunto de personas elegidas al interior de un Estado con pretensión de nación congregados para gestionar asuntos en común²³.
y es la representación nacional un mandato netamente congresal, acepción que merece ser explicada con detenimiento.

Si bien cada uno de los Poderes del Estado son representantes idóneos de la soberanía popular, no podrá negarse que esta se representa de forma más directa a través del Parlamento. De hecho, el Congreso es el órgano que mejor personifica y canaliza los intereses de la población, y no tanto por una negada superioridad respecto a los otros órganos constitucionales, sino más bien por su mayor capacidad para difundir sus averiguaciones. Permitir el diálogo y la discusión redundan directamente en el destinatario político concreto, cual es la ciudadanía, pues su [m último será darle a la sociedad una seguridad de que su libertad estará asegurada y que la democracia podrá seguir brindándole certidumbre²⁴. Ya sea a partir de concepciones como el contrato social de Rousseau, la autolimitación estatal de Jellinek o la voluntad del Estado-Nación de León Duguit, la soberanía empieza a perfilarse como un elemento esencial en la actuación del Congreso. Por tanto, el Parlamento aparece como órgano estabilizador y regulador de la dialéctica política donde es suficientemente representativo y busca lograr, a través de las acciones de sus miembros, un difícil y necesario equilibrio entre disenso y consenso, capacidad de mantener la continuidad y promover el cambio.

Si bien el mandatario sustituye la presencia del mandante y obra solo en nombre de quienes lo designan²⁵, este deberá responder exclusivamente por su compromiso con los ciudadanos que lo eligieron, pero no frente a autoridad alguna. Inicialmente, el representante solo podría operar dentro de los límites y

²³ En el país, su reconocimiento proviene desde inicios de la República. Comenzó con la fórmula subjetiva de ser "representantes de la Nación" [artículos 13 de Bases para la Constitución de 1823; 16 de la Constitución de 1839 y 43 de la Constitución de 1856] para luego pasar a una funcional, al señalar que los parlamentarios "representan a la Nación" [artículos 92 de la Constitución de 1933 y 176 de la de 1979, además del 27 de la de Cádiz de 1812].

En la actualidad todavía en algunos países el Parlamento incluye lo que viene a denominarse la Cámara de Representantes [artículos 1 de la Constitución estadounidense; 27 de la de Antigua y Barbuda; 23 de la grenadina; y, 34 de la jamaicana].

Pues "la sociedad en donde no estén garantizados los derechos ni esté establecida la separación de los poderes, carece de Constitución" [artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano].

²⁴ La configuración actual del Congreso de la República viene dada de ciertas premisas, como que un Parlamento moderno ha de ser "sereno y maduro" [Debate constituyente de 1993, intervención de la congresista Flores Nano] y que responda a un equilibrio con los demás poderes [Debate constituyente de 1993, intervención de los congresistas Chirinos Soto y Pease García].

²⁵ Tienen mandato popular el Presidente de la República [artículo 112 de la Constitución], el Presidente regional [artículo 191 de la Constitución] y el alcalde [artículo 194].

atendiendo a las instrucciones que el mandato le confería, debía rendir cuentas ante el mandante y podía ser revocado por este; no tenía voluntad propia, solo expresaba íntegramente la voluntad de los representados. Esto obstruía visiblemente la labor de los representantes para discutir aspectos que pudieran afectar los intereses de sus mandantes, pero " que sin embargo a falta del permiso previo de estos no podían argumentar nada. Al no estar sujetos a la conservación de categorías y a opinar según la orientación dada por quienes personalizan, pues si representan a la nación, ¿qué grupo puede imponerles criterios para su actuación? Sin embargo, ello no obsta para que el congresista represente direcciones ideológicas determinadas y ofrecimientos específicos a cumplir, es decir, aparecen como representantes mas no comisionados signados por un mandato.

En la realidad, la soberanía personificada en el Parlamento será una simple ficción -una apariencia social- pues hasta que no incluya contenidos relacionales y dialécticos de integración real con la población no podrá considerarse realmente representación auténtica de la sociedad. Al ser funcionarios públicos, los congresistas por más que estén sujetos a su conciencia²⁶, habrán de responder ante los electores²⁷, quizás a través de contrastar los actos que realiza con lo que prometió para ser electo²⁸. La soberanía parlamentaria tiene como único titular a la nación, entendida como conjunto de individuos unidos solidariamente por algún tipo de afinidad. Pero por lo complejo de su ejercicio, resulta más correcto y práctico trasladar la titularidad, simbolizando una subrogación, a los parlamentarios por su posicionamiento como preponderantes delegados estatales²⁹, sin poder arrogarse individualmente tal atributo.

Sostener, en consecuencia, que el Parlamento representa al pueblo no es sino, para algunos, una entelequia política, pero plenamente válida.

Por tanto, los congresistas representan a la nación³⁰; y personifican a todos y cada uno de los peruanos. Este hecho implica parcialmente la idea de la representación fraccionada, aquella en la que cada ciudadano posee una parte

²⁶ Los representantes del pueblo, están sujetos "solo a su conciencia" [artículo 201 de la Constitución venezolana]

²⁷ Se debe entender que "solo responderán ante los electores y el cuerpo legislativo de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos" [artículo 199 de la Constitución venezolana].

²⁸ Es interesante que para la inscripción de candidatos locales, se exija "acompañar una propuesta de Plan de Gobierno Municipal", la cual debe publicarse en El Peruano [artículo 10.4 de la Ley N° 26864, Ley de Elecciones Municipales].

²⁹ Clásicamente se ha señalado que "la soberanía nacional reside en el pueblo que la ejerce a través de sus representantes" [artículo 3 de la Constitución francesa], al ser la "única fuente de poder" [artículo 3 de la Constitución rusa]. De esta forma, "el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución" [artículo 22 de la Constitución argentina]. El ejercicio de la soberanía, por ende, se ejerce por el pueblo en forma directa o por medio de sus representantes" [artículo 3 de la Constitución colombiana]. Por tanto, al representar "al pueblo entero" [artículo 125 de la Constitución salvadoreña], su actuación se compendiará en un "sentido nacional" [artículo 93 de la Constitución ecuatoriana] y "en interés de la nación" [artículo 144 de la Constitución panameña].

³⁰ También observado por el artículo 14 del Reglamento del Congreso

alícuota de la soberanía. Aunque la elección de congresistas se realiza por distrito electoral múltiple³¹, su representación se desconecta del ámbito territorial que lo elige y se convierte en absoluta con relación al territorio nacional³². Es más, las diferencias electorales de cada congresista, como la votación que obtuvo, el lugar que representa o la lista en la que participó, desaparecen a la hora de ejercer sus funciones, pese a que los intereses de la población no pueden ser desdeñados³³. Es el pueblo quien lo elige, pero el Parlamento se desvincula jurídicamente del electorado.

En conjunción a ello, es especialmente delicado el tema de la representación política detentada o ejercida legítimamente por los congresistas a través de los partidos políticos. Estos son la base para el proceso de integración por recoger el sentir político, económico y social de la población, ayudar a la estabilidad del gobierno y servir como canal de comunicación entre el gobierno y los gobernados³⁴. Debe desentrañarse el significado real de la delegación preceptiva de los congresistas, al no estar teóricamente sujetos a las decisiones partidarias, aun cuando ellos ejerciten la representación nacional, en virtud de las organizaciones que facilitaron su elección, a través de los grupos parlamentarios³⁵. Tampoco se va a permitir la atomización y deslealtad partidaria, sino más bien un compromiso de los congresistas de defender su orientación política aprobada por el elector cuando asistió a las urnas.

Por tal motivo, cada vez más los Parlamentos deben seleccionar, lejos de intereses partidarios, analizar y sintetizar las demandas de la población, traduciéndolas en alternativas de solución frente a las actividades contradictorias del sistema por parte de los detentadores del poder. Con esta tarea fomenta una representación auténtica, con el subsiguiente logro de un verdadero equilibrio político. Gracias a esta "integración pública de intereses", se está velando por el correcto funcionamiento de los Poderes del Estado, y coadyuvando al control de las personas que los integran. A partir de un concepto como el de democracia, el Congreso con parlamentarios de representación nacional se nutrirá de los cambios sociales y admitirá que pueden y deben oír al pueblo. En el pensamiento de Hobbes, el buen gobierno ha de ser tangible para los individuos, en forma de paz, seguridad y comodidad, y ante ello, el Parlamento debe conceptualizarse como el nexo conductor de los intereses sociales respecto al Estado en su conjunto y el verdadero contrapeso -balance racional- conexo a los distintos estamentos. Por

³¹ Sistema reconocido en el artículo 21 de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones.

La disyuntiva entre tipo de elección y representatividad ha permitido que se señale que los congresistas "tienen ese carácter por la Nación y serán elegidos por provincias" [artículo 106 de la Constitución costarricense].

³² Realiza su mandato "con abstracción del departamento al que representen y de su condición de uninominales o plurinominales" [artículo 8 del Reglamento de la Cámara de Diputados boliviana].

³³ Además de ser dignatarios de la nación [artículo 161 de la Constitución guatemalteca], los congresistas "deberán actuar consultando la justicia y el bien común", pues quien es elegido "es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura" [artículo 133 de la Constitución colombiana].

³⁴ Quizás sin partidos, el régimen democrático sería exiguo, pues ellos "concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular" [artículo 35 de la Constitución] y "expresan el pluralismo democrático" [artículo 1 de la Ley N° 28094, Ley de Partidos Políticos].

³⁵ Corporaciones congresales reconocidas tangencialmente en el artículo 94 de la Constitución.

tanto, se hizo necesaria que la representación nacional sea completada con una forma de impedimento de cualquier forma de mandato imperativo, y eso es lo que paso a explicar.

3. La prohibición del mandato imperativo

Las complexiones constitucionalmente erigidas responden a una sola motivación: los parlamentarios son soberanos para el ejercicio de sus funciones³⁶. Para ser apto políticamente hablando, el Parlamento requiere realizar su actividad con independencia y sin ser regido por principios o fórmulas dadas por otros Poderes estatales, salvo por la Constitución, que es el marco jurídico de su capacidad de funcionamiento³⁷. La autonomía, en principio, un concepto de índole administrativo, se describe positivamente como la capacidad para organizar su estructura y funcionamiento dentro de unos límites constitucionalmente demarcados, además de presentarse como una manifestación de autoadministración o satisfacción de intereses propios del órgano³⁸. La autonomía parlamentaria, derivada de la separación de poderes, no significa autodiquía (Jurisdiccional), sino tan solo autarquía (normativa y administrativa), pues no puede simbolizar sino una cosa: autonomía restringida a la Constitución; es una libertad en el y frente al Parlamento. Todo ello conlleva a afirmar una independencia funcional que implica que no ha de existir presión exterior o intervención de otros detentadores de poder, concretándose así el principio de "seff-government interno" del Parlamento, examinada por los márgenes que nos impone el propio juego democrático.

Por consiguiente, como consecuencia de la representación nacional y la subsecuente soberanía parlamentaria, los congresistas no pueden estar sujetos a mandato imperativo ni a interpelación³⁹. Las restricciones a cualquier forma de intervención en la labor legislativa responden a un ejercicio negativo de la autonomía de sus funciones. Positivamente, tal autonomía permite todas las facilidades posibles a los congresistas para el ejercicio de sus actividades⁴⁰. Esta proscripción también tiene correspondencia con el hecho de que los

³⁶ No puede estar atado por ningún tipo de loblry [artículo 92 in fine de la Constitución].

³⁷ El Congreso ha de "velar por el respeto de la Constitución" [artículo 102.2 de la Constitución].

³⁸ El parlamentario debe mantenerse estable en el ejercicio de su cargo. Sin embargo, antes se admitía una temible vacancia de hecho de su función, situación que se producía si el parlamentario aceptaba "cualquier empleo, cargo o beneficio cuyo nombramiento o presentación dependa exclusivamente del Jefe del Poder Ejecutivo" [artículos 52 de la Constitución de 1856; 56 de la de 1860; y, 56 de la de 1867].

³⁹ Al igual que en la Constitución, se encuentra en el artículo 14 del Reglamento del Congreso, pero sin larga data constitucional [artículos 92 de la Constitución de 1933; y 176 de la de 1979]. También cuenta con una norma similar el Defensor del Pueblo [artículo 161 de la Constitución].

⁴⁰ Se precisa que deben tener diversos derechos como "al pasaporte diplomático, mientras dure su mandato o ejerzan sus funciones" [artículo 2 de la Ley N° 23274, Ley de determinación de los titulares de pasaporte diplomático).

En una experiencia extranjera, se les otorga la facultad del "uso gratuito de todos los medios de transporte estatales" [artículo 48.3 de la Ley Fundamental de Bonn]; "vacaciones necesarias para preparar su elección" cuando vuelvan a postular [artículo 48.1 de la Ley Fundamental de Bonn]; y, una "compensación económica adecuada que asegure su independencia" [artículo 48.3 de la Ley Fundamental de Bonn]. De otro lado, también se ha señalado que "todas las dependencias del Estado tienen la obligación de guardar a los diputados las consideraciones derivadas de su alta investidura" [artículo 161 de la Constitución guatemalteca].

congresistas 'no estén sujetos a remoción, revocatoria ni rendición de cuentas'⁴¹. Adicionalmente se ha restringido la interpelación a los ministros de Estado⁴², por lo que tampoco se permite, en la lógica de Loewenstein, un control intraorgánico dentro del Parlamento, es decir, un congresista no está obligado a contestar las preguntas que se le formulen por su gestión funcional.

La proscripción del mandato imperativo tiene un correlato en las prerrogativas parlamentarias -sobre el tema, ver infra-, las mismas que poseen una característica básica de irrenunciabilidad. Tienen como fin alcanzar y mantener el libre funcionamiento del Poder Legislativo y consisten en exenciones que se realizan al Derecho punitivo estatal en la actuación de los parlamentarios, sustentándose no tanto en su persona o en una calidad subjetiva, sino en virtud del funcionamiento independiente del órgano constitucional⁴³. Su eficacia proviene del grado de representatividad de los parlamentarios como de la autonomía que determina su actuación. Pueden ser de una doble índole⁴⁴: una prerrogativa que contenga los elementos sustantivos de protección, y comúnmente llamada inviolabilidad, y otra que abarque formas procesales de salvaguarda, y frecuentemente nombrada como inmunidad. El destinatario de la norma se sustenta en un efecto vertical, al estar dirigida esta prerrogativa sustantiva contra cualquier autoridad, inclusive las jurisdiccionales, motivo por lo cual fluye la responsabilidad de quien lo afecta⁴⁵.

Pero es necesario indicar que la protección que se presenta a través de la inviolabilidad y la inmunidad no es -ni puede ser- juzgada como ilimitada. Prerrogativa no significa impunidad. De hecho, el parlamentario podría incurrir en responsabilidad penal cuando se emitan opiniones no relacionadas con su actividad cometiendo un delito⁴⁶. Pese a que en el Derecho consuetudinario inglés, en ningún supuesto los derechos comunicativos podían ser materia de proceso penal⁴⁷, en la actualidad la protección de los congresistas solo existirá

⁴¹ Partiendo del reconocimiento de la participación ciudadana en los asuntos públicos [artículo 31 de la Constitución], la revocatoria solamente sirve para la destitución de alcaldes y regidores; autoridades regionales, que provengan de elección popular; y, magistrados que provengan de elección popular [artículo 20 de la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos], salvo en el caso de disolución del Congreso [artículo 134 de la Constitución].

⁴² La interpelación es una capacidad de control político, según la cual "es obligatoria la concurrencia del Consejo de Ministros, o de cualquiera de los ministros, cuando el Congreso los llama para interpelarlos" [artículo 131 de la Constitución]. La forma en que se realiza es explicada en el artículo 83.c del Reglamento del Congreso.

⁴³ Adicionalmente, el Defensor del Pueblo "goza de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas de los congresistas" [artículo 161 de la Constitución], figura reproducida para los magistrados del Tribunal Constitucional [artículo 201 de la Constitución].

⁴⁴ En Derecho Comparado, se ha llegado a identificar ambos conceptos explícitamente como prerrogativas [artículos 161 de la Constitución guatemalteca, 200 de la hondureña y 17.a de los Reglamentos de las Cámaras de Diputados y Senadores bolivianas], conociéndose también como poderes [artículo 58.1 de la Constitución de Antigua y Barbuda].

⁴⁵ Así, los funcionarios "que violen la inmunidad de los integrantes de la Asamblea Nacional, incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados o castigadas de conformidad con la ley" [artículo 200 de la Constitución venezolana].

⁴⁶ Ya sea a través de injurias [artículo 130 del Código Penal], calumnias [artículo 131 del Código Penal] o difamaciones [artículo 132 del Código Penal].

⁴⁷ En los textos antiguos ingleses, se pudo ver cómo se decía que "la libertad de palabra o de debates o de procedimientos en el Parlamento no debe ser denunciada o puesta en cuestión en ninguna corte o lugar fuera del Parlamento" [artículo 9 del Bill of Rights].

en tanto se ejerzan de manera correcta⁴⁸; caso contrario, es totalmente válida la interposición de una querrela en su contra.

También el parlamentario podría cometer una falta parlamentaria, y pasar a la Comisión de Ética del Congreso⁴⁹ si es que ha cometido un acto de indisciplina⁵⁰, pero no por sus votos u opiniones⁵¹. En el país, sin embargo, este órgano tan solo ha realizado, hasta marzo de este año, la investigación de veintiún congresistas denunciados por treintinueve casos cometidos; y únicamente ha existido informe sancionador aprobado por el Pleno en dos oportunidades, que son justamente los casos más flagrantes: el congresista Alfredo González tuvo que rendir cuentas por extraer un expediente a una secretaria como parte de una diligencia judicial, al haber sido tomado por las cámaras de seguridad del escenario deportivo donde sucedieron los hechos; y, el congresista Leoncio Torres Ccalla responderá ante la justicia por el conocido intento de violación de una menor en su propia oficina, luego que él mismo reconociera su acto, a través de un vídeo captado a escondidas.

Pero donde asume mayor responsabilidad la actividad congresal respecto al pueblo es en las infracciones constitucionales. Se les define, al ser similares a la irreprachable ofensa, como un injusto típico que delimita correcta y concretamente las conductas que se hacen reprochables por afectar un "interés del Estado" a efectos de ser luego sancionadas. A través de un acto atentatorio contra dicho interés, el parlamentario está violando la exclusiva y privativa confianza de la población puesta en él, al haberse aprovechado de sus potestades con el fin -exclusivo o no- de afectar el orden constitucional. Esta podría convertirse en la mejor forma en que el congresista responda ante el pueblo por sus acciones más aún si logra ser tipificada expresa y taxativamente, pues todo mandato y toda disposición deberá hacerse

⁴⁸ Toda persona, incluyendo a todo congresista, tiene derecho a las "libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento" [artículo 2.4 de la Constitución], motivo por lo cual se puede "usar da palabra nos termos do Regimento" [artículo 17.2.a del Reglamento de la Asamblea Nacional de Santo Tomé y Príncipe].

⁴⁹ Está encargada de "prevenir actos contrarios a la misma, absolver las consultas que se le formulen y resolver en primera instancia las denuncias que se formulen de acuerdo con el presente Código de Ética" [artículo 35.d del Reglamento del Congreso]. Además, está facultada para hacer recomendaciones públicas, amonestación escrita y recomendación de suspensión al Pleno [artículo 14 de la Resolución Legislativa N° 016-2003-CR, Código de Ética Parlamentario, coherente con el artículo 23 del Reglamento del Congreso].

⁵⁰ En, pocas palabras, es la entidad "encargada de estudiar y conocer las acciones que sobre las iniciativas congresales sean denunciadas, así como actos contrarios a las normas éticas que debe exhibir un legislador" [párrafo V de la Resolución que crea la Comisión de Ética del Senado dominicano].

Al respecto, artículo 95 de la Constitución (entendido como "sanciones disciplinarias que impone el Congreso a los representantes y que implican suspensión de funciones") y, en Derecho Comparado, 31 del Reglamento Interno de la Asamblea Nacional nicaragüense

⁵¹ Es claro que "no podrán en ningún momento ser sometidos a un procedimiento judicial o disciplinario ni responsabilizados de otra forma fuera del Bundestag a causa de su voto o de una declaración que hicieran en el Bundestag o en una de sus comisiones" [artículo 46.1 de la Ley Fundamental de Bonn].

Por eso, también se ha llegado a señalar que la protección del congresista se centra en la inviolabilidad "sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo" [artículo 185 de la Constitución colombiana], pues "cada representante está obligado a observar las normas del reglamento adoptado en la Asamblea" [artículo 66 de la Constitución noruega].

normativo en la Constitución estando en la búsqueda de un "estado de precisión razonable", a diferencia de lo que ocurre en la actualidad. Por tanto, un congresista podría estar incurso en una responsabilidad constitucional en caso que la Comisión Permanente lo acuse ante el Pleno por infracción de la Constitución y por todo delito que cometa en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas⁵².

En esta línea está un caso nacional vinculado con una reunión de todos los presidentes de las comisiones del Congreso con el ladino asesor Montesinos a fin de que intervengan y colaboren con la presentación de mociones -que luego se convirtieron en leyes- con el objetivo de controlar las instituciones públicas del Estado y lograr la tercera ilegal reelección de Fujimori. Descubierto gracias a un vídeo, el caso se tradujo en tres denuncias constitucionales, luego en una acusación y finalmente en una sanción a todos los parlamentarios presentes en la reunión⁵³ por afectación de la división y control entre los poderes estatales⁵⁴. Frente a esta resolución, la congresista Chávez ha presentado una acción de amparo porque según ella fue sancionada sin tomarse en cuenta un supuesto descanso médico prescrito en virtud de una operación que se le realizara, observación equívoca de parte de la ex escudera presidencial, al no habersele dejado en estado de indefensión alguno⁵⁵.

4. El reconocimiento de prerrogativas sustantivas

La imposibilidad de los congresistas de responder por sus acciones y exigirle cuentas, es conocido como inviolabilidad, indemnity, irresponsabilidad o insindicabilidad de los parlamentarios y aparece como parte de las consecuencias de su autonomía, al no ser responsables por las opiniones y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones⁵⁶. Su primer antecedente se encuentra en la Inglaterra del siglo XVI (con el caso Wentworth), pero es recién un siglo después, tras el caso Williams, líder de la Cámara de los Comunes, cuando fue consagrada jurídicamente en el Bill of Rihts (1689), a través de la freedom of speech.

⁵² La acusación está prevista en los artículos 99 de la Constitución; y 89 del Reglamento del Congreso. La suspensión, inhabilitación o destitución se prevén en el artículo 100 de la Constitución.

⁵³ Los congresistas incriminados en las denuncias 108, 109 Y 110 del 2001, fueron Chávez, Marcenaro, Velit, Joy Way, Amorin, Blanco, Urrelo, Trelles, Pando, Medelius, Ruiz, Espichán, Mellado y Siura.

⁵⁴ La denuncia se basó en la vulneración de un principio general de separación de poderes [artículo 50 de la Constitución. y poniéndose énfasis en la afectada independencia del Parlamento [artículo 93 de la Constitución], del Consejo Nacional de la Magistratura [artículo 150 de la Constitución], del Ministerio Público [artículo 158 de la Constitución] y de los tres órganos del sistema electoral [artículo 177 de la Constitución].

⁵⁵ Concuero con la decisión que "el no ejercicio del derecho de defensa en la sesión del Congreso de la República el 05 de junio de 2002 no constituye una violación de dicho derecho por parte del órgano constitucional emplazado, más aún si pese a existir una posibilidad de defenderse en términos reales o efectivos, como pudo ser ejercer su defensa por medios escritos o por medio de la designación de un abogado defensor, la recurrente no lo realizó" [Voto singular de los magistrados Alva Orlandini y Gonzales Ojeda en la Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 0825-2003AA/TC, de octubre de 2003].

⁵⁶ A veces solo se señalaba que "los representantes son inviolables en el ejercicio de sus funciones" sin especificar su contenido [artículos 50 de las Constituciones de 1856, 54 de la de 1860, 53 de la de 1867 y 80 de la de 1920].

La inviolabilidad tiene relación con el acta interna corporis, cuyo origen se encuentra en la también anglosajona doctrina del internal proceedings, y que es parte del Common Law y no del derecho objetivo del *Stare Decisis*, y que en la Alemania del siglo XIX fuera retornada para zanjar un litigio llevado a los tribunales judiciales por la negación parlamentaria de aprobar el Presupuesto⁵⁷. Ante tal situación, la respuesta doctrinaria -vigente hasta hoy- propuso la imposibilidad de fiscalización de aquellas fases procedimentales que se desarrollan íntegramente en el interior del Parlamento, impidiendo la intervención de los otros Poderes del Estado en el Congreso, sobre todo la exclusión del control jurisdiccional. Solo podrá argumentarse su control si hay lesión de un derecho fundamental dentro del procedimiento⁵⁸, por lo que un límite a esta salvaguardia congresal puede ser encontrado en la acusación constitucional y la sanción por infracción explicada supra, más aún si evita la afectación del debido proceso parlamentario⁵⁹.

En este marco, las prerrogativas sustantivas posibilitan la desvinculación de intereses de los congresistas con respecto a quienes lo eligieron. Es cierto que para llegar a representar a la población, los congresistas deben ser elegidos a través de votaciones que traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos⁶⁰, y constituye el vínculo que une al elegido con el elector, al establecer una dependencia ideológica a través del partido que lo postuló como candidato. Por tanto, la inviolabilidad, como característica de las instituciones representativas que se desenvuelven en un contexto democrático, no debe ser considerada en un sentido formalista y limitativo. El Congreso es un órgano eminentemente deliberativo y necesita de la discusión para la formación de su voluntad político-legislativa⁶¹, y en esta idea deben ser amparadas las

⁵⁷ Hoy en día, se ha eliminado la situación de predominio del Poder Ejecutivo en las confrontaciones con los ciudadanos, permitiéndose "amplio control judicial sobre los actos de los poderes públicos" [artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn], pero no se ha reconocido un derecho general al debido proceso de todas las situaciones jurídicas de ventaja reconocidas por el ordenamiento jurídico.

⁵⁸ También puede invocarse en un proceso sobre la procedencia o no del control de constitucionalidad de una ley por vicios formales siempre y cuando estas faltas provengan de los Reglamentos parlamentarios [Sentenza de la Corte Constitucional italiana n° 9, de 1959]. Por tanto, se afirma que "cualquier acto parlamentario sin valor de ley puede ser susceptible de control por el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo por una presunta vulneración de derechos fundamentales" [Sentencia del Tribunal Constitucional español 23/1990, de 15 de febrero].

⁵⁹ En el país, se presentó un problema a raíz de la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional a través del Congreso. Similar a este caso, está el 'Proceso 8000' colombiano, relacionado con el ex presidente Samper.

Para el caso nacional, se señaló con claridad que la potestad del Parlamento "no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros" [Sentencias del Tribunal Constitucional, Exp. N°s. 340-98-AA/TC y, 358-98-AA/TC, ambas de septiembre de 1998], razón que motiva "que cualquier órgano del Estado que ejerza las funciones de carácter materialmente jurisdiccional tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal" [párrafo 71 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de enero del 2001].

⁶⁰ Se protege así "que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa" [artículo 176 de la Constitución].

⁶¹ En el pasado se dijo que solo habrá protección "dentro de su Cámara" [artículo 33 de la Constitución de 1826]. Ahora, aparte de la Cámara [artículo 61 de la Constitución mexicana,

prerrogativas sustantivas. Por lo tanto, los parlamentarios están exentos de responsabilidad alguna por las manifestaciones que realicen en relación con su actividad como representantes, así como por sus votos emitidos dentro del hemiciclo, con la cual se asegura a los congresistas los derechos en el ejercicio de todas las funciones parlamentarias, se protege la integridad de la representación popular en relación con los demás órganos del Estado y se respeta la discusión plural de las ideologías.

Debe reconocerse dos vertientes respecto al tipo de protección que incluye la inviolabilidad. En primer término, se puede salvaguardar solamente la votación⁶², o también incluir la opinión⁶³. De otro lado, el resguardo se puede ceñir a las manifestaciones de expresión realizadas solo en actos parlamentarios y en las correspondientes sedes⁶⁴, o no restringirla temporal ni espacialmente, con el requisito único de realizarla en el ejercicio de la función parlamentaria⁶⁵. De hecho en el Perú, la protección de los votos y opiniones incluye toda actuación como congresista⁶⁶, y la inviolabilidad asoma vinculada con el mandato legislativo dentro y fuera de las cámaras esté o no reglamentariamente contemplado el acto; por lo tanto, sus opiniones y votaciones, manifestadas en este amplio ámbito funcional, se entenderán lícitas y jurídicas *rationae jutionis*, mientras el parlamentario tenga dicha calidad.

5. La observancia de prerrogativas procesales

Conjuntamente con la protección en el ámbito sustantivo, se presenta la procesal. Según esta, para que se produzca el procesamiento penal o la detención de los congresistas se requiere previa autorización del órgano parlamentario. La aparición de la *immunitas* se motivó en la imposibilidad de persecuciones injustificadas desde el Ejecutivo contra sus adversarios, e impedirles tomar parte en los debates. Siempre ha estado presente en la

que tuvo eco en el artículo 182 de la Constitución de 1979], incluye cualquier recinto parlamentario [sección 7 de las Reglas de la Cámara de Representantes filipina], y además "su domicilio, residencia o habitación, que no podrán ser allanados en ninguna circunstancia" así como "los vehículos de su uso particular y a las oficinas de uso parlamentario" [artículos 17.a de los Reglamentos de las Cámaras de Diputados y Senadores bolivianas].

⁶² En España no se protegen los votos, según el artículo 71.1 de la Constitución

⁶³ Tal como ocurre en Alemania, Bélgica, Dinamarca, Países Bajos, Gran Bretaña y Estados Unidos.

⁶⁴ En el Código Penal teutón se prescribe que las reseñas fieles a la verdad sobre las sesiones públicas de los órganos legislativos, o de comisiones, están exentos de toda responsabilidad. En otras oportunidades, solo se ha restringido la protección constitucional "en sesiones de sala o de comisión" [artículo 58 de la Constitución chilena].

⁶⁵ Así se ha llegado a sustraer de toda acción judicial, los discursos pronunciados en las Cámaras, así como los informes y piezas impresas en ellas [Ley de Imprenta gala de 1819]. Además, tras la acusación, en una sesión de la Camera dei Deputati, de un miembro a otros dos por la suplantación en su votación a dos colegas suyos, la Corte Costituzionale declaró que dicho hecho correspondía a la posición institucional de las Cámaras, justificándose la sustracción de la materia en virtud de la *internrr corpons* [Sentenza italiana 379, de 1996].

⁶⁶ Históricamente, la protección se ha centrado en el "desempeño de su cargo" [artículo 17 de la Constitución de 1839], en el "desempeño de su comisión" [artículos 57 de la Constitución de 1823; y, 45 de la de 1834] o, como se dice hasta ahora, en el "ejercicio de sus funciones" [artículos 80 de la Constitución de 1920; 176 de la de 1979; y, 17 del Reglamento del Congreso].

institución representativa, al requerirse que sea levantada la inmunidad, inviolabilite o inviolabilita del parlamentario, para iniciar su juzgamiento⁶⁶).

Sin duda tiene su fundamento en procurar la afirmación de los derechos de las minorías y de las oposiciones en sus enfrentamientos con las mayorías y los oficialismos.

Con el fin de asegurar un sistema de igualdad ante la ley⁶⁷, y siguiendo la capacidad jurisdiccional del sistema judicial⁶⁸, la inmunidad debe ser interpretada restrictivamente, evitando la arbitrariedad parlamentaria y la utilización política del proceso penal⁶⁹. Partiendo del freedom from arrest, con antecedentes ya en el siglo XV, en Inglaterra se exigía de arrestos a los parlamentarios -inclusive, a su familia y servidores por la comisión de delitos civiles con pena de prisión. Esta figura desaparecida en 1838 permitió que en Estados Unidos se empezara a impedir el arresto de los parlamentarios, y en la Francia revolucionaria, se comenzara a sugerir que el proceso judicial requeriría una acusación por parte del Parlamento⁷⁰.

En la actualidad, la inmunidad parlamentaria aparece como una condición exigida en virtud del cargo de congresista que ostenta el individuo y no por una consideración de índole personal⁷¹, lejana a cualquier móvil político⁷². Es decir, la protección del congresista termina siendo la protección del Congreso como institución, pues como se ha señalado, la intención primigenia de estas prerrogativas es la búsqueda y la conservación de la autonomía parlamentaria, y cualquier acción en contra de ella debe ser expulsada del sistema. De otro lado, el tratamiento actual refleja la evolución de la materia desde una salvaguardia de todo tipo de proceso hasta llegar a contemplar, en detrimento de las cuestiones civiles⁷³, únicamente los procesos penales, aunque en toda

⁶⁷ Sobre todo por su condición política [artículo 2.2 de la Constitución]

⁶⁸ Pese a que "la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial" [artículo 139.1 de la Constitución], el Congreso autoriza el juzgamiento previamente sin requerir opinión alguna de los tribunales, a diferencia de lo que se prescribía en el artículo 55 de la Constitución de 1867.

⁶⁹ El fin es que el congresista quede en "suspensión del ejercicio de sus funciones legislativas, y sujeto al Juez competente" [artículo 19 de la Constitución de 1839] o no dejarlo salir del país [artículo 48 de la Constitución sueca].

⁷⁰ La protección incluía desde su proclamación electoral, pasando por la legislatura que formen parte y hasta un mes de concluido este (Decreto de 26 de junio de 1790, que dará lugar a la Ley de 13-17 de junio de 1791).

Sobre el grado de protección, se ha dicho que esta tendrá vigencia genérica pues sus opiniones no podrán ser quebrantadas "en ningún tiempo ni caso" [artículo 128 de la Constitución gaditana de 1812] o simplemente "en ningún tiempo" [artículo 45 de la Constitución de 1834]. Respecto a este tema, más clara es la experiencia comparada, donde surte efecto "en todo tiempo, durante y con posterioridad a su mandato" [artículos n.a de los Reglamentos de las Cámaras de Diputados y Senadores bolivianas].

⁷¹ Por tanto, "no entraña privilegios personales ni beneficios económicos" [artículo 82 de la Constitución cubana].

⁷² Para el Tribunal Constitucional, su cometido es "garantizar la libertad e independencia de la institución" y no "ser convertidos en instrumentos de utilización según criterios de oportunidad política" [fundamento 2 de la sentencia, Exp. N° 340-98-AA/TC], para evitar "perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación" [fundamento 5 de la sentencia, Exp. N° 0006-2003-AI/TC, de diciembre de 2003].

extensión⁷⁴. Es también interesante señalar cuál es el espacio temporal en que la inmunidad surte efecto, y la respuesta es muy escueta pero igualmente clara: desde cuando se produce la elección del congresista⁷⁵ hasta un mes después de dejado el cargo⁷⁶.

El procedimiento que se sigue para levantar la inmunidad parlamentaria (aparece como "autorización penal para proceder"⁷⁷, y no como licencia⁷⁸ u orden)⁷⁹ ha sido definido de manera muy precisa⁸⁰. Se basa en un pedido de la Corte Suprema de Justicia, que debe ir acompañada de copia auténtica del expediente judicial que contiene lo actuado en la investigación policial, fiscal o judicial respecto del supuesto delito en el que estaría involucrado el congresista. Tras comunicación hecha por la Presidencia del Congreso, la investigación es realizada por una comisión calificadora (elegida por el Pleno, guardando el principio de la proporcionalidad política de la representación en lo posible)⁸¹, a fin de dictaminar si en la acusación existe motivación de carácter

⁷³ La inmunidad "no protege a los congresistas contra las acciones de naturaleza diferente a la penal, que se ejerzan en su contra y sean derivadas de sus actos privados" [artículo 16 del Reglamento del Congreso], a diferencia de lo que previó en los artículos 128 de la Constitución gaditana de 1812; 43 de la de 1828; 46 de la de 1834; y, 20 de la de 1839; y de lo que está vigente en el Derecho Comparado en los artículos 110 de la Constitución costarricense; 58.1.b y 71.1.a de la sudafricana; y, 17.b de los Reglamentos de las Cámaras de Diputados y Senadores bolivianos.

⁷⁴ Incluye todo acto de acusación, persecución o detención [artículos 17.b de los Reglamentos de las Cámaras de Diputados y Senadores bolivianos], secreto profesional [artículo 47 de la Ley Fundamental de Bonn], registro personal o domiciliario [artículo 200.1 de la Constitución hondureña ("aún en estado de sitio") e iniciativas legislativas [artículo 200.2 de la Constitución hondureña], pero no las "faltas" [artículo 11 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos]. Sin embargo no se permite la interposición de medidas limitativas de derechos [artículo 2 de la Ley N° 27399, Ley que regula las investigaciones preliminares previstas en la Ley N° 27379 tratándose de los funcionarios comprendidos en el artículo 99 de la Constitución].

⁷⁵ Término que incluye el momento en que el Jurado Nacional de Elecciones proclama a una persona como parlamentario [artículo 332 de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones], y que debe ser retrotraída al día mismo en que se produjo la elección. También se ha propuesto que sea simplemente a "un mes antes de abrirse las sesiones" [artículos 55 de la Constitución de 1867; y, 80 de la de 1920] o desde el momento "de su incorporación" [artículo 58 de la Constitución chilena].

⁷⁶ Además, se ha considerado concluido al "mes después de cerradas las sesiones" [artículos 80 de la Constitución de 1920; y, 55 de la de 1867], a los "dos meses después de haber cesado su cargo" [artículo 43 de la Constitución de 1828], a los "tres meses después de concluidas las sesiones" [artículo 18 de la Constitución de 1839] o en el día "en que se abra la legislatura" siguiente [artículo 46 de la Constitución de 1834].

⁷⁷ Asimismo se reconoce como autorización en los artículos 18 de la Constitución de 1939 y 51 de la de 1856. De hecho, esta figura implicaba una disposición de la Cámara [artículo 105 de la Constitución de 1933], al igual que hoy sucede en los casos alemán [artículo 46.2 de la Ley Fundamental de Bonn ("autorización del Bundestag")], cubano [artículo 83 de la Constitución] y namibio [artículo 60.3 de la Constitución].

⁷⁸ Tal se prevé en el artículo 52 de la Constitución boliviana

⁷⁹ También se ha considerado como una "orden de su respectiva Cámara" [artículo 32 de la Constitución de 1826].

⁸⁰ Es un procedimiento especial existente, desarrollado a través del artículo 16 del Reglamento del Congreso, en contraposición con la equiparación al sistema "para juzgar a los miembros de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto fuere aplicable" [artículo 27 de Reglamento interno de la Cámara de Senadores paraguayo].

⁸¹ En algún caso se ha determinado que tenga "quince miembros titulares y quince suplentes" [artículo 80.1 del Reglamento de la Asamblea Nacional francesa].

legal y no una de índole política, racial, religiosa o de otro tipo. Este estudio es evaluado, debatido y rechazado o aprobado en sesión extraordinaria del Pleno convocado por la Mesa Directiva, con una mayoría absoluta de votación, es decir, de la mitad más uno del número legal de congresistas⁸². Durante el procedimiento, el acusado tiene derecho a presentar su alegato⁸³, regla proveniente del derecho genérico al debido proceso⁸⁴ y contar con una defensa propia o de letrado⁸⁵. Si la inmunidad es levantada, corresponde el juzgamiento a los tribunales ordinarios⁸⁶.

Además, no hay que olvidar que los tipos de delitos que siguen este procedimiento son los comunes, puesto que los funcionales son desarrollados como una acusación constitucional⁸⁷.

Frente a esta proposición general, siempre hay excepciones⁸⁸, como la nacional sustentada en la comisión in fraganti de un delito. Esta puede ser entendida como la detención realizada por evidencias en el momento mismo de la comisión del hecho delictuoso o posterior a tal acto cuando subsisten evidencias del delito⁸⁹. Cuando se produce la flagrancia, los congresistas son puestos a disposición de los estamentos congresales en un plazo de

⁸² Igualmente se ha llegado a pretender los "dos tercios de votos del total de sus miembros titulares", como en los artículos 53.7 de la Constitución brasilera y 17.b de los Reglamentos de las Cámaras de Diputados y Senadores bolivianos.

⁸³ Específicamente, "usar hasta 60 minutos en su defensa" [artículo 16 del Reglamento del Congreso].

⁸⁴ La observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional [artículo 139.3 de la Constitución] sí ha sido exigida expresamente para el caso de la acusación constitucional [artículo 100 de la Constitución] .

Respecto al levantamiento de la inmunidad, se ha dicho que es un "impedimento procesal para la apertura de la instrucción penal, cuya estricta observancia constituye un elemento de especial importancia del procedimiento preestablecido por la ley y, desde tal perspectiva, como atributo integrante del derecho al debido proceso" [fundamento 1 de la sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1011-2000-HC/TC, de enero del 2001].

⁸⁵ En el procedimiento, "la comisión oír al autor o al primer firmante de la solicitud y al diputado interesado o al colega a quien haya encargado su representación" [artículo 80.3 del Reglamento de la Asamblea Nacional francesa].

⁸⁶ Se ha requerido, en diversas oportunidades, el juzgamiento por parte de los máximos órganos del Poder Judicial, según se observa en los artículos 53.4 de la Constitución brasilera o 186 de la colombiana

⁸⁷ Ha quedado claro que "la garantía de la inmunidad parlamentaria opera solo respecto de delitos comunes" y no "en el caso de los delitos funcionales" [fundamento 6 de la sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 0006-2003-AI/TC, de diciembre del 2003], tal como lo reconoce expresamente el artículo 114 de la Constitución uruguaya

⁸⁸ Existen salvedades por el momento (durante las sesiones de la Asamblea [artículo 69.2 de la Constitución de Madagascar]), por el ejercicio del cargo (cuando el legislador renuncia a la inmunidad [artículo I de la Constitución panameña]) o por el tipo de delito cometido (supuestos "de traición, delito grave -feroz"- y alteración de la paz" [artículo 1.6 de la Constitución estadounidense]).

⁸⁹ Se protege la intervención cuando el delito no es cometido necesariamente en el momento mismo de la producción del evento, pues no incluirse como supuesto de flagrancia "significaría que aun existiendo notorias evidencias del hecho punible, después de la perpetración, el presunto responsable goce aún de libertad" [fundamento 1 de la sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 975-96-HC/TC, de junio de 1998].

Esta se produce "en el momento de la comisión de un crimen" [artículo 191 de la Constitución dominicana] ya veces es "no afianzable" [artículo 53.1 de la Constitución brasilera].

veinticuatro horas para autorizar el sometimiento a proceso⁹⁰, tema que debe incluirse con prelación en la agenda congresal del orden del día⁹¹.

Ante el desarrollo doctrinal y jurisprudencial sobre la materia, se encuentra la impávida realidad. Según se ha presentado públicamente, durante el periodo comprendido entre el 2001 Y el 2004, de las treinta y tres solicitudes de levantamiento de inmunidad respecto a veinte congresistas, el Legislativo declaró catorce inadmisibles y diecisiete infundadas. Por tanto, a veces parece innecesario y redundante que el Congreso dispense al parlamentario de esta prerrogativa, pues los condicionamientos para que determinaran su inclusión constitucional desde hace años ya no se mantienen vigentes. Su alguna vez demostrada utilidad no permite, en el Constitucionalismo de hoy, relacionar el motivo de la denuncia con su condición de congresista. La situación de equilibrio que debe existir en los procesos contra las personas pese al cargo que ostentan y la práctica congresal de patrocinio inadecuado de sus miembros, motivan la conversión de la inmunidad en una barrera para que el Poder Judicial procese al legislador acusado por algún tipo de delito. Lograr que la figura pueda ir poco a poco vaya, suavizándose para finalmente desvanecerse, no hará que el Congreso se vea disminuido en su soberanía en el ejercicio de sus funciones ni afectado como institución.

DOCTRINA

ALONSO DE ANTONIO, José y ALONSO DE ANTONIO, Angel. Derecho Parlamentario. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000; BERNALES BALLESTEROS, Enrique, RUBIO CORREA, Marcial y otros. La Constitución de 1993: análisis y comentario. En: "Lecturas sobre temas constitucionales". N° 10. Lima, 1994;

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: análisis comparado. Ciedla. Lima, 1996; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. El mandato parlamentario. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1991; CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993: lectura y comentario. Cuarta edición.

Antonella Chirinos Montalbetti. Lima, 1997; LOV ATÓN, David. Inmunidad y no impunidad parlamentaria: la acusación constitucional contra trece ex congresistas y dos ex ministros del régimen de Fujimori y Montesinos. Separata N° 140. Instituto de Defensa Legal. Lima, setiembre 2001; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999; SANT AOLALLA LOPEZ, Fernando. Derecho Parlamentario español. Editora Nacional, Madrid, 1983; TIRADO BARRERA, José Antonio. Inmunidad parlamentaria y derechos fundamentales: en torno al caso del congresista Javier Noriega. En: *Ius et Veritas*, Año 7, N° 12, junio 1996.

⁹⁰ Se interviene a fin de que "se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento" [artículo 176 de la Constitución de 1979].

⁹¹ Como parte de las sesiones ordinarias del Pleno del Congreso, el presidente debe dar prioridad a "los oficios mediante los cuales la autoridad correspondiente pone a disposición del Congreso a los congresistas que hayan sido apresados en flagrante delito" [artículo 54.c del Reglamento del Congreso].

Reglamento y funcionamiento del Congreso

Artículo 94

El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley; elige a sus representantes en la Comisión Permanente y en las demás comisiones; establece la organización y las atribuciones de los grupos parlamentarios; gobierna su economía; sanciona su presupuesto; nombra y remueve a sus funcionarios y empleados, y les otorga los beneficios que les corresponden de acuerdo a ley.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 80, 95, 96, 101, 105, 108, 135, 136;
T.U.O. Rgmto. Congreso: arts. 13, 26 al 30, 38;
D.L.: 23214: arts. 499 inc. b);
C.A.D.H.: arto 23.1.a;
D.D.D.H.: arto 21.1

César Delgado Guembes

1. Introducción

Este es un artículo que repite en esencia los artículos 115 y 116 de la Constitución de 1933 y 177 de la Constitución de 1979.

El artículo 94 concreta una de las modalidades en que se aplica el principio constitucional de la separación de poderes a que se refiere el artículo 43. Es una norma que reenvía al Reglamento del Congreso el desarrollo del contenido sobre su autonomía normativa, organizacional y financiera. El Reglamento del Congreso es, a partir de esta norma constitucional, parte del contenido constitucional del principio de separación de poderes y autonomía competencial que tiene carácter vinculante para todos los órganos del Estado.

El contenido constitucional del estatuto normativo, organizacional, procedimental y presupuestario que define el Congreso es un objeto y materia constitucional que, por esta misma razón, delimita negativa y excluyentemente competencias de otros órganos a los que no corresponde revisar ni cuestionar materia constitucional.

El contenido del Reglamento del Congreso es materia constitucional propiamente dicha.

Esta es la naturaleza y el sentido de esta norma, la misma que no tiene como fin solo remitir al Reglamento del Congreso, al que le reconoce una fuerza que no es menor a la de la ley sino que, por el hecho mismo de reenviar el alcance de su contenido material a la potestad autónoma del Congreso de decir cómo actúa el Estado, la consecuencia de tal reenvío es la sustanciación de la

constitucionalidad material del principio de separación de poderes. Lo que la doctrina llama el bloque de constitucionalidad

La finalidad de esta norma constitucional, por lo tanto, es incorporar en el bloque de constitucionalidad la competencia normativa, organizacional, financiera exclusiva del Congreso. Esta autonomía material reúne temas de jerarquía y fuentes del derecho, representación y organización parlamentaria, de administración económica, manejo presupuestario del Congreso, y de organización laboral del servicio parlamentario. El denominador común de esta variedad de aspectos es el principio fundamental de separación de poderes cuya concreción es el marco de autonomía del Congreso como órgano estatal. Una autonomía que, por otra parte, aparece en otro artículo constitucional como el relativo a la inviolabilidad de la sede parlamentaria, que reconoce el artículo 98.

2. La autonomía parlamentaria y los límites del principio de separación de poderes

Es el principio y la doctrina de la separación de poderes la que sustenta la autonomía del Congreso. Además del valor del reenvío como mecanismo de inclusión al bloque de constitucionalidad, la afirmación de este principio como base del régimen de Gobierno peruano es igualmente trascendente. Es una forma de admitir y reconocer la influencia y sesgo del régimen presidencial como base para las relaciones entre Congreso y Gobierno. En los regímenes parlamentarios la separación de poderes es concebida no como separación sino como integración entre poderes. La integración se da a partir de la emergencia del Gobierno como órgano derivado y dependiente fiduciaria, funcional y esencialmente del Parlamento.

En los regímenes presidenciales cada uno de los órganos del Estado es concebido como separado. Separación y autonomía van juntas una con la otra y son parte de una concepción del poder que afirma que para evitar la concentración del poder y la autocracia se requiere un diseño institucional en el que los órganos que ejercitan el poder estén divididos según competencias, las mismas que no deben superponerse, pero sobre cuyo ejercicio cada uno controla al otro. Separación y autonomía, pero con control. El control, garantía de distribución democrática del poder y de protección última de los derechos ciudadanos, a su turno, se concibe como una competencia y función que en ningún caso debe dejar a ninguno de los órganos del Estado en una posición monopólico ni dominante respecto de los otros. Cada órgano tiene un espacio cerrado de competencias y funciones, e incluso la capacidad de control de uno respecto de otro no puede ser absoluta, sino que debe cumplirse razonablemente en el marco del principio de división y separación de poderes. No de su concentración ni hegemonía.

Las competencias compartimentalizadas son consecuencia de esa concepción mecanicista del poder. Se presume que el lenguaje es un ámbito de significaciones antes cerradas que abiertas, y que la definición que se da de cada competencia con el lenguaje asegura el espacio de autonomía y de separación respecto de otros órganos del poder. Esta concepción del poder y

del lenguaje es una derivación de la metafísica racionalista y de la física newtoniana que lleva a presumir que el descubrimiento del funcionamiento de interrelación entre cuerpos, cosas, objetos o personas está sujeto a una mecánica. Definir la ley mecánica supone el dominio de la realidad. Aplicar una mecánica asegura el dominio del objeto del conocimiento. Como consecuencia de esta concepción y lógica se recurre a la definición de una dinámica normativa que resulta en el diseño de un mecanismo de división de funciones y de controles recíprocos, como consecuencia de cuyo funcionamiento se garantiza la instalación y mantenimiento automático de una sociedad política no autocrática. Para evitar la concentración el mecanismo debe reflejar la división y difusión del poder en esferas autónomas no sometibles una a la otra. A esta concepción se la conoce también como el sistema de checks and balances, que es uno de los pilares del sistema político del régimen presidencial americano, y del sistema político americano en general.

La configuración del modelo político peruano está concebido en gran parte por este mismo paradigma racionalista, que se sustenta en la representación de un orden político derivado de la aplicación de supuestos procesales y mecánicos de restricción y de control de la voluntad de dominio. Este marco es el que reconoce la autonomía normativa, económica, presupuestal, y organizacional del Congreso, así como su condición de órgano que controla el ejercicio del poder asignado al Ejecutivo y a otros organismos constitucionales autónomos, que es a la vez objeto de control por el propio Poder Ejecutivo y por los órganos de control jurisdiccional.

Como consecuencia del reconocimiento de esta paradigma se postula, por eso, la distancia y la segregación del marco normativo, económico, presupuestal y organizacional privativo del Congreso, respecto del que rige para el resto de la organización estatal. En la medida en que el Congreso se asegura del reconocimiento de sus espacios de autonomía se protege mejor los derechos políticos del individuo y se contiene el ejercicio del poder de los otros órganos del Estado.

De otro lado, siendo nota característica del Estado que la teoría del mismo conoce como la unidad, la autonomía de un órgano frente a los demás supone un rasgo de inconsistencia. El poder del Estado es unitario. No admite la concurrencia segregada de cubículos o ficheros de poder autónomos unos frente a otros. Hay inconsistencia cuando la teoría del Estado que sustenta al Estado peruano se basa en el rasgo unitario de su naturaleza, pero la teoría del régimen de gobierno se sustenta en la autonomización competencial de los órganos del Estado. La inconsistencia del modelo constitucional es un rasgo que resulta de la inadecuada conceptualización del fenómeno del poder, que concluye en la superposición de dos modelos distintos, el de la teoría del Estado de origen europeo continental, y la doctrina de la separación de poderes, según la práctica de la teoría americana de gobierno. El efecto práctico es la ineficiencia operativa del modelo constitucional, al que se exigirá unidad en la acción coordinada de los órganos del Estado, pero del que se esperará a la vez el ejercicio autónomo y sin dependencia de un órgano frente a otro.

La teoría continental europea del Estado guarda afinidad con un modelo parlamentarista, en el que se integran Parlamento y Gobierno en una unidad de dirección que el Parlamento legitima en la relación fiduciaria que mantiene con el gabinete; en tanto que la doctrina de la separación de poderes, en su vertiente americana, está emparentada con el modelo presidencial de división del poder, en un marco de controles recíprocos de órganos independientes sin visión de unidad ni de dirección monopólico de uno respecto de los demás. El régimen de gobierno peruano agrega aspectos de una y otra teoría y doctrina, y define un modelo de relaciones entre Congreso y Gobierno que tiende al entrampamiento, al bloqueo y rigidización entre ambos por el exceso de simetría funcional.

El artículo 94 tiene estos presupuestos de diseño constitucional que sirven de marco para la definición de los contenidos normativos del Reglamento, de la organización, la economía y el presupuesto del Congreso. Sustentar la autonomía que define la Constitución trae como consecuencia la aplicación de un sistema que replica y reproduce la inconsistencia esencial de su diseño en la diversidad de áreas en las que se proyecta la superposición de modelos (la escuela de la teoría del Estado de raíz europeo-continental, y la doctrina de separación de poderes a fin al modelo presidencial americano). Este es un aspecto que no puede dejar de tenerse presente al momento de evaluar el comportamiento de los actores en un diseño institucional minado sustancialmente de incoherencias.

Más allá de los defectos e imperfecciones de los protagonistas del guión institucional, existen reglas que hacen poco claro el sistema de adjudicación de responsabilidades y competencias. La confusión y la ambigüedad normativa e institucional son incentivos que multiplican los niveles de ineficiencia política en la práctica. Confusión y ambigüedad, sin embargo, que están instaladas en la historia y la tradición del modelo peruano. Solo un diagnóstico descarnado de la inconsistencia de modelo y de concepto, y del efecto de ineficiencias que la aplicación de un modelo inconsistente genera, permitirá evitar la réplica indefinida de inconsistencia e ineficiencia en la historia. Pero solo los actores políticos con conciencia del mal y con voluntad y determinación de hacer lo que toca, están capacitados para curar el dispendio de energías desorientadas. Tener claridad sobre la meta y la finalidad política de la República y claridad también sobre las causas de su malestar es la base para realizar la cirugía que el caso demanda. Para dirigir y conducir la República resulta un lujo no corregir los errores de diseño y de práctica que casi dos siglos arrastran.

La eficiencia de un sistema político depende de la claridad de las reglas, la minimización de la ambigüedad. Separación de poderes con autonomía orgánica normativa, financiera y organizacional, en un marco estatal que se constituye a partir de la unidad del poder, no puede conducir a un modelo institucional y normativo favorable a la producción de resultados. Los actores en el proceso político no cuentan con el sustento normativo adecuado. Instituciones y normas se derivan de supuestos contradictorios. De los procesos políticos que se desarrollen en este marco de contradicción no cabe esperar sinergia. Los resultados de la acción política no serán sino modos

interminables de reproducción de la contradicción de las premisas en las que actores y procesos cumplan sus funciones.

3. Naturaleza del Reglamento del Congreso

El primer ámbito de autonomía es la capacidad del Congreso de definir las reglas con las que el Estado imprimirá una dirección política al país. Se afirmará la confianza en el gabinete, se nombrará o ratificará a los funcionarios de los órganos constitucionales, se deliberará y votará las leyes, se requerirá información y explicaciones, se proveerá y distribuirá los recursos y fondos para la atención de los servicios estatales y públicos, se administrarán las prerrogativas protegidas con el fuero parlamentario, se investigará sobre la conducta constitucional de los altos funcionarios públicos premunidos de la reserva del antejuicio político, se fiscalizará el buen manejo de bienes y recursos públicos en los organismos a cargo del dinero fiscal, se sancionará disciplinaria o políticamente a quienes violen el orden parlamentario o infrinjan la Constitución, y se supervigilará, en general la correcta marcha de la vida política en el país según los intereses de la colectividad y el orden público. Los procedimientos relativos al desarrollo de esta temática son definidos en las reglas que se aprueba en el Reglamento del Congreso que, por disposición constitucional, tiene fuerza de ley.

3.1. Carácter instrumental

¿Cuál es la naturaleza del Reglamento del Congreso? Una primera observación es que el Reglamento del Congreso contiene las normas con las cuales, entre otras cosas, pero no solamente, se aprueban las normas nacionales, se vota la confianza al gabinete, se declara la vacancia de puestos públicos tales como la de la presidencia de la República, se distribuye y asigna los fondos presupuestales, etc. Son normas sobre cómo proceder para tomar acuerdos de alcance público nacional. Esta primera característica lleva a tener presente el valor y trascendencia del Derecho Procesal Parlamentario, como garantía de aplicación de la constitucionalidad. El Congreso tiene, es más, el mandato constitucional expreso de velar por el respeto de la Constitución y de las Leyes, además del de disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores (artículo 102, inciso 2).

Por esta razón no resulta difícil percibir cómo la calidad del Reglamento del Congreso y, más aún, su aplicación práctica en cada caso concreto, incidirá finalmente en la calidad del régimen republicano y democrático del país. La condición constitucional del Reglamento del Congreso requiere el uso políticamente correcto de sus principios, valores y preceptos por los actores de los procesos parlamentarios. Razón adicional para reparar en la seriedad del proceso electoral el que, si bien no toma sino un par de minutos expresar la preferencia del elector por un candidato en las urnas, tiene efectos que duran no menos de cinco años (considerando que las leyes que se aprueban en un periodo tienen duración y vigencia mayor por el que son electos los representantes) y alcanzan a todo el país (habida cuenta que es una característica esencial de la ley su universalidad y generalidad, según se deduce del precepto constitucional que dispone que pueden expedirse leyes

especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por la razón de la diferencia de las personas).

La seriedad o la ligereza de los electores es acumulativa y agrega no otra cosa que la conciencia o inconsciencia con la que cada quien se hace cargo efectiva e individualmente de la responsabilidad pública de emitir un voto para definir a quienes representan a la comunidad. El elector elige tanto a quienes aprueban el Reglamento del Congreso como a quienes, bien o mal, lo usan y lo aplican.

3.2. Carácter flexible e inseguridad jurídica

El Reglamento del Congreso, en segundo término, es una norma cuyo contenido y alcances es modificable según la voluntad de los representantes al Parlamento.

En la flexibilidad de su reforma algún sector de opinión considera que es una manera de facilitar el nexo entre sociedad y Estado. La rigidez de los procedimientos de reforma tiende a inmovilizar al Estado impermeabilizándolo frente a las emergencias que fluyen de la colectividad.

En la práctica parlamentaria anterior a 1992, los reglamentos de las Cámaras establecían un procedimiento calificado para su reforma. El Reglamento del Congreso de 1995 no tiene un régimen especial para la presentación de su reforma, su debate en Comisiones y el Pleno, ni para su aprobación o entrada en vigencia. Las modificaciones pueden ser presentadas por cualquier congresista, no existe impedimento expreso para que el trámite sea realizado por delegación ante la Comisión Permanente, y para su debate y votación basta seguir el procedimiento general de contar con la conformidad de la mayoría simple de los presentes, siempre que haya quórum. Es un requerimiento básico que así como facilita la agilidad de su modificación, tiene como contrapartida el riesgo de que carece de mínimos que garanticen adecuadamente su estabilidad y la seguridad de la diversidad de negocios que se resuelven con sus reglas, procedimientos y disposiciones.

La propia facilidad de modificación del Reglamento del Congreso es un factor que influencia en la inestabilidad e inseguridad del régimen jurídico del país, régimen que se define según las reglas del Reglamento del Congreso. Si el Reglamento del Congreso y los procedimientos que en él se reconocen son afectables con la mayoría simple de representantes, no es difícil deducir que la legislación que se apruebe bajo estos supuestos esté igualmente afectada por la premisa anterior. La estabilidad de los productos parece darse en relación directa de la estabilidad de los medios o instrumentos con los que se diseñan, elaboran, fabrican y concluyen los productos.

La reflexión que cabe plantear es si es posible que el modelo legislativo peruano tenga niveles de estabilidad y de seguridad mayor que el de las reglas para debatir y para aprobar sus cambios. Al parecer, las cegueras de un pragmatismo que huye de la consideración y del debate sobre los principios; la compulsión obsesiva por la eficacia; el dogmatismo por el rendimiento; la impaciencia por obtener resultados rápidos; la desesperación por aumentar el número de leyes producidas como si se tratara de competir por la eficiencia en

la industria, o de enlatar sardinas en una planta de ensamblaje; la dependencia avergonzada de una imagen fabricada sobre la base de la percepción ignorante de un público anónimo y ambulante; y el sentimiento de culpa por la parsimonia deliberativa en los trámites parlamentarios, son algunos de los factores inoculados en el régimen parlamentario desde 1993. La consecuencia principal de esta mezcla es la pérdida del carácter esencial que le da virtud a todo régimen de gobierno en el que existen asambleas deliberativas. Sin el lugar que le corresponde a la palabra y a la voz, pensadas y habladas, las asambleas pervierten su finalidad y, degradada su función deliberativa fundamental, gradualmente se transforman en disponibles, sustituibles e innecesarias. En la medida en que el Reglamento de la Asamblea haya quedado justa y adecuadamente pensado por sus actores sus reglas perduran. En esta misma medida, sin dejar de contar con reglas flexibles que permitan la adaptación a las circunstancias cambiantes, no es desproporcionado establecer pasos de estabilidad y seguridad que impidan la volatilidad reformadora, hija de la novelería y de la volubilidad de apetitos e intereses.

Si las asambleas de representantes subsisten y no desaparecen en la escena política mundial es porque su finalidad es garantizar el espacio de la palabra y de la interacción comunicativa en las sociedades abiertas y plurales. Si hay algo que garantiza el enriquecimiento comunitario a partir de la diferencia son (las) asambleas en las que es posible argumentar y sostener los puntos de vista encontrados de la sociedad políticamente organizada a través de grupos políticos y parlamentarios. La prisa y los logros rápidos son una apariencia detrás de la cual se encuentra un nivel de ineficiencia y pobreza mayor: el debilitamiento de la capacidad deliberativa y reflexiva de Congresos que empecinados en actuar con las velocidades de la urgencia, amenazan en convertirse peligrosamente en un agente meramente reactivo y automático ante la demanda.

Ese tipo de Congresos desatienden sin aprensión la necesidad impostergable de prestar la consideración debida a cuanto asunto es parte de la agenda de la representación, independientemente del tiempo que dicha consideración requiera. El Congreso no puede desentenderse del ánimo y del espacio para comprender, para explicar, para argumentar. Solo así se atiende cabalmente la naturaleza de las materias y problemas a los que se avoca, así como los efectos económicos y culturales y el impacto social que los acuerdos que se tome sobre las diversas alternativas disponibles generarán en la comunidad.

3.3. Carácter productivo en el sistema de fuentes

y una tercera observación respecto de la naturaleza del Reglamento del Congreso es el relativo a su valor normativo respecto del ordenamiento nacional, lo cual supone una posición ante el sistema jurídico producido, a la vez que la ubicación del Reglamento en la jerarquía de fuentes productoras de Derecho.

La Constitución señala que el Reglamento del Congreso tiene fuerza de ley. No dice rango ni valor de ley. Distingue y opta. Quiere que no tenga menos ni más

que fuerza de ley. Ninguna ley puede supraordenarlo. Es igual en fuerza vinculante que cualquier ley, aunque no es una ley en sentido estricto. Es ley sobre su ámbito de orden. Es una ley material sobre el régimen de gobierno del Congreso. Su esfera es la de la organización, estatuto y procedimientos parlamentarios. Es la ley del fuero parlamentario. La ley para el cuerpo jerárquico de representantes de la colectividad, con cuyas normas se delibera y se toman las decisiones que rigen de modo universal para toda la comunidad.

La extensión de su competencia normativa alcanza incluso la relación que se establece entre quienes no perteneciendo al cuerpo parlamentario están obligados a interactuar en sede parlamentaria, o en relación con órganos o miembros del Congreso. Sus alcances exceden en fuerza vinculante y en efectos a los propios representantes y los órganos a los que pertenecen. Sus normas definen derechos y regulan conductas de personas extrañas a la corporación parlamentaria (como ocurre con los apremios y apercibimientos para concurrir obligatoriamente, para mostrar documentos, para restringir la libertad de tránsito, o para mostrar datos financieros o el estado de cumplimiento de las obligaciones tributarias, etc.).

Formalmente el Reglamento no es aprobado como se aprueban las leyes. No tiene número de ley. Tampoco se remite para sanción por el Presidente de la República. Basta la orden de publicación que expide el Congreso para que sus modificaciones sean incluidas en el Diario Oficial. Tiene capacidad de mandar como lo hace una ley. En eso consiste la fuerza de ley. El Reglamento, en este mismo sentido, es superior a la ley. Para que una ley sea bien aprobada el trámite que siga una propuesta debe observar el Reglamento. Es un parámetro constitucional de cumplimiento cuya inobservancia permite cuestionar el carácter constitucional de la ley. Su plenitud vinculante, por lo tanto, lo ubica en un plano no igual ni inferior sino superior.

¿Y por qué no tiene rango o valor de ley? El que la Constitución no lo indique así puede llevar a pensar que el suyo es un rango inferior al de la ley. Si la Constitución no afirmara la fuerza de ley del Reglamento del Congreso quedaría en duda si su carácter y fuerza normativa es semejante a la que tienen los reglamentos que expide el Poder Ejecutivo. Sin embargo, no se quiere tratar los dos tipos de reglamentos con la misma medida. Los Reglamentos del Congreso son más que los reglamentos administrativos. Los reglamentos administrativos están subordinados jerárquicamente a la Constitución y a la ley. El Reglamento del Congreso, sin embargo, es norma que no tiene dependencia estricta de la ley. A diferencia de la facultad reglamentaria que solo puede ejercitarse en el marco de una ley, a la que no puede transgredir ni desnaturalizar, sí cabe que las normas del Reglamento del Congreso se dicten *praeter legem*, es decir, aun cuando no exista norma previa que las encuadre, y también cabe que no se dicten *secundum legem*, esto es, que no requiere otra norma distinta a la Constitución a la cual desarrollar. El Reglamento del Congreso es un género excepcional en la taxonomía jurídica. Es un acto material de desarrollo de la Constitución que no requiere de una ley previa que reglamentar. El Reglamento del Congreso regula materia constitucional de manera directa. La única restricción que tiene el Reglamento del Congreso en relación con el ordenamiento jurídico es que sus disposiciones

no colisionen con la Constitución. Sus disposiciones sustantivas y procesales le dan contenido a la Constitución. Este género normativo debe dictarse *si secundum constitutionem*, y nunca *contra constitutionem*.

La cuestión de si cabe una norma reglamentaria *praeter constitutionem* es debatible. El límite para prever una norma sin respaldo positivo en la Constitución es que la misma se derive de modo claro y razonable de los principios y valores reconocidos en la Constitución y que se trate de una disposición o norma proporcionalmente adecuada y necesaria para que el Congreso atienda la finalidad y funciones que la propia Constitución lo faculta para realizar. No hay sustento suficiente y, por lo tanto, sería constitucionalmente cuestionable, si una norma reglamentaria sin respaldo positivo y expreso en la Constitución carece de nexo derivable razonablemente de los principios y valores constitucionales, o si no se trata de una medida proporcionalmente necesaria para que el Congreso alcance las metas que la Constitución le impone y ejecute las funciones que debe desarrollar en su condición de órgano estatal.

El Reglamento del Congreso, por lo tanto, es un género normativo inconfundible en naturaleza con la ley. Solo en ausencia de referente mejor es que se dice que el Reglamento tiene fuerza de ley. No se trata de un género inferior a la ley. Es simplemente que los requisitos para que a través de él se desarrollen las materias que la Constitución reserva al Congreso son formalmente distintos. De otro lado, en tanto que la ley es una norma de alcance y efectos universales, el Reglamento del Congreso es una norma de alcance y efectos básicamente internos, organizacionales, estatutarios y corporativos. En todo caso, atendiendo en especial al hecho de que es mediante los procedimientos y reglas en él contenidas como pueden discutirse y aprobarse las leyes, que cabría encontrar elementos de juicio para considerar que, contrariamente, el Reglamento del Congreso es teleológica y axiológicamente superior a la ley.

El Reglamento contiene las pautas instrumentales y procesales para permitir que la ley sea aprobada según la Constitución. Son las pautas del único órgano del Estado con autoridad para dictar leyes. Las leyes tienen tal condición porque las aprueba el mismo órgano del Estado cuyo reglamento señala cómo pueden aprobarse.

Correspondiéndole el cumplimiento de dicha finalidad, ¿cómo no afirmar que el Reglamento del Congreso, además de tener fuerza de ley, según lo dispone la Constitución, tiene también rango y valor de ley? Una interpretación literal de la Constitución le niega tales atributos. No obstante, más allá del texto existe un discurso y un programa cultural por cumplirse. Parte de ese discurso y programa es su identidad especial e incontrastable en el panorama normativo.

En el mismo curso de este razonamiento existe otro argumento que lleva a sostener el valor y rango del Reglamento del Congreso. El argumento es que, debido a la inmediatez de su dependencia con la Constitución forma parte del parámetro que define si una ley fue o no aprobada constitucionalmente o si carece de tal naturaleza. Esta inmediatez primaria entre la Constitución y el

Reglamento del Congreso inviste a este último de una condición, rasgo y naturaleza tal que lo lleva a formar parte de lo que la doctrina llama el bloque de constitucionalidad. Para que los actos parlamentarios producidos por el Congreso tengan valor y carácter constitucional deben observar el procedimiento que, en ejercicio de su autonomía establecen las normas procesales del Reglamento del Congreso.

El Reglamento del Congreso es una pauta de constitucionalidad, ya sea que repita, que integre o que innove un principio, un valor, una norma de calidad constitucional. El límite al Reglamento del Congreso es la intangibilidad de competencias delimitadas para otros órganos. Los contenidos constitucionales del Reglamento del Congreso, en ese sentido, están limitados por los derechos fundamentales de las personas en su sentido tanto material como procesal y están limitados por las competencias expresamente excluidas al Congreso (en la Constitución, en el propio Reglamento), o por las competencias reservadas a otro órgano constitucional sin que el Congreso tenga competencia concurrente o simultánea por razón de la materia.

La remisión explícita a la competencia del Congreso para darse su Reglamento y desarrollar así la Constitución es esencialmente distinta al tipo de remisión que una ley hace a un órgano para que dicte su propia normativa. El reenvío constitucional es de primer grado, frente al legal que lo es de segundo. No hay órgano que pueda disponer de los contenidos materiales propios del Reglamento del Congreso. La definición de los contenidos materiales de la Constitución que se consagra en el Reglamento del Congreso tiene carácter de inviolable. Esta es una consecuencia de la autonomía normativa que confirma la Constitución. De otro lado, sí cabe que el propio Congreso haga suya la competencia de disponer de contenidos materiales definidos según reenvío que con una ley suya concede. Lo mismo no puede hacer otro órgano constitucional a menos que tal órgano tuviera competencia no solo para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino también para hacer lo propio respecto de preceptos propiamente constitucionales.

3.4. Autonomía como límite al control de constitucionalidad

La última es una de las razones por las que el Tribunal Constitucional debe respetar ciertos límites en su capacidad de revisar la constitucionalidad de preceptos o disposiciones específicas del Reglamento del Congreso. El límite que tiene el Tribunal es que si bien es un órgano con plena capacidad para dirimir sobre la constitucionalidad de las leyes, no tiene la plenitud de esta misma competencia respecto de la constitucionalidad de los propios preceptos constitucionales que reforma total o parcialmente el Congreso ni, por lo tanto, en armonía con la doctrina del bloque de constitucionalidad que integra el Reglamento del Congreso, aquellos otros a los que define o interpreta de modo inmediato el Congreso cuando se da su Reglamento.

El tema de la competencia del Tribunal para conocer y pronunciarse sobre los actos parlamentarios del Congreso ha sido materia de discusión a propósito de dos casos. El primero fue una acción de amparo en la que concluye que la noción del debido proceso se extiende a los procedimientos legislativos y

administrativos, y no se circunscribe a los judiciales (Expediente N° 2050-2002-AA/TC). El segundo fue la acción de inconstitucionalidad, entre otros, contra el inciso j) del artículo 89 del Reglamento del Congreso (Expediente N° 0006-2003-AI/TC).

En el análisis de constitucionalidad que hizo respecto del requisito de votación parlamentaria para aprobar si ha o no lugar a formación de causa por delito cometido durante el ejercicio de la función por un alto funcionario, el Tribunal Constitucional estimó que se advertía la presencia de una laguna técnica, debido a que el señalado inciso del artículo 89 no especifica la mayoría con la cual debe votarse. La observación del Tribunal Constitucional desestimó en su análisis la propiedad de la aplicación de la norma general para aprobación de los acuerdos del Congreso, que establece que éstos se toman con el voto de la mayoría de los miembros presentes siempre que haya quórum. En vez de esta mayoría, que es la que se exige igualmente para la aprobación regular de las leyes, e incluso, como quedó indicado previamente, para la reforma o modificatoria del propio Reglamento del Congreso, el Tribunal estableció que el Congreso debe aprobar sus declaratorias de haber lugar a formación de causa con la mayoría que el Reglamento del Congreso reserva para levantar la inmunidad de arresto o de proceso en los casos de denuncias judiciales contra un congresista por la comisión de un delito común. La mayoría prescrita por el Tribunal es la recogida en el artículo 16 del Reglamento, que es de más de la mitad del número legal de congresistas (61votos).

La sentencia del Tribunal Constitucional constituye una construcción de lo que cabe entender por autonomía normativa, procedimental y organizacional del Congreso. El Tribunal Constitucional no solo ha fabricado un razonamiento privativo e inherente al ámbito de autonomía del Congreso, como órgano al que se reserva la potestad de definir sus propios procedimientos, sino que al hacerlo ha incurrido en un error de concepto con un impacto y efectos previsiblemente nocivos en la lucha contra la corrupción y en el desarrollo de la función de control de moralidad en el ejercicio de la función pública.

El error de concepto consiste en asimilar como si fueran de la misma naturaleza dos procedimientos no afines, como son el de acusaciones constitucionales por delitos de función y el del levantamiento de la inmunidad de arresto y de proceso por la comisión de delitos comunes. No obstante que en ambos casos de lo que se trata es de sancionar la ilicitud en el ejercicio de la función pública, se trata de procedimientos estructurados según una lógica y una finalidad diversas. La acusación constitucional prevé un tratamiento en doble instancia, en la que se aplican normas del debido proceso que garantizan la imparcialidad e impiden que quienes toman la decisión en la segunda instancia hayan sido los mismos que investigaron el caso. El procedimiento para el levantamiento de la inmunidad no requiere de doble instancia. Esta diferencia, además de otras, es determinante, y no fue evaluada apropiadamente por el Tribunal Constitucional.

Además del error de concepto, el temperamento adoptado por el Tribunal tiene como consecuencia que los 61 votos que no hay dificultad procesal de alcanzar en los casos de levantamiento de la inmunidad (que, además, no representa en

sí misma suspensión en el ejercicio de las funciones, como sí ocurre con la acusación constitucional, sino solo la habilitación para que el fuero judicial proceda respecto de un funcionario sujeto a la prerrogativa del fuero parlamentario), son muy difíciles de conseguir para acordar el inicio del proceso en sede judicial (y por extensión para la sanción cuando el resultado de la acusación constitucional por infracción de la Constitución importa la destitución e inhabilitación del funcionario responsable).

La dificultad estriba en que del total legal de congresistas, para tomar el acuerdo debe descontarse por diferentes razones un número considerable de ellos. En efecto, en razón de la naturaleza especial de las acusaciones constitucionales que deben tramitarse en doble instancia, hay un número no bajo de representantes impedidos de votar, además de todos los otros representantes que por un motivo u otro están reglamentariamente dispensados de concurrir, junto con otros más de los que debiendo hacerse presentes no asisten porque no quieren o porque no pueden.

En efecto, del número legal debe descontarse, para empezar, a los miembros titulares y suplentes de la Comisión Permanente que participaron en el debate que concluye en que hay mérito para la acusación ante el Pleno (número que, según el artículo 101 de la Constitución puede llegar a 30 titulares, además de los suplentes, y que en la práctica en los casos en que ha debido descontarse el número de los que efectivamente conocen o participan en un procedimiento de acusación constitucional puede ser de alrededor de 20 a 25 congresistas); debe descontarse además de los miembros electos de la Comisión Permanente, a los miembros natos, que son los 6 integrantes de la Mesa Directiva, que son parte de la Comisión Permanente (el artículo 42 del Reglamento del Congreso señala que el Presidente del Congreso preside la Comisión Permanente, y que los Vicepresidentes de la Comisión Permanente son los Vicepresidentes del Congreso); debe descontarse a los miembros de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales (cuyos integrantes por mandato del Reglamento son 10); debe descontarse a los congresistas que acusan, en caso el pedido haya sido iniciado por representantes al Congreso (número indefinido); debe descontarse a los congresistas suspendidos (dos); debe descontarse a los congresistas con licencia oficial (como el caso de los congresistas con cartera ministerial o invitados oficialmente como delegados del Congreso en una misión al exterior); deben descontarse otras licencias de derecho (que pueden llegar a ser hasta el 20% del número legal, y que incluye las licencias por motivos personales como las relativas a razones de salud tramitadas regularmente y las de carácter pre y posnatal); debe descontarse a los congresistas con licencia de hecho (según el Reglamento cabe considerar como licencia los casos de ausencia para cumplir funciones de representación fuera de la capital de la República, y los relativos a imposibilidad de asistir por razones de salud que se lo impidan); debe descontarse también las autorizaciones concedidas para sesionar simultáneamente en Comisiones mientras se desarrolla una sesión del Pleno [supuesto previsto en los artículos '89 inciso e); 51, cuarto párrafo; y 54 inciso a) del Reglamento del Congreso]; y, por último, debe descontarse a los congresistas ausentes sin licencia (esto es, los únicos casos de inasistencias injustificadas).

Además de estos casos en los que no hay posibilidad de expresar voto, la lista debe incrementarse con la de los congresistas que, estando presentes en el debate y aptos para votar, optan por no votar; debe incrementarse con los congresistas que en el acto de votación se abstienen en ejercicio del derecho que les reconoce el Reglamento; y debe incluirse a los congresistas que votan en contra. Era el conocimiento de estas contingencias las que determinaron de manera acostumbrada y comprobadamente uniforme en la práctica parlamentaria el uso de la fórmula general para decidir si haya o no lugar a la formación de causa.

En buena cuenta, las posibilidades materiales de alcanzar el límite fijo e inamovible de 61 votos son marginales. No todos estos obstáculos se dan en el caso de la votación para el levantamiento de la inmunidad. La diferencia sustancial es que por lo menos entre 30 y 40 votos más están disponibles los correspondientes a los miembros de la Comisión Permanente y de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales). Número nada desdeñable habida cuenta que representa entre la cuarta y la tercera parte del total de congresistas. El procedimiento y límites para la votación de las inmunidades de proceso y de arresto no son el paradigma constitucional en que puede tener sólido sustento el Tribunal Constitucional.

Desconocer tanto la distinta naturaleza, funcionalidad y efecto del procedimiento de doble instancia en las acusaciones constitucionales lo lleva a un error tan lamentable como irremediable, habida cuenta que sus pronunciamientos son irrevisables, de ejecución directa e inmediata, y de cumplimiento obligatorio. El levantamiento de la inmunidad es un procedimiento estrictamente interno y reservado para quienes en su condición de representantes son denunciados por la comisión de un delito común.

El Congreso requiere el voto de su mayoría legal para habilitar al fuero común previo el reconocimiento de inexistencia de una motivación política, religiosa o de otro carácter orientada a impedir el normal ejercicio de la función de representación de un congresista. En el procedimiento de levantamiento de inmunidad no cuenta con doble instancia.

La lógica del Tribunal, amparada como está en una institución significativamente distinta, no tiene en último término otro amparo constitucional que el de la propia autonomía del Congreso de fijar en más de la mitad del número legal la cantidad de votos necesaria para aprobar el levantamiento de la inmunidad. En buena cuenta, el Tribunal amplía su veredicto de constitucionalidad en el mismo órgano cuya aptitud autonómica en materia normativa cuestiona, lo cual fragiliza el rigor que garantiza seguridad jurídica. Por el contrario, basar la constitucionalidad del cuestionamiento sobre la mayoría para votar la formación de causa en un artículo del Reglamento del Congreso disipa la supuesta contundencia de su argumentación constitucional. Lo constitucional para el Tribunal es una norma singular y particular del Reglamento del Congreso, con una finalidad, funcionalidad, naturaleza, supuestos y efectos no universalizables ni generalizables. Es por ello una norma impropia para regular la institución cuya idoneidad discute.

Por lo tanto, si en ejercicio de su potestad y competencia normativa el Congreso cambia esa misma base legal, la solidez y seguridad del pronunciamiento del Tribunal se pulverizan. ¿O habría que afirmar que en virtud de la opinión del Tribunal Constitucional el Congreso tampoco puede más modificar su Reglamento, como ocurriría en el Consejo Constitucional francés, sin permiso previo de dicho órgano?

El Congreso ha dado muestras de su voluntad constitucional al no apartarse de la sentencia. Sin embargo, transcurrido ya el tiempo prudente para que no se vea en las posiciones del Congreso un ánimo beligerante del que carece, es preciso remediar los errores que ha propiciado el cuerpo de magistrados constitucionales que hicieron fallo. No por acatar los fallos del Tribunal cabe afirmar que el Congreso carece de igual iluminación para definir por sí mismo qué es constitucional y qué no lo es.

Poder político y capacidad constitucional para hacerlo no le falta. Menos aún razón y sagacidad para decidir el momento en que es sano para la República cambiar lo que haga falta.

Los efectos de la decisión del Tribunal Constitucional, como se ve, no obstante el despliegue abundante de retórica constitucional y de elaboraciones originadas en la doctrina extranjera, resultan poco razonables. No obstante, además, de lo rigurosamente racional que haya sido el procedimiento argumentativo al que se recurrió para sustentar la injerencia en la autonomía normativa del Congreso, aspecto que, adicionalmente, es un desvío del Tribunal Constitucional que se aparta de su finalidad material, su competencia no es ilimitada y al excederse carecen del debido sustento sus pronunciamientos. Falta de razonabilidad, desvío de finalidad, exceso competencial y trasgresión de la autonomía delimitada del Congreso que suponen el desconocimiento del contenido del principio de separación de poderes que la Constitución incorpora en su texto por reenvío. El Tribunal Constitucional, finalmente, obvia la evaluación de estos aspectos que hacen de su pronunciamiento una lesión a las normas que integran el bloque de constitucionalidad.

La discrecionalidad con la que el Tribunal ha entendido sus funciones excede la naturaleza y alcances de su competencia; transgrede la reserva constitucional explícita y positivamente reconocida al Congreso en materia de sus propios procedimientos; y usurpa el poder político que la separación de poderes le adjudica al propio Congreso. El principio de unidad del Estado no es argumento suficiente para que el intérprete de la Constitución que es el Tribunal Constitucional se construya el bloque de constitucionalidad; vacíe de contenido la autonomía constitucionalmente inviolable del Congreso; genere la impracticabilidad de un procedimiento parlamentario; e impida en la vía de los hechos el proceso de lucha contra la corrupción que le corresponde al Congreso en su condición de órgano de control de la moralidad pública.

La racionalidad constitucional, basada en un desarrollo argumentativo que ignora la realidad no menos que la naturaleza de la práctica y de la actividad parlamentaria, no ilumina sino que ensombrece el proceso político nacional. El efecto político de una decisión que, aunque jurídicamente racional, desvía la finalidad institucional del Tribunal, es contrario a la naturaleza de la misión, en

primer término del Congreso, pero igualmente a la del propio Tribunal Constitucional, como lo sería contraria a la de cualquier órgano estatal en una República que aspira a constituirse como una sociedad basada en la decencia y en la honestidad con el manejo de las cosas públicas y privadas.

Si de lo que se trata es de eliminar las inconsistencias e ineficiencias de un modelo político nacido con el signo de la aporía, alcanzar este objetivo supone examinar las alternativas disponibles y evaluar los efectos con que cada opción afecta la realidad. A la luz del caso puede verse que la alternativa de conferir el carácter de decisor supremo al Tribunal Constitucional, bajo el manto de una supuesta mejor idoneidad técnica y neutralidad política, antes que resolver la cuestión la complica. La construcción técnica y racional que hace no solo resulta que no fue razonable, sino que su racionalidad y lógica desvía a este órgano de su finalidad constitucional y genera impactos nocivos en el control de moralidad pública. No parece que en nombre de la unidad del Estado el Tribunal Constitucional se extralimite y se sustituya en la misión política del Congreso, ni que en nombre del control constitucional abuse de esta facultad para ablandar el mandato que la comunidad le otorga al Congreso.

La legitimidad con que procede el Tribunal Constitucional es una legitimidad derivada y debiera permanecer en el espacio de una autoridad epistemológica o deontológica, no política. El Tribunal no tiene competencia para decidir respecto de la lógica de los procedimientos internos del Congreso en el marco de una autonomía estatutaria privativa y excluyente que afirma el modo en que los poderes deben quedar separados en espacios autónomos. La unidad del Estado en materia de su capacidad representativa queda afirmada como separación. Ahí está la aparente congruencia de la Constitución y ahí también la contradicción lógica de que la parte sea a la vez el todo. No obstante dicha contradicción, este mismo Estado, sustentado en la separación de poderes y la autonomía del Congreso respecto de su propia organización, estatuto y finanzas, nada quita que el Tribunal no está legitimado para alterar contenidos constitucionales como los que, sobre una base razonable y conforme a la naturaleza del procedimiento de acusaciones constitucionales, quedan definidos en la práctica de la exigencia de la mayoría simple de los presentes, siempre que haya quórum para sesionar.

3.5. Apertura normativa de la norma parlamentaria

Se señaló que para comprender la naturaleza del Reglamento del Congreso era necesario referirlo no solamente a su relación con las normas producidas valiéndose del Reglamento, sino también a las características y naturaleza del sistema de normas parlamentarias que rigen la organización y procedimientos del Congreso, sistema que no se agota en el Reglamento propiamente dicho.

El sistema de normas parlamentarias, en efecto, trasciende el marco estricto del Reglamento del Congreso. El Congreso se rige por un sistema de fuentes que no se circunscribe ni agota en su Reglamento.

Para empezar, es necesario tener presente el carácter y naturaleza del Reglamento del Congreso como un cuerpo abierto, dinámico, flexible y

cambiante. El Reglamento es un compendio temporal de acuerdos sobre la organización y procedimientos parlamentarios. El Congreso puede reformarlos a su arbitrio. Sin embargo, a pesar de la codificación de sus prescripciones, la no inclusión en su cuerpo de modos de organización o de trámites en el procedimiento no es criterio suficiente para excluir tales proceder como carentes de fuerza vinculante.

El Reglamento del Congreso no se circunscribe al texto escrito de su articulado y se desarrolla y extiende su cuerpo normalmente en la esfera de las convenciones y práctica sobre su sentido, alcances y efectos. La frontera entre el Reglamento y la práctica no es rígida. Por el contrario, hay un continuo entre uno y otra que eslabona la actividad parlamentaria dentro de un marco en el que el lenguaje goza reconocimiento pleno tanto en su carácter gráfico como oral. Si bien esta realidad normativa cuestiona el dogma y mito del texto escrito, de conformidad con un concepto gutenberiano y burgués de la norma y de la palabra, que privilegia y atribuye mayor valor al papel impreso que a la cultura, a la convención, a la práctica y a la costumbre, no por heterodoxa es una realidad menos satisfactoria y eficazmente regulada. La ortodoxia, en todo caso, es un artificio al que se adjudica poderes sobrenaturales extraños a la naturaleza de todo negocio humano. La norma, en todo caso, no dejó de ser nunca un ámbito mediante el cual se transmite (se tradita) y se aplica la regla y, en este sentido, el Derecho Parlamentario es un horizonte de experiencias dentro del cual se conserva y se cuida la tradición en el manejo del interés público en el orden y a través del lenguaje, de la palabra y de la razón.

En general, se aprecia que la crítica contra el valor de la práctica y las convenciones como fuente de Derecho Parlamentario resultan de la herencia y formación positivista de quienes, sin exposición a la experiencia parlamentaria, dan valores mágicos al papel y a la palabra escrita, en desmedro del precio que al hacerlo pagan. Ese precio es el de la devaluación de la palabra empeñada y del compromiso. El sobredimensionamiento del lenguaje escrito es síntoma del prejuicio contra la naturaleza y del privilegio de un orden abstracto, mentalmente representado, desde el que el discurso de la contemporaneidad pretende distanciarse con soberbia e ignorancia de la tradición. La tradición, por el contrario, configura el desdiciamiento de la temporalidad y la afirmación de un orden permanente en el que se arraiga el sentido y la interpretación de la historia de la comunidad y el paisaje temporal y espiritual de la República.

Fue por la desconfianza y el predominio de las relaciones impersonales, afuncionales y anorgánicas del mercado que se atribuyó mayor poder a la escritura, como si la tinta tuviera capacidades generativas más valiosas que la palabra oral con la que se testimonia el honor. En el Derecho Parlamentario, sin embargo, el honor y la costumbre no dejan su lugar al artificio que lleva a adjudicar al papel impreso más capacidad y seguridad que a la tradición. El Derecho Parlamentario es un hiato en el Derecho Moderno, en el que los pactos políticos pueden tener valor superior al orden y al texto escrito.

El servilismo al orden contenido en un texto impreso, por otro lado, es expresión no solo del positivismo. En general, el constitucionalismo moderno

nace del impulso burgués y está culturalmente arraigado en el desarrollo de la industria, de la imprenta, del papel y de la tinta. La secularización de la política que caracteriza a la mentalidad moderna desplaza la oralidad por la grafía. Los compromisos de la monarquía en el reconocimiento del tercer estado, del pueblo, de la burguesía, son compromisos que constan en documentos escritos. Los antecedentes de las Cartas Constitucionales son los compromisos monárquicos que reconocen la legitimidad e identidad política de la colectividad y de sus representantes. El paradigma de la grafía y la cultura de papel, sin embargo, se encuentran ante una nueva era, nueva visión y nueva perspectiva del valor de la palabra, cuando los desarrollos de la tecnología facilitan y promocionan formas virtuales e intangibles de legitimidad.

¿En qué se concreta esta apertura, flexibilidad, dinamismo y disposición al cambio propio de la norma parlamentaria? Esencialmente en el valor que tiene la práctica y la costumbre como fuente de derecho en el procedimiento y organización parlamentaria. La suprema norma parlamentaria es el acuerdo de los representantes sobre los modos en los que resuelven los temas pendientes en la agenda política. El consenso en los acuerdos, por ejemplo, o la no expresión del disenso cuando este es consultado de modo expreso al momento de adoptar una decisión, es un mecanismo válido para convalidar las determinaciones que se someten a consulta del Congreso.

En buena cuenta, el nuevo paradigma es el de la confianza antes que el miedo. Y la confianza es favorecida por el entendimiento, el compromiso y la responsabilidad inherentes al universo del hacer y del obrar en interacción humana.

La ilicitud y el miedo están instalados en la naturaleza humana, y no es capacidad, fin propio ni propósito de la virtualidad del nuevo lenguaje tecnológico extraer la pasión en la moralidad de los actos humanos. Sí es parte de su razón de ser la habilitación de diferentes maneras de interactuar que hacen más ágil y eficiente el logro de acuerdos en la pluralidad de diferencias en una comunidad política. La norma escrita no instaura sino artificialmente un orden presunto de seguridad. Fallar en contra del texto escrito no es más grave que fallar en contra de la palabra empeñada.

La práctica y la costumbre parlamentaria, así como los convenios entre hombres de honor que celebran los representantes durante el desarrollo de los procedimientos, no tienen menor valor ético ni práctico. Es más, parece éticamente más recomendable que la palabra no pierda su virtud ni que su naturaleza quede circunscrita a la impresión de la imagen visual que registra el papel. Aún menos hoy cuando la imagen visual es más virtual que física. La verdad no es menor si esta es expresada mediante la voz y el sonido que si lo es mediante la textualidad de la escritura sobre el papel. El texto escrito no puede confinar la verdad ni la ley en el corsé físico de una forma privilegiada por exigencias mecánicas de un mercado en el que quienes transan y negocian no son agentes éticos de la representación política, sino mercaderes inescrupulosos que maximizan su ganancia a espaldas del rédito negativo que la satisfacción de su interés inmediato les genera. Tradición y tecnología se complementan, en consecuencia, como medios del desarrollo del derecho y de la experiencia parlamentaria.

4. Finalidad y naturaleza de la Comisión Permanente

Un segundo tema que aborda el artículo 94 es el de la elección de los miembros de la Comisión Permanente. Esta materia está más desarrollada en el artículo 101.

El artículo 94 tiene texto similar al del artículo 177 de la Constitución de 1979, pero la materia específica de la definición del papel y posición de la Comisión Permanente en un régimen unicameral obligó a la previsión de normas y disposiciones específicas antes no contempladas en la Constitución bicameral de 1979. De ahí que sobreviva en el artículo 94 una materia mejor desarrollada en el artículo 101, en el que se amplía el criterio para definir la composición e integración de los miembros de la Comisión Permanente.

¿Cuál es la finalidad que debe cubrir la Comisión Permanente? En síntesis, es la de garantizar la continuidad de los trámites legislativos, financieros, y de control que, de otra manera, quedarían en estado de irresolución durante los recesos parlamentarios entre legislaturas.

Se la denomina comisión porque recibe encargos (comisiones) constitucionales y reglamentarios, además de otros por convenio y acuerdo del propio Congreso, al que sustituye durante recesos. Sin embargo, a pesar de su nombre, esta no es en realidad una comisión permanente en sentido pleno, al modo como sí lo son las comisiones ordinarias. Existe, en principio, solamente durante los lapsos en los que el Congreso no está en funciones (salvo, exclusivamente, por mandato constitucional, respecto de los nombramientos de altos funcionarios y de los trámites de acusaciones constitucionales y, por acuerdo del Congreso, para otorgar permiso al Presidente de la República en los casos de viajes al exterior).

En cuanto al efecto de su competencia, a diferencia de las Comisiones Ordinarias (dictaminadoras o legislativas) y de las Especiales, se distingue de aquellas porque sus acuerdos sí tienen fuerza vinculante, y no queda como un órgano meramente opinante o consultivo. Es un órgano con capacidad resolutoria. Y ello no obstante la limitada concurrencia de representantes que la integran.

Debe entenderse que su permanencia se refiere a la finalidad para la que sirve, a su condición de órgano complementario, o sustitutorio, del Congreso. Según los casos y materias actúa con competencias propias que complementan las funciones del Congreso, o actúa como Congreso, como si este no perdiera solución de continuidad. La Constitución le asigna competencias privativas compartidas para algunas materias, y continúa con los asuntos pendientes, y resuelve o reserva los trámites, según que se trate de asuntos reservados a su competencia o de la competencia privativa (reserva excluyente o negativa) del Congreso.

El carácter complementario puede percibirse con mayor nitidez cuando se examina el carácter extraordinario de las competencias que adiciona y asume

como suyas cuando existen condiciones que justifican el actuar en nombre del Congreso, sin contar previamente con mandato constitucional o reglamentario, ni con delegación del Congreso.

Así como cabe afirmar que la Comisión Permanente es un órgano sustitutorio del Congreso, no es menos cierto que su naturaleza es más amplia en lo que corresponde a su carácter complementario. En efecto, la inclusión de la Comisión Permanente en la Constitución de 1993 se pensó como un medio que permitiría minimizar las deficiencias inherentes a un régimen bicameral. La unicameralidad trae consigo las insuficiencias de una menor capacidad para revisar y reflexionar las decisiones que toma un órgano estatal, dotado como está de capacidad de obligar a toda la República con sus decisiones.

El unicameralismo de la Constitución ha sido apropiadamente calificado como unicameralismo imperfecto. La imperfección tiene que ver, entre otros rasgos, con el papel cameral que asume en el Derecho y en los hechos la Comisión Permanente. Este papel se desarrolla y cumple con el mismo personal de representantes que el asignado por los electores al Congreso. La Comisión ya no reemplaza subsidiariamente al Congreso durante el receso, respecto de un elenco de atribuciones excepcionalmente descritas en la Constitución, sino que, además, asume un papel activo en las materias que ordinariamente le son adscritas al Pleno del Congreso.

En consecuencia, se trataba de uni-bicameralismo funcional (no orgánico). El mismo cuerpo de representante, ejecuta funciones de otro modo desempeñadas por dos distintos órganos del mismo Poder Legislativo. La imperfección del unicameralismo peruano deja además como nota característica el efecto minusvalorativo sobre la representación que no es titular de la Comisión Permanente. No es difícil advertir que el activismo parlamentario de la Comisión Permanente deshabilita al Pleno del Congreso en idéntica medida a la que fortalece su posición orgánica haciéndose cargo de responsabilidades que ordinariamente le corresponderían al Pleno. Y si el Pleno queda deshabilitado en dicha medida, entonces los representantes cuya participación es omitida quedan sin suficiente capacidad de conocimiento, discusión y determinación sobre los mismos asuntos respecto de los cuales tiene (o asume) competencia la Comisión Permanente.

Para balancear el peso del decisionismo inherente a la unicameralidad se conceptuó a la Comisión Permanente como un híbrido: a la vez que como un apéndice del Congreso unicameral, como un órgano que complementaba las funciones de este, adscribiéndosele, sin embargo, algunas tareas que eran propias de la Cámara de Diputados (como acusar ante el Senado a un alto funcionario público por delitos cometidos en el ejercicio de su función) y otras del Senado (como el nombramiento de los titulares de algunos organismos constitucionales autónomos) en el régimen bicameral histórico del Perú.

Como se ve en el cuadro siguiente, la Comisión Permanente que diseña la Constitución de 1993 es sustancialmente distinta de la prevista en la Constitución de 1979.

La diferencia más notable es que la Comisión Permanente de la Constitución de 1979 era una comisión con carácter supletorio de las atribuciones del Congreso (y, en este sentido, cabría decir que la Comisión Permanente de la Constitución de 1979 era "menos permanente" que la que reconoce la Constitución de 1993). La Comisión Permanente de la Constitución de 1993 no solo tiene un carácter supletorio, sino que además complementa orgánica y funcionalmente el desarrollo y desempeño de atribuciones constitucionales del Congreso.

El Congreso unicameral de la Constitución de 1993 no puede actuar autónomamente sino que depende de actos previos, y no precisamente de carácter consultivo, de la Comisión Permanente. Esto hace que la naturaleza de ambos institutos sea sustancialmente diversa. El carácter supletorio original ha adquirido una dimensión mayor. Ahora el carácter auxiliar y supletorio original cuenta con una dimensión mayor. La Comisión Permanente tiene un carácter orgánica y funcionalmente complementario respecto del Congreso. De ahí que la concepción constitucional de la Comisión Permanente, en su diseño y en su desempeño, transforma el unicameralismo orgánicamente imperfecto de la Constitución de 1993 en un bicameralismo funcional.

NATURALEZA DE LA COMISIÓN PERMANENTE EN LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993

DIFERENCIAS TÓPICAS EN LA REGULACIÓN DE LA COMISIÓN PERMANENTE SEGÚN LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993

CONSTITUCIÓN DE 1979	CONSTITUCIÓN DE 1993
Origen Mixto (bicameral)	Origen Mixto (bicameral)
e indirecto Unicameral e indirecto	e indirecto Unicameral e indirecto
Existencia Temporal (no permanente)	Existencia Temporal (no permanente)
Orgánica y nominalmente temporal, aunque funcionalmente continua y permanente (según la Constitución solo en procesos de acusaciones constitucionales, y en nombramiento de funcionarios; además, por Acuerdo del Congreso, desde agosto de 1995, en los permisos para salida al exterior del Presidente de la República)	Orgánica y nominalmente temporal, aunque funcionalmente continua y permanente (según la Constitución solo en procesos de acusaciones constitucionales, y en nombramiento de funcionarios; además, por Acuerdo del Congreso, desde agosto de 1995, en los permisos para salida al exterior del Presidente de la República)
Composición Proporcional y fijo	Composición Proporcional y fijo
Proporcional y determinable (máx.	Proporcional y determinable (máx.

25% de congresistas, esto es, 30) Funcionamiento Supletorio (extraordinario) Complementario (auxiliar): también desarrolla funciones normales durante legislaturas ordinarias Competencias Ninguna reservada Privativas, compartidas, delegadas

De otra parte, otro rasgo que marca la diferencia de la Comisión Permanente del periodo 1993-2006, frente a la del periodo 1980-1993 es que esta última operó bajo un concepto y noción del trabajo parlamentario culturalmente diverso: en este periodo se respetó el principio central de la división del tiempo en legislaturas fuertemente marcadas (receso), las mismas que preveían, en principio, dos periodos ordinarios, así como la configuración de periodos excepcionales, a los que se conocía como legislaturas extraordinarias, en las cuales la convocatoria y las materias a tratar tenían un régimen rígido y cerrado. En la actualidad el Congreso no clausura sus sesiones según legislaturas y, por el contrario, tiende a una relación más activa e intensa frente

al Gobierno a través tanto de las prórrogas de las legislaturas como de la delegación de facultades a la Comisión Permanente.

5. Elección y calidad de la representación en las comisiones

El artículo 94 dispone que el Congreso elija a sus representantes en la Comisión Permanente y en las demás comisiones, según un texto que se repite de la Constitución de 1979.

5.1. La organización del Congreso. Misión y funciones de las comisiones ordinarias

La referencia constitucional a las comisiones del Congreso es parte de una temática más amplia. Las comisiones son órganos del Congreso. Pero no son los únicos órganos ni el único tipo de órgano parlamentario. La Comisión Permanente no tiene la misma naturaleza que las demás comisiones. Es un tipo distinto de comisión.

Y ni la Comisión Permanente ni las demás comisiones tienen la misma naturaleza que otros órganos como la Mesa Directiva, el Consejo Directivo, la Junta de Portavoces, ni los grupos parlamentarios. De todos, no obstante, solo las comisiones y los grupos parlamentarios son mencionados de manera expresa en la Constitución, y ello a pesar de que órganos como la Junta de Portavoces o como el Consejo Directivo tengan una gravitación singular en la definición y calendarización de la agenda de debates o su ampliación, y la priorización de los temas pendientes de decisión colectiva; la distribución del tiempo total del debate de cada tema y su asignación por grupo o por congresista; así como los asuntos que son exonerados de dictamen, de republicación, o de segunda votación. Mesa, Junta y Consejo son todos órganos de coordinación y de dirección del negocio parlamentario y se integran de manera proporcional y plural entre los grupos parlamentarios regularmente constituidos (no son integrados, por lo tanto, por los congresistas no agrupados, quienes quedan de este modo excluidos en los procesos de fijación de la agenda y la organización y priorización de los temas por decidir).

La Comisión Permanente tiene las competencias que le señala el artículo 101 y las Comisiones Investigadoras las que le encomienda el artículo 97 de la Constitución. Las comisiones ordinarias tienen una competencia eminente pero no exclusivamente legislativa. Su mandato comprende el proceso de estudio, deliberación y propuesta de acuerdo normativo.

La misión principal y volumen principal de trabajo en las comisiones ordinarias es atender la demanda de información y análisis de las iniciativas legislativas. Su tarea central en este ámbito consiste en analizar y evaluar la iniciativa legislativa a la luz del problema en la realidad que justifica que, entre todas las alternativas para atender ese problema, la más recomendable para el país es la alternativa legislativa que postula el proponente (y no otras, sean o no legislativas) con o sin las modificaciones o sustitutorios que proponga la comisión dictaminadora. A la comisión ordinaria le corresponde examinar los

fundamentos de la iniciativa, evaluar el impacto o efecto social, político, económico o cultural de la misma en el país, y proponer la alternativa más acorde con la problemática a que apela la propuesta y cuyos efectos menores costo represente para la sociedad. La labor central, por lo tanto, es organizar e integrar el complejo espacio de la información en un dictamen cuyo objetivo es recomendar una política pública de carácter normativo, con el debido sustento en la Constitución, cuyo impacto real y cuya suma de efectos sean los más beneficiosos para la sociedad.

Independientemente de la misión tradicional de las comisiones ordinarias, el artículo 34 define a las comisiones como grupos especializados de congresistas, cuya función principal es el seguimiento y fiscalización del funcionamiento de los órganos estatales y, en particular, de los sectores que componen la administración pública. Y añade el mismo artículo que asimismo, es competente el estudio y dictamen de los proyectos de ley y la absolución de consultas en los asuntos que son puestos en su conocimiento de acuerdo con su especialidad o materia. El concepto que define este artículo es que las comisiones ordinarias son antes de control que de legislación.

En términos técnicos, control y fiscalización son, en realidad, dos actividades distintas. La fiscalización es una actividad relacionada con la administración de los recursos fiscales. El control engloba la temática fiscal, de la cual esta es una especialidad. Las comisiones ordinarias tienen competencia para controlar, y no solamente para realizar actos de fiscalización. El uso ha tendido a simplificar y a confundir uno y otro tipo de funciones, en nombre de la necesidad de hacer más asequible la comprensión de la actividad parlamentaria. La divulgación, en este caso, tiene como consecuencia la imprecisión y la desnaturalización de las instituciones, su organización y sus funciones. El control a cargo de las comisiones ordinarias no se circunscribe a la revisión del manejo propiamente fiscal, presupuestario o tributario. Abarca cualquier tipo de política pública y la gestión en general de cada uno de los sectores y materias respecto de los cuales se especializa.

Es necesario precisar, sin embargo, que el concepto contenido en el artículo 34 citado es consecuencia de la modificación aprobada en octubre de 2001, cuando el régimen de Fujimori ya había caído y la conformación del Congreso había dejado de ser mayoritariamente de Cambio 90 o la Alianza Nueva Mayoría. Es resultado de un objetivo opuesto en principio al que tuvo en 1993 la mayoría fujimorista, cuando menos en el plano de las declaraciones y hasta en el de las propuestas normativas (las mismas que quedan a veces en normas que no llegan a aplicarse en la práctica).

Con la lógica de que todas las comisiones pueden realizar actividades de control se asume una posición aparentemente inversa a la que sostuvo el fujimorismo desde 1993. El Congreso que inicia sus funciones en 1993 asume una posición contraria respecto de la función de control político del Congreso. Por dos razones. Primero, porque la propuesta e inicio de la actividad de control no conoció límite en periodos anteriores (aunque su eficacia era notablemente escasa). Y segundo, porque al régimen liderado por Fujimori le resultaba necesario limitar cualquier escrutinio innecesario de su hegemonía.

La principal medida adoptada para reducir la capacidad de control del Congreso fue crear una comisión ordinaria encargada de modular la actividad controladora. Esa fue la comisión de Fiscalización y Contraloría, a la que se le encomendó la tarea de centralizar toda demanda de creación de comisiones investigadoras y de hacerse cargo del control. La idea de limitar la actividad de control cruzó el plan parlamentario de la mayoría fujimorista aun antes de que el Congreso Constituyente Democrático (CCD) entrara en funciones: desde fines de noviembre de 1993 circularon borradores de lo que se quería que fuera el Reglamento del Congreso Constituyente, y en cada una de esas versiones se incluía a la Comisión de Fiscalización. La versión más antigua del artículo 26 del Reglamento del CCD contenía como artículo 37 el antecedente más remoto, en el que se proponía solo seis comisiones, de las cuales una era la de Fiscalización.

El efecto de las reformas reglamentarias ha dejado intacta la función legislativa de las comisiones ordinarias, sin que sea posible contar con evidencia suficiente sobre el ejercicio de su función de control. Aparentemente el ejercicio sobredimensionado de la función legislativa deja poco espacio para la función de control. El caso de la Comisión de Fiscalización es distinto, toda vez que lo central de su competencia no ha dejado de ser el actuar como un órgano central de control de la administración pública. El límite de su acción, sin embargo, es que para cumplir plenamente con la función de control requiere que el Pleno la habilite, en cada caso, a contar con los apremios para aperebrir a quienes fueran renuentes a comparecer o a exhibir documentos u otra evidencia a que hace referencia el artículo 97 de la Constitución. La libertad de definir la materia sobre la cual investiga sí es un atributo que diferencia el desenvolvimiento de esta Comisión respecto de la experiencia del periodo 1993 al 2000, en el cual se pronunciaba básicamente sobre las solicitudes de conformación de comisiones investigadoras propiamente dichas (en cuyo caso sus informes tendían a anular la capacidad de control del Congreso).

5.2. Elección de las comisiones

De todos los tipos de comisiones, la Comisión Permanente y las comisiones ordinarias son las que se deben conformar con periodicidad anual, con el fin de facilitar el cumplimiento de la función legislativa por el Pleno. Las demás comisiones tienen un objetivo fijo y su mandato dura el plazo que les fije el Congreso.

La elección de los miembros de la Comisión Permanente y del resto de comisiones parlamentarias es una facultad del Pleno del Congreso. Es el Congreso el que comisiona a sus miembros un mandato en su sistema de comisiones. Este sistema de comisiones comprende diversos tipos de comisión: las ordinarias, con misión legislativa y un mandato general de control; las de investigación, con una misión específicamente controladora; las especiales, con carácter protocolar, ceremonial o de estudio.

Para que se perfeccione la voluntad del Pleno se pasa, sin embargo, por un proceso. El proceso supone una etapa postuladora; otra deliberativa y negociadora; y una final resolutive.

5.2.1. Etapa postulatoria. Naturaleza política y criterios de postulación

En la etapa postulatoria, los congresistas expresan su preferencia en pertenecer a una Comisión u otra. Las preferencias son agregadas en esta instancia en cada uno de los grupos parlamentarios. Los respectivos coordinadores ordenan las preferencias entre los miembros de cada grupo y procuran un primer nivel de acuerdo interno, el que debe presentarse como postulación corporativa ante una segunda instancia de coordinación.

El requisito para postularse como miembro de una comisión puede ser la formación académica, la experiencia, el interés o la voluntad de aprender y participar en un área por la cual un congresista tiene propósito de conocer y dominar. No obstante la definición que suele hacerse de las comisiones ordinarias como órganos de especialización, tal propósito no pasa de la esfera de los buenos deseos. El Congreso no es un cuerpo técnico ni los representantes obtienen su mandato como consecuencia de una evaluación de méritos. Los congresistas apelan a la confianza del electorado, y los electores votan por un congresista básicamente, o porque confían en ellos o en el grupo por el que postulan, o porque los encuentran entre los menos desconfiables de los otros candidatos. Sea por la opción positiva o por la del descarte, los representantes al Congreso no ganan el mandato actúan en función de su pericia, sino por su capacidad de persuadir a sus electores respecto de la confianza que les transmiten.

Una de las razones por las que los picos de insatisfacción y descontento respecto de los logros del Congreso es tan baja, es porque tanto el periodismo, la opinión pública, como los analistas invisten a los representantes de una condición humana diferente a la que tiene el electorado que los prefiere como sus representantes. En realidad, la calidad de los representantes, sus virtudes, sus competencias y sus habilidades solo son una muestra de la población. Hay casos en los que la muestra describe una mejor representación que otros, pero nada garantiza que ese sea el caso. No es matemáticamente factible que las capacidades y afinidades políticas, emocionales o profesionales de los representantes sean invariablemente mejores que las capacidades y afinidades de quienes los eligen. Finalmente la elección no es un fenómeno exento de azar y de riesgo, pero el juego electoral no está diseñado para que los electores realicen la mejor de las elecciones posibles en beneficio para el país.

En todo caso, el acto de sufragio no puede ser mejor que la información que se les transmite y de que disponen los electores. Los electores, por lo demás, no tienen capacidad para discriminar críticamente esta información. Para hacerlo debieran tener la posibilidad de saber más que los medios de comunicación y la propaganda electoral dejan saber. De ahí finalmente que el acto electoral sea más un acto azaroso que expresión de una preferencia y de una decisión racionalmente adoptada. En este contexto, no resulta poco razonable afirmar que los congresistas no son elegidos por su especialización en un ámbito del conocimiento o de la experiencia, y menos que las comisiones a las que pertenecen estén integradas por representantes especializados en la materia propia de esa competencia.

Quienes postulan a una comisión ordinaria asumen el compromiso y la responsabilidad de aplicar su formación y experiencia en la especialidad de la comisión o, de lo contrario, ganar y desarrollar experiencia y conocimiento en la materia a que se dedica la comisión a que pertenecen. Si ocurre que la profesión de los congresistas, o el espacio en el que tienen calidad de especialistas o expertos, es a fin o connatural a la comisión en la que sean incorporados, tal condición es una ganancia general adicional. Pero la razón de ser del sistema de comisiones, no empecé que se declare que su finalidad es la especialización, es básicamente distribuir el trabajo parlamentario proporcionalmente entre los miembros de los grupos parlamentarios que se postulan.

La división de las comisiones por temas no obedece a que los congresistas sean expertos seleccionados mediante un concurso público de méritos en las elecciones generales. La elección de representantes no se hace en vista de la integración de las comisiones ordinarias. Este es un aspecto secundario que se sigue de la incorporación en el Congreso.

Una vez que los congresistas han cumplido con expresar sus preferencias, corresponde que los coordinadores de los grupos parlamentarios preparen sus propuestas corporativas ante la Junta de Portavoces. El solo hecho de la expresión de preferencias, como se verá, no basta para que se reconozca a un congresista la pertenencia a una comisión. Cada grupo tiene un conjunto de propuestas que negociar en el cupo limitado del número de comisiones, del máximo de congresistas por comisión, y del cupo que corresponde a cada comisión en el total de comisiones en general y el número singular de congresistas por grupo en cada comisión.

5.2.2. Etapa deliberativa y negociadora

Según el inciso 1 del artículo 31-A del Reglamento del Congreso, corresponde a la Junta de Portavoces la elaboración del cuadro de comisiones, para su aprobación por el Consejo Directivo y, posteriormente, por el Pleno del Congreso. La elaboración del cuadro de comisiones es una misión que comprende varias tareas: establecer su número de Comisiones, el número de integrantes, la asignación de puestos directivos de cada comisión según la proporción y preferencias de cada grupo parlamentario, y la distribución de los congresistas en los cupos disponibles por cada grupo. El propósito es llegar a una decisión en la que quede reflejada la pluralidad de tendencias agrupadas en el Congreso, tratando de alcanzar la mayor proporcionalidad posible entre las agrupaciones.

La Junta de Portavoces está integrada por los representantes coordinadores de cada uno de los grupos parlamentarios, según una razón básica de un vocero por cada grupo. Cada vocero está autorizado para votar por su grupo, lo cual significa que el voto de cada vocero tiene tanto peso como el número de integrantes tiene cada grupo.

a) Antecedentes en la experiencia parlamentaria peruana

El primer objetivo de la Junta de Portavoces es acordar el número de comisiones. Esta es una materia que aparentemente habría quedado definida por el artículo 35 inciso a) del Reglamento del Congreso. Sin embargo, debido precisamente al carácter dinámico y flexible del Reglamento la nomenclatura de las comisiones puede alterarse. El Reglamento Interior de las Cámaras Legislativas de 1853 no tenía una norma que estableciera el cuadro y nomenclatura de las Comisiones. A inicios de la vida parlamentaria, el trabajo no se dirigía a comisiones sino a "secciones", que consistía en agrupaciones de representantes con un criterio meramente numérico. Esto es, el Congreso era dividido en tantas secciones como temas fuera preciso priorizar en la Asamblea, y se designaba a los representantes no en función de su especialidad o interés, sino al azar.

La nomenclatura aparece de manera regular en el Perú solo en la década de los 80 durante el siglo XX, siendo la primera norma que así lo dispuso el artículo 91 del Reglamento de la Cámara de Diputados de 1987, que fijó el cuadro y nomenclatura de 17 comisiones para los 180 diputados. El artículo 58 del Reglamento del Senado de 1988 señalaba únicamente que a inicios de cada legislatura debía aprobarse un cuadro de hasta veinte comisiones ordinarias, para los 60 senadores, sin precisar la nomenclatura. El Reglamento del Congreso Constituyente Democrático señaló en su artículo 26 que las comisiones eran 16, para los 100 constituyentes, y también definió su nomenclatura. Cuando el Reglamento del Congreso fue aprobado por el Congreso Constituyente Democrático en junio de 1995, el número de comisiones fue fijado por el artículo 35 en 15, para los 120 congresistas, estableciéndose igualmente su nomenclatura. Por modificaciones posteriores del artículo 35 del Reglamento del Congreso vigente, este mismo número llegó hasta 28 durante el periodo 2001-2003, y en el periodo 2003-2004 la cantidad de comisiones disminuyó hasta 24.

En la historia del Congreso uno de los periodos con mayor número de comisiones fue el de 1987-1988, cuando la Cámara de Diputados contó con 62 comisiones ordinarias, además de aproximadamente 40 comisiones investigadoras, para una asamblea integrada por 180 diputados. Solo en vista de las comisiones ordinarias la proporción respecto del total de diputados era mayor a la tercera parte. En el periodo 2001-2003 la proporción era de casi la cuarta parte, con 28 comisiones para 120 congresistas.

La tendencia regular y frecuente no ha sido hacia la disminución sino hacia el incremento del número de comisiones. El número y nomenclatura de las comisiones es un tema que afecta severamente el desarrollo y organización del trabajo parlamentario con periodicidad anual. Todos los años durante el mes de agosto se producen negociaciones para redefinir la nomenclatura y adscripción de los congresistas a una comisión. La modificación anual del cuadro y nomenclatura de comisiones, así como la pertenencia de los congresistas a cada una de ellas es un factor de inestabilidad e ineficiencia en el Congreso. Ninguna organización soporta la remoción total, y además regular y periódica, de su estructura organizacional en los cuadros de asesoramiento, estudio y dictamen. La frecuencia cíclica de este procedimiento puede ser y considerarse como una expresión de la ligereza con la que se toma la responsabilidad de

hacerse cargo de los intereses del Estado y de la comunidad. Quien pertenece a una comisión se compromete a conocer la temática y a ganar experiencia en el conocimiento de los problemas nacionales sobre los cuales deben definirse las políticas públicas del Estado. La elección anual de la Mesa Directiva no debe significar la reestructuración y recomposición de todos los órganos del Congreso. Una vez definida la pertenencia de los congresistas a una comisión, su adscripción debe permanecer firme y fija durante el período constitucional. Solo razones excepcionales debieran permitir que la composición varíe. Con menos razón debiera modificarse el número y nomenclatura de comisiones. La situación demanda un cambio decisivo y definitivo que lleve a mayor estabilidad en las comisiones ordinarias, las que para mantener la naturaleza de permanentes no debieran ser objeto de tanta fluctuación.

El incentivo para fijar el número de comisiones. Efecto de la dinámica existente

Las comisiones ordinarias son el cuerpo especializado de representantes al Congreso que solicita y recaba información de diversas fuentes, que escucha a los involucrados o afectados por las propuestas, que analiza las medidas a la luz del impacto que las iniciativas tienen en la sociedad, que discute las alternativas más allá de los alcances del propio texto de los proyectos, y que consensúa una evaluación y recomendaciones para consideración y decisión del Pleno.

b) Independientemente de la lógica con la que se hiciera mínimamente racional la organización de las comisiones la tendencia ha sido la opuesta. Para empezar, la expectativa de la doctrina ha tendido a justificar que la especialización sea la razón de ser de la división del trabajo, independientemente tanto de la capacidad efectiva que los congresistas tengan de actuar como especialistas, como del impacto que el mayor número de comisiones especializadas genera en las posibilidades de los grupos parlamentarios de quedar adecuadamente representados en todas las comisiones. En segundo lugar, la experiencia parece mostrar que la demanda de los congresistas ha tendido a aumentar el número de comisiones a favor de la mayor especialización de cada una de ellas.

En el plano de los hechos, el objetivo institucional de las comisiones ordinarias se enfrenta con la necesidad de las Mesas Directivas de afirmar las alianzas con las que llegan a su posición mediante el reconocimiento a los grupos parlamentarios que permiten la formación y respaldan a la Mesa. Parte del costo de lograr ganar la elección es transferir espacios de dirección en otros niveles de toma de decisión, entre los cuales se encuentran las comisiones ordinarias. Este respaldo, a su vez, debe compatibilizarse con una finalidad adicional relacionada con la necesidad de conseguir que a través de las comisiones se apoyen una política acorde con la línea, planes y programas determinados por y de cada uno de los grupos parlamentarios.

El concepto actual de la definición de la organización del sistema de comisiones ha sido que el mayor número de comisiones permite mejor la distribución de cargos directivos entre los grupos parlamentarios. El cálculo del mayor o menor número de comisiones ha sido determinado a partir de la

respuesta que se da a la pregunta, ¿cómo "pagar" el apoyo por el respaldo en la formación de la Mesa Directiva? La idea que gobierna este concepto es que las comisiones permiten concentrar y dividir cuotas de poder. Se asume que las comisiones tienen como propósito repartir cargos para atender las expectativas tanto de los grupos parlamentarios como de los congresistas y para transferir las ventajas que la presidencia de una comisión pueda significar. Pero las exigencias de esta dinámica de repartir cargos directivos en las comisiones ordinarias entre los miembros de los grupos parlamentarios, en un Congreso fragmentado y sin una mayoría suficiente para dirigir, no carece de lógica. Existe un núcleo que fortalece esta tendencia, y este núcleo está relacionado con la necesidad de formar una Mesa Directiva del Congreso a partir de la realidad de la fragmentación de grupos parlamentarios.

En la etapa deliberativa y negociadora es donde se concretan las fuerzas y energías de esta dinámica. La urgencia de crear gobierno y dirección en el Congreso resulta ser un incentivo tanto para la proliferación de grupos parlamentarios como para aumentar el número de comisiones. Se genera así una lógica de negociación ineficiente, si no destructiva y perversa: como el Congreso no tiene una mayoría clara y ninguna de las minorías pueden gobernar por sí sola el Congreso, se trata de generar alianzas entre las diversas minorías para afirmar la capacidad directiva de la Mesa Directiva en general y del Presidente del Congreso en particular. (para) que la alianza tenga mayores posibilidades de integración, el número de puestos en la Mesa Directiva debe ser el suficiente para que cada grupo parlamentario en la alianza tenga presencia. Una vez en la Mesa Directiva, los voceros de los grupos verán que el número de puestos en las directivas de las comisiones ordinarias sea proporcionalmente repartido entre todos los grupos parlamentarios (incluyendo aquellos que no integran la Mesa Directiva) y, además, el suficiente para que los miembros de cada uno de los grupos parlamentarios que respaldan a la Mesa Directiva tenga presencia directiva en un número mínimo y proporcional de comisiones ordinarias.

Es esta la lógica que explica el aumento de cargos de vicepresidente en la Mesa Directiva del Congreso que, de contar con tres vicepresidencias en el periodo de 1993 hasta el 2001, pasa a cinco vicepresidencias del 2001 al 2006. Esta lógica explica también que el número de comisiones pase de 15 en el Reglamento del Congreso aprobado en 1995 hasta 28 en el año 2002, poco menos del doble de comisiones ordinarias.

Con esta base de expectativas e incentivos y estos antecedentes es que los grupos parlamentarios llegan a la mesa de negociación. Como se refirió previamente, debe acordar el número de integrantes por Comisión, la asignación de puestos directivos de cada comisión según la proporción y preferencias de cada grupo parlamentario, y la distribución de Comisiones según la proporción de cada grupo.

En consecuencia, con la lógica indicada, el problema central que enfrentan las comisiones para alcanzar sus objetivos y metas organizacionales es que son cuerpos que se disipan y mutan con una aceleración riesgos a, impropia para atender necesidades del Estado y de la sociedad. La definición de políticas

públicas y estatales no puede variar con tanta rapidez. La volubilidad de los representantes hace seria mella en el rendimiento de estos cuerpos, que en vez de convertirse en una fortaleza institucional que promueva el mejoramiento de la calidad de las leyes, resulta operar como un lastre que impide la continuidad en la atención de los requerimientos legislativos de la República. La cantidad de energías perdidas todos los años durante el mes de agosto, en el proceso de definición y composición de los cuadros de comisiones, es un dispendio económico y humano. Teniendo en perspectiva las tareas y responsabilidades que deben ser atendidas por el Congreso, puede conceptuarse como un acto de frivolidad el acentuar la inestabilidad política e institucional sin reparar que el impacto y consecuencias de la práctica de cambiar anualmente todo el cuadro de comisiones no representa en realidad ventajas ni beneficios significativos para el país, sino todo lo contrario.

El principio a partir del cual se desarrolla la dinámica que concibe los puestos directivos en las comisiones ordinarias como una tendencia hacia la que tienden los grupos parlamentarios de manera compulsiva, es la urgencia de los propios grupos parlamentarios de afirmar la capacidad directiva de una alianza que llega a la Mesa Directiva del Congreso. Por lo tanto, las mayorías insuficientes para dirigir el Congreso favorece la ampliación de cuotas tanto entre los puestos directivos en la Mesa Directiva, que llega a esa posición como consecuencia de las alianzas formadas en un Congreso multipartidarizado, como entre los puestos directivos disponibles y por crear entre las directivas de las comisiones ordinarias. La lógica así creada incentiva tanto el mayor número de cargos en la Mesa Directiva del Congreso como el de cupos repartibles entre los cargos directivos en las comisiones ordinarias.

En la medida en que la práctica de esta lógica funciona, los representantes advierten que para contar con mayor reconocimiento y capacidad de influir en los procedimientos parlamentarios, necesitan crear su propio grupo parlamentario. Solo tener un grupo parlamentario permite la asignación de cuotas o cupos de dirección y poder en el Congreso. De este modo, la fragmentación original de un Congreso sin suficiente mayoría para dirigir por sí sola los procesos parlamentarios desarrolla una espiral perversa de afirmación del poder que desfavorece la eficiencia del trabajo parlamentario. Si la eficiencia se mide en términos de la capacidad de los grupos parlamentarios de tener suficientes niveles de representación en las comisiones ordinarias, concebir las comisiones ordinarias como espacios de poder que distribuir y asignar impide la propia representatividad de cada uno de los grupos parlamentarios, que cuanto mayor es su tendencia a crecer menores posibilidades tienen de estar adecuadamente representados en el mayor número de comisiones ordinarias que se crean para que cada grupo parlamentario cuente con representantes en las directivas de las comisiones ordinarias.

Como puede verse, el origen de la ineficiencia parece derivarse de la fragmentación en el Congreso. Esta fragmentación, a su turno, es resultado directo tanto de la propia fragmentación de la voluntad política de la colectividad, como de la fórmula electoral que se sustenta no en el principio de la mayoría sino en el de la representación proporcional. La representación

proporcional describe y agudiza la fragmentación y la pluralidad, en tanto que el principio mayoritario la disimula y consolida la afirmación de bloques con tendencia a la bipartidarización, antes que al desarrollo del multipartidismo.

La razón de la remoción periódica del cuadro de comisiones y su reestructuración anual es la suposición de que la realidad organizacional debe cambiarse para atender mejor los intereses, preferencias o urgencias de los congresistas, que ven en su pertenencia en una comisión la oportunidad de proyectar mejor sus posibilidades representativas, de reconocimiento o afectar diferentes espacios de los sectores públicos cubiertos por cada una de las comisiones. La expectativa de incidir en la definición de diferentes áreas de las políticas públicas a partir de las comisiones, en el plano de los hechos, es más apariencia que realidad en el caso de quienes son solo miembros de la comisión, aunque sí se dan mayores posibilidades para quienes se desempeñan como presidentes de comisión. Reconocer este hecho debiera permitir que los cuadros y la nomenclatura permanezca firme durante cada período constitucional, aunque se permita la alternancia y rotación en los puestos directivos de las comisiones con frecuencia análoga a la que se realiza el cambio de Mesa Directiva. El ideal, sin embargo, es que ni la Mesa Directiva ni las directivas de las comisiones se modifiquen durante los cinco años que dura el período parlamentario.

La temática competencial de las comisiones no es una materia que requiera revisión anual. La necesidad de transferir beneficios a quienes respaldan a los candidatos a la Mesa Directiva, mediante la creación de comisiones o adjudicación de puestos directivo en ellas, no es un incentivo que limpie ni purifique de imperfecciones la organización y el sistema parlamentario peruano. Por esta razón debiera eliminarse como tema de deliberación y negociación anual cuáles deben ser las nuevas comisiones ordinarias. El cuadro de comisiones debe acordarse una vez en cada período parlamentario y su modificación solo debiera proceder por razones excepcionales y especialmente calificadas. No es razón suficiente para crear comisiones la moda o ni la súbita aparición de un tema que interesa a la opinión pública. El Estado no puede dirigirse en vista de la transferencia o endose de ventajas para quienes apoyan en los procesos de definición de la autoridad. Esa dinámica es nociva porque se construye a partir del incentivo de la expectativa de dar para ganar, pero el dar y el ganar finalmente se concreta en el manejo inadecuado de los recursos, del tiempo, de las energías y de las instituciones estatales.

No es difícil ver que el asunto del número y composición de las comisiones del Congreso no es una materia intrascendente. Es vital para la organización eficiente del trabajo parlamentario que el número de comisiones sea el adecuado para que las decisiones sean suficientemente estudiadas y conocidas por los integrantes de la Comisión, y también para que el debate y las mismas decisiones cuenten con el compromiso cierto y vinculante de los grupos parlamentarios apropiadamente representados en cada comisión.

Si el número de comisiones es muy elevado y si, además, el número de grupos parlamentarios es relativa y comparativamente muy numeroso en función del total de congresistas en la asamblea, el resultado previsible es que los

productos de las comisiones carecerán de un requisito indispensable de todo órgano parlamentario, como es la integración en la decisión corporativa de la representatividad de la pluralidad de grupos parlamentarios. Son dos elementos que juntos diluyen los niveles de consistencia en una decisión colectiva.

Para que la acción colectiva sea eficaz es necesario que la información y análisis sea compartida por los agentes representativos de cada uno de los decisores. Si cada grupo es un agente de decisión, pero no está adecuadamente representado en las comisiones, es natural que su concepción de una problemática determinada no quede satisfactoriamente evaluada ni acoplada en la propuesta colectiva que la comisión eleva al Pleno del Congreso.

e) Alternativa para optimizar el rendimiento y participación

¿Qué corresponde hacer para que las opiniones de las comisiones integren la diversidad de concepciones de los grupos parlamentarios? Lo central es que cada grupo tenga asegurado un nivel con fiabilidad de representatividad en cada comisión. Si los grupos no están bien representados los productos de la comisión serán propuestas frágiles y parciales. Un producto de esta naturaleza no es útil al Pleno. El Pleno requiere alternativas en las que la discusión de posiciones de grupos parlamentarios haya sido adecuadamente cubierta.

Por lo tanto, a mayor número de comisiones, menor fuerza de representatividad de los grupos parlamentarios. De modo similar, a mayor número de grupos parlamentarios menor el número de congresistas de cada grupo disponible para representarlo ante una comisión. De ahí que, igualmente, a mayor número de comisiones y mayor número de grupos parlamentarios, menor la capacidad de las comisiones de contar con productos colectivos satisfactoriamente deliberados por todos los grupos.

Si el menor número de comisiones no tiende a diluir, sino por el contrario, a afirmar y a robustecer la representatividad de los grupos parlamentarios, a la vez, el menor número de comisiones tiene como efecto la imposibilidad de alcanzar niveles elevados de especialidad (a menor número de comisiones, mayor el espectro de cobertura y menor la especialización de cada comisión). Por lo tanto, la eficiencia del sistema de comisiones es tanto mayor cuanto menor sea el nivel de especialización de las comisiones. A más comisiones mayor exigencia de especialización. La oferta excesiva de especialización resulta una pretensión demasiado costosa, porque no hay demanda real que la requiera. Mantener un número innecesario de comisiones ordinarias importa una decisión sobre la cual hay responsabilidad. Las comisiones deben producir lo que el Estado necesita y producir con eficiencia, no con dispendio ni con derroche. En vez de buscar ahorros en el sistema de remuneraciones y estipendios de los representantes es más eficaz encontrarlos en decisiones que hagan estructural y organizacionalmente menos oneroso el manejo y gestión del proceso legislativo. Una vía es no generar gastos innecesarios creando más comisiones que las indispensables para cumplir con el proceso de estudio, análisis y dictamen de los proyectos de ley.

Siendo la naturaleza del mandato de representación de carácter político y no técnico, es comprensible que las posibilidades (no menos que la exigencia) de especialización de un Congreso integrado no por expertos, sino por delegados políticos de la colectividad, no sean muy grandes. Ello con menor razón habida cuenta que el número de congresistas es de solo 120. Por lo tanto, la formulación de un cuadro de comisiones especializadas con un número elevado de las mismas, no es solo irreal en términos de la capacidad de atenderlas con congresistas especialistas en cada una de las áreas del conocimiento, sino que además el producto político de las mismas es insatisfactorio y deficitario en razón de la insuficiente capacidad material de los grupos parlamentarios de tener presencia en todas las comisiones.

El remedio para que los productos colectivos de las comisiones correspondan a la voluntad corporativa de los grupos parlamentarios es, en primer lugar, definir como óptimo que el número de comisiones sea el mínimo necesario para que la diversidad de asuntos legislativos reciba el enfoque y la atención especializada que la diversidad de materias de iniciativa legislativa permita solventar. Ese mínimo número de comisiones asegura la mayor representatividad de los grupos, y la atención especializada es asegurada por la división del trabajo en razón de áreas centrales del conocimiento.

Y; en segundo lugar, el remedio consiste en fijar como alternativa conservadora la definición del máximo número de comisiones más allá del cual los niveles de eficiencia y rendimiento sean de dudosa con fiabilidad. El máximo número de comisiones es fijable a partir de un criterio inherente a la naturaleza de la tarea propia de estos órganos: la posibilidad efectiva de desempeñarse de manera directa y personal (excluyendo la delegación a personal profesional de asesores o técnicos de la confianza del congresista), pero además de manera enterada y responsable como miembro de cada una de las comisiones en las que debe analizarse el impacto que todas las iniciativas tienen en la sociedad.

Es difícil, en general, que un congresista pueda participar personal, informada y preparadamente en más de dos comisiones, además de las demás funciones que le corresponde cumplir en el Congreso, ya sea en órganos representativos como la Comisión Permanente, de dirección como el Consejo Directivo, o de coordinación parlamentaria como la Junta de Portavoces. Si perteneciera a más de dos comisiones sus posibilidades de participación eficaz son muy débiles, porque difícilmente estará adecuadamente enterado de los problemas y alternativas derivados de cada uno de los asuntos que conocen las comisiones a las que pertenece. No hay quien pueda ufanarse, sin vanagloria, de tener la capacidad de dividir eficientemente su tiempo entre tres, cuatro o cinco comisiones ordinarias, además de todas las otras tareas que demandan su atención como representante, y a la vez mantenerse en condiciones de discutir un tema con conocimiento de causa y con conciencia de la naturaleza e implicancias que el detalle de la normativa requiera prever. La acumulación de puestos por un congresista no solo no es eficiente sino que además desvirtúa el mandato que el electorado entrega a cada congresista de modo directo.

En cada periodo constitucional es posible que varíe el número de grupos parlamentarios, así como la distinta proporción y fuerza entre cada uno de ellos. Teniendo en consideración que el óptimo de una organización depende de la realidad de los recursos disponibles, y de su distribución y asignación en vista del principio de representación, es conveniente tener presente que una definición constitucional o normativa de carácter fijo conduce a niveles potenciales de ineficiencia organizacional, es preciso sostener la definición del número eficiente de comisiones así como el de miembros de una comisión según la realidad del número de fracciones o grupos parlamentarios presentes en cada periodo constitucional y de la fuerza relativa y proporcional entre cada uno de ellos, teniendo presente la capacidad efectiva de los niveles con fiables y responsables de atención de los congresistas a una comisión ordinaria, además de las otras comisiones y órganos del Congreso al que pertenezcan, y de las funciones representativas que están obligados de atender de manera individual.

Para definir el número de comisiones y de miembros de una comisión es necesario, por lo tanto, desarrollar un programa que defina los criterios para decidir a partir de las relaciones entre los grupos, de manera que el óptimo sea establecido tomando en consideración las expresiones de la realidad, y no un prototipo inmodificable que favorezca antes la acumulación de ineficiencias que el desarrollo efectivo de la diversidad de funciones que cumple el Congreso. Un régimen o sistema de comisiones no puede rendir igual cuando los congresistas tienen la obligación de pertenecer a 2 que a 5 comisiones, ni cuando los grupos parlamentarios están sobrerrepresentados en algunas comisiones y otros no tienen ninguna representación. Las reglas del número de comisiones y de integrantes por comisión debe ser parte del diseño e ingeniería de ese programa que permita ajustar estos números al comportamiento efectivo de la realidad, según el programa de prioridades y de principios a partir de los cuales deben tomarse las decisiones.

d) Máximo eficiente de comisiones respetando un mínimo de representación

El óptimo deseable en un contexto de fragmentación partidaria en el Congreso es que cada grupo parlamentario pueda quedar representado con uno de sus miembros, cuando menos, en cada una de las comisiones, y que el número de estas comisiones no impida la atención y participación enterada, reflexiva y personal de los representantes de cada grupo parlamentario en la investigación, estudio y deliberación de los proyectos remitidos para su dictamen.

Considerando que existan ocho fracciones parlamentarias como ocurre en el Congreso desde agosto de 2003, entre las que se incluye a los no agrupados, y que el criterio para determinar el número mínimo de comisiones es que a cada grupo parlamentario le corresponde tener por lo menos un representante en cada comisión, toda vez que el grupo con el menor número de miembros cuenta con 6 integrantes (requisito mínimo según el Reglamento del Congreso para constituir grupo), el número mínimo de comisiones no debe ser menor de 6. Una distribución de las funciones legislativas en 6 áreas básicas de organización corporativa permitiría un diseño como el que se consigna en el

cuadro siguiente, en el que la comisión propuesta aparece en la columna izquierda, y la relación de las comisiones que actualmente existen se indican en la columna derecha.

Una organización de esta naturaleza puede tomar como base la organización del sistema de comisiones francés que, como se sabe, está integrado por cerca de 500 representantes, quienes dividen su trabajo en solo seis comisiones. El Congreso peruano, con cuatro veces menos cantidad de representantes, no debiera tener mayores problemas de organización que la que se consigue en Francia, de donde se toma la definición de las seis comisiones que se muestra. La virtud más importante de esta organización es el fortalecimiento de la presencia y fuerza representativa de cada uno de los grupos parlamentarios en el debate y exposición de posiciones que, a la vez, genera mucha mayor fuerza y confiabilidad en las decisiones que proponen las comisiones. Si el propósito es fortalecer el trabajo en comisiones, definitivamente el camino no es la extensión desmedida de su número sino su compactación.

En cuanto a los criterios que sirven para agrupar a las comisiones, se toma en cuenta la carga de trabajo relativa de cada comisión, la cantidad de horas sesionadas en un periodo legislativo, el número de dictámenes producido, y la mayor o menor similitud temática entre comisiones.

CONVERSIÓN DEL SISTEMA DE COMISIONES SEGÚN EL MÍNIMO POSIBLE DE COMISIONES

COMISIONES PROPUESTAS	COMISIONES ACTUALES
1 Asuntos constitucionales y legales - Constitución y Reglamento - Justicia y Derechos Humanos - Mujer y Desarrollo Social	2 f-- Economía y Presupuesto - Economía e Inteligencia Financiera - Presupuesto y Cuenta General de la República
3 Asuntos culturales, familiares y - Educación, Ciencia, Tecnología, Culturas y Patrimonio Cultural - Trabajo - Salud, Población, Familia y Personas con Discapacidad - Seguridad Social - Amazonia, Asuntos Indígenas y Afroperuanos - Juventud y Deporte	4 Asuntos productivos y ambientales - Agraria - Ambiente y Ecología - Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos - Energía y Minas - Producción y Pymes - Transportes y Comunicaciones - Vivienda y Construcción
5 Descentralización - Descentralización, Regionalización y Modernización de la Gestión del Estado - Gobiernos Locales	6 Asuntos Exteriores y de Defensa - Defensa Nacional, Orden Interno, Inteligencia, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas - Comercio Exterior y Turismo - Relaciones Exteriores

En la relación de comisiones queda excluida la Comisión de Fiscalización y Contraloría. El propósito es que el Congreso recupere su capacidad de control e investigación, mediante los medios naturales para la realización de esta actividad. La Comisión de Fiscalización y Contraloría es un híbrido que distorsiona esta misión.

La superposición de finalidades legislativa y de control en una misma comisión diluye la capacidad de cumplir eficientemente ambas metas. Las comisiones investigadoras requieren una organización puntual en la que se concentre el trabajo para atender la materia que se investiga. No es posible cumplir con la

investigación cuando paralelamente las comisiones reciben otros encargos del Pleno. Ese cumplimiento es tanto más difícil habida cuenta de la débil y poco representativa presencia de los grupos parlamentarios en cada comisión.

Habiéndose calculado que el mínimo de comisiones ordinarias puede ser de 6, ¿cuál sería el número máximo de comisiones ordinarias que pudieran crearse con una composición mínima de 20 o de 19 congresistas en cada una de ellas? En otras palabras, si cada comisión ordinaria tuviera no menos de 19 o 20 congresistas (para que quede garantizada así la participación de hasta el grupo parlamentario con menor número de integrantes), ¿cuál sería el criterio para determinar el máximo número posible de comisiones ordinarias? Considerando que el requisito de participación mínima queda cumplido cuando el grupo parlamentario con el menor número de miembros está en condiciones de tener por lo menos un representante en una comisión, la pregunta es, entonces, ¿qué condiciones hay que atender para definir cuál es el máximo número de comisiones ordinarias que debe crearse de forma que todos los miembros de todas las comisiones estén en posibilidades reales de aportar y de participar adecuadamente en la labor de estudio y análisis en cada una de las comisiones a las que pertenecen?

A partir de la perspectiva del grupo parlamentario con el menor número de miembros, el total máximo de comisiones ordinarias sería de tantas comisiones ordinarias como miembros tiene el grupo. Sin embargo, los congresistas no solo deben pertenecer a las comisiones ordinarias, toda vez que pueden ser además miembros de la Mesa Directiva, del Consejo Directivo, de la Junta de Portavoces, de la Comisión Permanente, de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, de la Comisión de Ética Parlamentaria, así como de comisiones investigadoras o especiales. En otras palabras, el objetivo no es solo definir el máximo de comisiones ordinarias según el número de miembros de un grupo parlamentario, puesto que cabe que haya más encargos en los que el grupo más pequeño deba asumir responsabilidades proporcionales. Sin embargo, parte de los inconvenientes quedan solucionados con el recurso a la alternativa de que no todos los órganos del Congreso sesionan a la vez. La consideración de esta opción permite coordinar y organizar el horario de sesiones y la participación en las comisiones ordinarias sin cruces.

Para definir y calcular el máximo número de comisiones debe considerarse como criterio central la capacidad de trabajo en comisiones ordinarias. Las comisiones ordinarias no son la única responsabilidad que corresponde atender a los congresistas. Ellos tienen otras tareas además del estudio y dictamen sobre proyectos de ley. Recordar este hecho es necesario para no enfocar el problema fuera de contexto. Definir el máximo número de comisiones ordinarias no es el único problema organizacional que atender.

Ignorarlo llevaría a decisiones equivocadas. Por ello, en función de la carga de trabajo de cada comisión y de las responsabilidades que tiene cada congresista ante el Pleno y en su despacho personal, además de las que pudiera corresponderle en la Comisión Permanente o el Consejo Directivo, parecería razonable asumir que dos pueda ser un número adecuado y atendible de comisiones a las que debe pertenecer un representante.

El tercer párrafo del artículo 34 del Reglamento del Congreso prescribe, sin embargo, que la distribución de /os congresistas en las comisiones se racionaliza de moción que ningún congresista pertenezca a más de cinco comisiones ni menos de una, entre Ordinarias, de Investigación y Especiales, de estudio y trabajo conjunto, exceptuando de esta regla a los miembros de la Mesa Directiva. De manera que, salvo que esta norma se modificara, habría que prever el número razonable máximo de dos comisiones ordinarias a las que podría pertenecer un congresista podría resultar excesivo. En particular si, eliminando de la condición de comisión ordinaria a la Comisión de Fiscalización (con el objeto de que desaparezca la innecesaria duplicidad y competencia investigadora entre la comisión ordinaria de Fiscalización y las comisiones investigadoras conformadas con fines puntuales), se pretende que el Congreso recupere la normalidad en el ejercicio de la función de control que desarrollan las Comisiones de Investigación, dejando finalmente sin efecto el modelo de tutela y mtro centralizado que se le encargó a la Comisión de Fiscalización durante la práctica iniciada en la década de los 90. En consecuencia, habría razones adicionales para considerar que incluso dos comisiones ordinarias ya pudiera(n) ser una responsabilidad significativa que atender con capacidad reflexiva y representativa para los congresistas y los grupos parlamentarios a los que pertenecen. En todo caso, dos comisiones ordinarias es, en efecto, una cantidad adecuada de encargos que encomendar a un congresista en la labor y función legislativa. Más que eso supondría el debilitamiento de su rol como representante y el sobredimensionamiento consiguiente del personal de su despacho congresal a través del desplazamiento de su responsabilidad en profesionales y técnicos a los que delegue el cumplimiento de tareas que el electorado no autorizó que delegue en nadie.

Independientemente de las consideraciones que pudieran sugerir que sea solo una comisión ordinaria el máximo al que debiera pertenecer un congresista, postular un número mayor de dos comisiones por congresista debilitaría riesgosamente su capacidad de participar efectivamente. Ya sea por el simple hecho de que su asistencia no podría quedar asegurada debido a cruces con otras responsabilidades simultáneas, como por el hecho innegable de que para aprobar un dictamen es necesario ejercitar la función de representación de una manera personal y no a través de asesores, técnicos ni secretarías. El ejercicio cabal y pleno de la representación supone la responsabilidad de informarse, estudiar, consultar, preguntar, contrastar, analizar y, sobre todo, debatir y razonar, intercambiando datos y argumentos con espíritu de búsqueda sincera y de concordia entre todos los representantes y grupos presentes en una comisión. Y esta labor demanda una dosis inabdicable de dedicación personal, demanda tiempo y demanda concentración. Dedicación, tiempo y concentración que no son un recurso ilimitado entre los representantes al Congreso. Asumir como compromiso la pertenencia a más de dos comisiones ya es un acto riesgoso en general, aunque quepa ciertamente excepciones en ambos sentidos, sea porque la agenda de algunos congresistas es ya recargada con una comisión, como que por el tipo de estilo de algún otro congresista excluya otras funciones para priorizar su vocación más legislativa que de otro carácter.

En el supuesto de que se admita que dos sea un número correcto de comisiones ordinarias por cada congresista, y siempre sobre la base del supuesto de que cada fracción parlamentaria debe pertenecer y participar por lo menos con un representante en cada comisión ordinaria, la misma lógica llevaría a fijar en 12 el número de comisiones ordinarias. Según el cuadro de comisiones vigente en el Congreso, el remedio supondría reducir de 24 comisiones a 12, donde quedaría eliminada, además, la Comisión de Fiscalización, con la finalidad de descentralizar y fortalecer el desarrollo de la función de control sin el paralelismo, la tutela, duplicidad, innecesaria competencia ni mediatización de una comisión permanente.

CONVERSIÓN DEL SISTEMA DE COMISIONES SEGÚN EL MÁXIMO POSIBLE DE COMISIONES

N° COMISIONES PROPUESTAS COMISIONES ACTUALES 1 Constitución y Reglamento - Constitución y Reglamento 2 Economía y Finanzas - Economía e Inteligencia Financiera 3 Presupuesto y Cuenta General - Presupuesto y Cuenta General de la República 4 Asuntos Educativos y Laborales - Educación, Ciencia y Tecnología - Trabajo 5 Asuntos Agrarios y Ambientales - Agraria - Ambiente y Ecología 6 Descentralización - Descentralización, Regionalización y Gobiernos Locales Modernización de la Gestión del Estado - Gobiernos Locales 7 Asuntos Productivos, de Regulación - Producción y Pymes y Protección al Consumidor - Transportes y Comunicaciones - Vivienda y Construcción - Energía y Minas - Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos 8 Justicia y Derechos Humanos - Justicia y Derechos Humanos - Mujer y Desarrollo Social 9 Asuntos Exteriores y Migratorios - Relaciones Exteriores - Comercio Exterior y Turismo 10 Defensa y Orden Interno - Defensa Nacional, Orden Interno, Inteligencia, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas 11 Salud, Prevención y Desarrollo - Salud, Población, Familia y Personas con Social Discapacidad \ - Seguridad Social 12 Asuntos Étnicos y Culturales - Cultura y Patrimonio Cultural - Amazonia, Asuntos Indígenas y Afroperuanos - Juventud y Deporte

El criterio de ordenación y sistematización es similar al señalado para el cuadro que sistematiza las 24 comisiones ordinarias en seis. La ordenación y sistematización toma en consideración la mayor o menor carga de trabajo demostrada en un periodo legislativo, donde la carga de trabajo se expresa no en la expectativa o demanda de resultados, sino en el rendimiento efectivamente obtenido y demostrado. Entre dichos logros y productos cabe considerar, por ejemplo, la cantidad de horas sesionada y la cantidad efectiva de dictámenes emitidos. Probablemente puedan encontrarse otros indicadores de rendimiento más finos en el futuro, en particular teniendo en consideración la calidad de los productos y no solamente su cantidad, así como la relación de rendimiento entre los recursos asignados y la calidad de sus dictámenes, o entre los productos concluidos y el uso eficaz de los insumos que de ellos haga uso el Pleno. En tanto se construyen esos indicadores, la propuesta que recoge el cuadro es un inicio para discutir la mejor organización del trabajo parlamentario en general y del sistema de comisiones en particular.

Número de integrantes por comisión

Ahora bien, una vez resuelto el número de comisiones ordinarias, los voceros de los grupos parlamentarios deben definir el número mínimo de integrantes de cada comisión. Este proceso debiera realizarse solo una vez por cada periodo constitucional y modificarse únicamente como consecuencia de la recomposición de los integrantes y proporcionalidad de los diversos grupos parlamentarios.

El criterio para encontrar el mínimo de miembros para cada comisión es el de la representación asegurada para cada grupo parlamentario. Este cálculo no es único y depende del número de grupos parlamentarios y de la proporción existente entre ellos. Dada la proporción entre grupos parlamentarios, es matemáticamente imposible que en la correlación concreta entre los grupos parlamentarios del periodo 2001-2006 al mes de marzo del año 2005, cada grupo tenga asegurada y justificada su representación en una comisión que tuviera menos de 20 integrantes. Con menos de 20 miembros por comisión a los grupos más pequeños no les correspondería un puesto en la comisión. El cuadro adjunto muestra la cantidad proporcional de congresistas que corresponde designar a cada grupo parlamentario de manera que se cumpla con la condición de que cada grupo parlamentario cuente, por lo menos, con un representante en cada comisión ordinaria, manteniéndose la proporcionalidad entre las diversas fuerzas políticas.

f) DISTRIBUCIÓN PROPORCIONAL DE PUESTOS DE COMISIONES POR FRACCIÓN PARLAMENTARIA

PARTICIPACIÓN PROPORCIONAL DE GRUPOS PARLAMENTARIOS EN LAS COMISIONES ORDINARIAS PERIODO 2001-2006 (a marzo de 2005)

GRUPOS	NÚMERO DE INTEGRANTES	PROPORCIONALIDAD	DISTRIBUCIÓN	ASIGNACIÓN
Partido Aprista	28	23,93%	4,19	5
Unidad Nacional	11	9,40%	1,88	2
Somos Perú, Acción	12	10,26%	2,05	2
Popular, Unión por el Perú, Independientes	8	6,84%	1,37	1
Moralizador Grupo Parlamentario de	8	6,84%	1,37	1
Independientes Perú Ahora, Independientes	6	5,13%	1,03	1
No agrupados	8	6,84%	1,37	1
TOTAL	117	100%	20	19

Fuente: Oficialía Mayor del Congreso

En el cuadro precedente se nota que el total de congresistas es de 117, lo cual obedece a que, al año 2005, hay tres congresistas suspendidos (Luna Gálvez, de Unidad Nacional, desde el 5 de abril del 2002; Chávez Cossío, de Nueva Mayoría, desde el 26 de junio del 2002; Y Torres Ccalla, de Perú Posible, desde el 7 de diciembre del 2004). Se nota igualmente que, como resultado de la aproximación por los decimales, el máximo obtenible sería de 19 congresistas por comisión, eliminando las fracciones inferiores a medio punto y redondeando hacia el número superior las fracciones iguales o mayores a medio punto.

A partir de estos datos se deduce que si las comisiones ordinarias son 6, y cada una tiene 19 miembros, el total de puestos por asignar entre los grupos parlamentarios siguiendo el criterio aproximativo de la última columna sería de

114. Si, por otro lado, las comisiones ordinarias son 12, con igual número de miembros por comisión, el número de puestos por ocupar y distribuir entre todos los grupos parlamentarios sería de 228. Estos números no son exactos y pueden adecuarse con pequeños ajustes sin necesidad de alterar la proporcionalidad entre cada uno de los grupos parlamentarios.

g) Asignación de puestos directivos de cada comisión según la proporción y preferencias de cada grupo parlamentario | El último paso en el proceso de negociación entre los voceros es acordar cómo se distribuirán los cargos directivos entre los diversos grupos parlamentarios. Un aspecto decisivo en la división de puestos entre los grupos parlamentarios es que según el artículo 36 del Reglamento del Congreso, la elección de la directiva de cada comisión se realiza respetando el criterio de proporcionalidad de los grupos parlamentarios. Por lo tanto, no se prevé la invitación obligatoria de los congresistas no agrupados en el cálculo de la proporcionalidad entre los cargos directivos de las comisiones ordinarias. Esta etapa de distribución de puestos depende del número de comisiones del cuadro.

El cuerpo directivo de cada comisión está integrado por un presidente, un vicepresidente y un secretario. Si las comisiones son 6, el total a distribuir es 18 puestos; 36 si las comisiones son 12. De otro lado, si los cuerpos directivos se recomponen anualmente durante 5 años, los puestos se multiplican 5 veces, a razón de 90 si es 6 el número de comisiones y 180 si es 12. No parece escaso el número de puestos a distribuir para un periodo de 5 años. Este número, además, se incrementa teniendo en consideración la diversidad de otros órganos de diversa naturaleza que funcionan en el Congreso, sea la Comisión Permanente, el Consejo Directivo, la Junta de Portavoces, la Mesa Directiva, u otras comisiones sean investigadoras, de estudio, protocolares u otras especiales.

En el caso específico de la distribución de presidencias de las comisiones ordinarias, que es el cargo directivo que en realidad resulta relevante y significativo por el poder efectivo que tienen los presidentes en la organización y manejo de la comisión, de su agenda y de los recursos, en caso que el número de comisiones fuera 12, según la racionalidad previamente desarrollada, la cuota que correspondería a cada grupo parlamentario sería como la que aparece en el cuadro siguiente.

DISTRIBUCIÓN PROPORCIONAL DE PRESIDENCIAS DE COMISIONES POR GRUPO PARLAMENTARIO

GRUPO PARLAMENTARIO	NÚMERO DE CONGRESISTAS	PROPORCIÓN	ASIGNACIÓN	PROPORCIÓN	ASIGNACIÓN
Partido Aprista	28	25,69%	3.08	3	3
Unidad Nacional	11	10,09%	1.21	1	1
Somos Perú. Acción	12	11,01%	1.32	1	1
Popular. Unión por el Perú, Independientes	8	7,34%	0.88	1	1
Independientes Perú Ahora, Independientes	6	5,50%	0,66	1	1
TOTAL	109	100%	12	12	12

Fuente: Oficialía Mayor del Congreso

Un cuadro similar correspondería a los otros dos cargos directivos. De igual forma, para el total de 36 cargos directivos por distribuir. El grupo parlamentario al que le corresponden 4 presidencias según el cuadro precedente le tocarían 12 cargos directivos en total; al que le corresponden 3, le tocan 9; y a los que les corresponde uno, les tocarían 3.

Lo más relevante, sin embargo, es no perder de vista que la función parlamentaria no es un negocio de figuración u obtención de reconocimiento, ni de apropiación de oportunidades no democráticas de influenciar en los procesos de adopción de políticas públicas. La misión central del Congreso es la deliberación sobre los asuntos públicos de mayor interés para la República, y la toma de decisiones reflexivas sobre los actos de dirección del Estado de su competencia. Lo adjetivo es la pretensión de maximizar las oportunidades para que las decisiones colectivas contengan y reflejen en mayor medida las propuestas individualizadas de los grupos parlamentarios o de los representantes. La misión institucional es mayor en trascendencia que el valor de las propuestas de cada uno de los miembros de la corporación y no perderla de vista es un factor esencial para el cumplimiento del objetivo final del Estado y de la República.

Cumplida que sea la tarea de asignación de puestos directivos según la proporción y acuerdo entre los grupos parlamentarios presentes en la Junta de Portavoces, los cargos tendrán que adjudicarse a los congresistas de cada grupo. Pero esta materia solo cabe realizarla durante la fase integrativa, durante la sesión preparatoria, en el momento en que cada comisión elige a su directiva con la cual quedará constituida la comisión a partir del acto de su instalación.

5.2.3. Etapa resolutive

La etapa resolutive, se divide en dos fases, la fase propiamente resolutive y la fase integradora. La fase resolutive es cumplida a partir del momento en que la Junta de Portavoces se desprende de su propuesta y esta es conocida por el Consejo Directivo, y concluye con la decisión del Pleno del Congreso en la que se resuelve la composición del cuadro de comisiones. La fase integradora se da en las comisiones durante el acto de elección de los cuerpos directivos y la instalación de la comisión.

Durante el proceso resolutive el Pleno decide respecto del número, la nomenclatura e integrantes de cada comisión ordinaria. Antes de que el Pleno conozca la propuesta, como requisito, se requiere el cumplimiento del acuerdo del Consejo Directivo, según el segundo párrafo del artículo 34 del Reglamento del Congreso. El Consejo Directivo, en consecuencia, participa no como órgano de elaboración del cuadro de comisiones, sino como órgano de ratificación de la labor de coordinación y consenso que realiza la Junta de Portavoces. La razón por la cual se considera que su participación es parte de la etapa

resolutiva obedece a que la revisión que realiza no cuenta con el espacio deliberativo especial que es propio de la Junta de Portavoces.

La Junta de Portavoces se aboca a la elaboración del cuadro de comisiones como parte de una tarea exclusiva. En las sesiones que realiza el Consejo Directivo como parte del proceso de la definición del cuadro de comisiones no se dedica solo a esta actividad; debe compartida con las funciones de preparación y organización de la legislatura y de las sesiones del Pleno. La Junta de Portavoces tiene sesiones especiales solamente para preparar el cuadro de comisiones.

No obstante la naturaleza no estrictamente deliberativa del Consejo Directivo, si es el órgano que consolida y confirma la organización preparada en la Junta de Portavoces, y en esta capacidad puede realizar las modificaciones que estime pertinentes. El Consejo Directivo no actúa como un órgano de certificación de la coordinación realizada por la Junta de Portavoces, sino que cuenta con la potestad de corregir y de alterar las alternativas trabajadas entre los voceros de la Junta. En este sentido, se trata de una segunda instancia de coordinación que puede revisar la propuesta y hacer cambios. Aunque no existe límite normativo para definir el alcance de las modificaciones que puede introducir el Consejo Directivo, si es posible determinar que no le corresponde realizar cambios de naturaleza estructural, sino únicamente los que importen la sustitución de alternativas respecto de las cuales los directivos portavoces estén de acuerdo. La ausencia de acuerdo entre los directivos de los diversos grupos parlamentarios puede significar que como resultado de la revisión efectuada sea necesario volver a consultarla en el seno de la Junta de Portavoces.

Con el acuerdo del Pleno, el Congreso cuenta con un cuadro de comisiones aprobado. Resta aún que las comisiones del cuadro aprobado quede constituido.

Antes de la constitución de cada comisión, el cuadro de comisiones permanece como una fuente de obligación inejecutada. Para ejecutarse y que, de este modo, quede perfeccionado el acuerdo que resultó de la labor de coordinación entre los voceros en la Junta de Portavoces, las comisiones deben elegir los cargos directivos según la asignación de los mismos a cada grupo parlamentario. Ni el acuerdo de la Junta de Portavoces, ni su aprobación por el Pleno luego de la conformidad del Consejo Directivo, determinan ni individualizan a la persona del representante que ocupará el cargo reservado para cada grupo parlamentario.

Desde la constitución de las comisiones el sistema está listo y operativo. La constitución de las comisiones se produce con el proceso de reconocimiento e incorporación de sus miembros en la sesión preparatoria que culmina con la elección de la directiva y la sucesiva instalación de la comisión. Luego del reconocimiento de los integrantes de la comisión, los congresistas encargados de coordinar el acto electoral consultan las propuestas de candidatos para la designación de la directiva y sobre el modo de elegirla (por lista completa, o por cargo; a mano alzada o por papeleta). Es durante el proceso de elección de la directiva de la comisión que pueden producirse modificaciones en el cuadro de

directivos propuesto por la Junta de Portavoces, ratificado por el Consejo Directivo y acordado por el Pleno. En buena cuenta, el acuerdo del Pleno no basta para perfeccionar la conformación de las directivas de las comisiones.

Si bien la aprobación del Pleno tiene fuerza vinculante para cada comisión y para los grupos parlamentarios, puede ocurrir, no obstante, que la elección que realizan las comisiones ha (ya) alterado la proporción de la distribución acordada por el Pleno. La contradicción y desconocimiento del acuerdo del Pleno es un supuesto y una materia cuya ocurrencia ni resolución tiene previsión en el Reglamento del Congreso. Se trata de la posible colisión entre dos fuentes de creación de una obligación corporativa, del acuerdo del Pleno respecto de la distribución proporcional de cargos directivos en comisiones, y de la voluntad autónoma de cada comisión para elegir de su seno a los congresistas que ocuparán un cargo directivo.

En la experiencia reciente se ha producido efectivamente la colisión entre ambas fuentes de creación de una obligación corporativa. Los resultados han sido dispares. En el caso de la discordia entre la Comisión de Asuntos Indígenas, el año 1999, y el acuerdo del Pleno, la discrepancia concluyó en la no instalación de esta comisión por falta de consenso entre sus integrantes en aplicar el acuerdo aprobado por el Pleno. Durante el período 2004-2005, se produjo otro caso de discordia entre comisiones y Pleno. En el caso de la Comisión de Gobiernos Locales, el Pleno revocó la decisión de la comisión dejando sin efecto la elección del congresista Torres Ccalla como presidente, y afirmando el acuerdo que aprobó para que la presidencia le corresponda a un congresista de Unidad Nacional (la elección correspondió a la congresista Rosa Florián). En el caso de las Comisiones de Salud, y de Presupuesto, donde, a pesar del acuerdo de que la presidencia de la Comisión de Salud le correspondiera al grupo parlamentario integrado por Somos Perú-Acción Popular-Unión por el Perú-Independientes, y de que la Comisión de Presupuesto le corresponda a Perú Posible, se elige a un congresista de Perú Posible (Eittel Ramos Cuya) en la Comisión de Salud, y a un congresista de Somos Perú-Acción Popular-Unión por el Perú-Independientes (Iván Calderón) en la Comisión de Presupuesto.

La diversidad de resultados es explicable porque en el caso del congresista Torres Ccalla se trató de un acto cuestionado abiertamente en el Pleno y que no consiguió respaldó entre los grupos parlamentarios. El reconocimiento de las elecciones no previstas en las comisiones de Salud y de Presupuesto, no obstante desviarse lo aprobado por el Pleno, se produce como consecuencia de que, a partir de los hechos consumados, se establece un acuerdo entre los grupos para mantener lo ejecutado en las comisiones, con lo cual expresan conformidad.

De haber sido así que los grupos parlamentarios hubieran discrepado con lo resuelto en comisiones, el asunto habría sido impugnado y llevado al Pleno para discusión. La inacción de los grupos parlamentarios respecto de los acuerdos de las comisiones convalidó la decisión tomada en estas y dejó sin efecto el acuerdo del Pleno. Este hecho deja ver en qué medida es que los grupos parlamentarios pueden ser considerados como órganos del Congreso

con capacidad para influenciar y resolver en materias de organización y procedimientos parlamentarios. 'La facultad de convalidar o rectificar lo que acuerden otros órganos del Congreso, sea el Pleno o las comisiones, ha sido efectivizada por los grupos parlamentarios que son, en fin de cuentas, los directamente afectados con la manera en que se altere o modifique la resolución del Pleno en el proceso de integración de las comisiones durante el proceso de elección.

Es a los grupos parlamentarios a los que ha correspondido la definición de cuanta autonomía se reconoce a las comisiones, así como qué tan vinculante es el acuerdo del Pleno. Es el poder, en última instancia, de afirmar los principios que inspiran la organización del Congreso y la gravitación que les corresponda. La institucionalidad del Congreso como órgano del Estado no se reduce al mero y ciego acatamiento de la norma, sino a la afirmación de la capacidad de decisión de ejes de poder político con capacidad de dar contenido a la norma y al sentido de las instituciones estatales. El Estado, las instituciones y las normas son decididas a partir de los actores concretos y de la cultura política de sus agentes. No a partir de la hipótesis de un sistema impersonal, incorpóreo y abstracto de orden universal e imparcial. El Congreso, finalmente, no es más universal ni imparcial que la diversidad de percepciones concretas e intereses subjetivos de los grupos humanos que a él llegan y que en él actúan.

6. Organización y atribuciones de los grupos parlamentarios

6.1. Naturaleza de los grupos parlamentarios

No existe unanimidad en la doctrina sobre la naturaleza de los grupos parlamentarios. En tanto hay quienes en efecto afirman que los grupos parlamentarios son técnicamente un órgano del Congreso, algunos señalan que son un órgano estatal, o que son sujetos privados que ejercen funciones públicas, y otros que son solo una asociación necesaria de Derecho Público.

El Reglamento del Congreso ha optado por la tesis orgánica y le confiere estatus de órgano del Congreso en el artículo 27 inciso f). Este tratamiento no es indiferente en el terreno de las consecuencias materiales de la organización de la labor y actividades funcionales del Congreso.

La adhesión a la tesis orgánica y la definición de los grupos parlamentarios como órgano no significa que basten sus decisiones para obligar institucionalmente al Congreso. Los acuerdos de los grupos no sustituyen la formalidad y la observancia regular de los procedimientos. Los grupos parlamentarios sí son fuente de acuerdo, pero los acuerdos materiales entre ellos o entre los portavoces autorizados para vincular a sus grupos no bastan ni dejan sin efecto la vigencia de los requisitos formales para la adopción corporativa de acuerdos del Congreso. Todo acuerdo entre grupos es la base de una resolución del Congreso, pero los acuerdos en sí mismos no están por encima de la observancia del Derecho Parlamentario. Los acuerdos entre grupos sustentan los procedimientos y las decisiones institucionales y, además, es necesario que las decisiones institucionales supongan tales acuerdos sin los

cuales la observancia formal de los procedimientos en los que se carezca de la participación carecerían del soporte material de una voluntad e intencionalidad que los estructure.

6.2. Identidad del grupo parlamentario

Para que los grupos parlamentarios estén en condiciones de intervenir regularmente en la organización y los procedimientos del Congreso deben constituirse como tales. Según el artículo 37 del Reglamento del Congreso son conjuntos de congresistas que comparten ideas o intereses comunes o afines. No existe referencia a la identidad entre el grupo parlamentario y un partido político. Cabe que la identidad se cumpla, pero el que no sea así no resiente la identidad de un grupo en el que se dé esta ausencia. Basta que exista una *affectio societatis* común de quienes quiera que tengan la pretensión de agruparse alrededor de ideas o intereses afines. No existen límites sobre el contenido de tales ideas ni intereses, ni existe obligación de declarar unas ni otros. Se sobreentiende que ellas y ellos existen a partir de la afirmación de la voluntad de crear un grupo. La no declaración de la *affectio societatis* no invalida ni impide la existencia de grupo parlamentario. En tal virtud, el alcance de la definición de lo que sea grupo parlamentario tiene naturaleza eminentemente didáctica. No tiene valor ni prescriptivo ni proscriptivo.

Se deduce de la definición de grupo parlamentario su carácter voluntario y la afinidad de intereses o de ideas. El rasgo de voluntariedad es importante. En otras organizaciones parlamentarias se prevé la existencia de un tipo de grupo no voluntario, al que se denomina grupo mixto, el que incluye a todos los representantes no pertenecientes a ningún grupo parlamentario. El grupo mixto es una forma obligada de agrupación no contemplada en la organización parlamentaria del Perú. En consecuencia, los congresistas que no se constituyan voluntariamente como grupo parlamentario quedan en su condición de representantes electos e incorporados al Congreso. El efecto de esta decisión es que no les corresponderá los atributos previstos únicamente para los grupos parlamentarios.

6.3. Constitución y registro de los grupos parlamentarios

El Reglamento del Congreso sí exige para su constitución que los agrupados sean un número no menor de seis congresistas. Las agrupaciones con menos de este número no pueden quedar registradas y, por lo tanto, están privadas de participar en condiciones previstas exclusivamente para quienes se constituyen como grupo parlamentario. El requisito del número de integrantes equivale al 5% del número legal de congresistas. Este porcentaje coincide con el relativo al porcentaje de votación electoral como condición para mantener su inscripción en el registro de partidos políticos que fija el inciso a) del artículo 13 de la Ley N° 28094, Ley de Partidos Políticos (el Registro de Organizaciones Políticas, de oficio o a pedido de los personeros legales, cancela la inscripción de un partido político cuando no había alcanzado el 5% de la totalidad de los sufragios emitidos en una elección general, salvo que hubiese obtenido representación parlamentaria). Esta varilla cabalística es la que establece la condición para que la unidad de mínimos organizativos sea cumplida con

suficiencia. Naturalmente que la varilla puede ser más alta o más baja, y no faltarán criterios para sustentar el límite que discierna quién y cuándo puede constituirse como grupo. Lo central es que el 5% es el borde establecido por la norma. Lo que corresponderá en adelante es examinar empíricamente las ventajas y desventajas que este límite aporta en la organización del trabajo parlamentario. En principio no habría razón por la cual presumir que ese borde es muy alto, como tampoco lo hay de que es muy bajo y que debe elevarse a, por ejemplo, el 10%.

La razón de ser o finalidad de la definición de mínimos para la organización de la labor parlamentaria es la necesidad de nuclear las tendencias y evitar o disminuir la dispersión de las alternativas. El propósito es favorecer la creación de unidades integradas de ideas e intereses que porten diferencias de tendencias comunes. El objetivo no es anular las diferencias sino nuclearlas a través de posiciones más o menos comunes. A inicios del período 2001-2006 llegaron al Congreso representantes de 10 distintos partidos políticos (Perú Posible, con 45; Partido Aprista Peruano, con 28; Unidad Nacional con 17; Frente Independiente Moralizador, con 11; Unión por el Perú, con 6; Somos Perú, con 4; Acción Popular, con 3; Cambio 90-Nueva Mayoría, con 3; Solución Popular, con 1; Todos por la Victoria, con 1; y Renacimiento Andino, con 1). Como consecuencia de la aplicación del mínimo para la constitución de grupos parlamentarios, estas 10 posiciones partidarias quedaron en 6 (Perú Posible con 45 miembros; Partido Aprista Peruano, con 28; Unidad Nacional, con 17; Unión Parlamentaria Descentralista, con 13; Frente Independiente Moralizador, con 11; y los no agrupados, compuesto por 4 congresistas).

Fijar en 5% el número mínimo de congresistas para formar grupo llevaría a que en el plano teórico pudieran haber un máximo de 20 grupos, cada uno constituido por 6 miembros. Sin embargo, en el desarrollo del período 2001-2006, no obstante las modificaciones al interior de cada uno de los grupos parlamentarios, el número de grupos no ha sido menor a 6, ni ha sido mayor a 8, incluido, en ambos casos, la fracción de los congresistas no agrupados. Los grupos con el menor número de integrantes han mantenido un total de alrededor de 10 congresistas, lo que equivale al 8%.

La configuración del modelo de grupos parlamentarios, a partir de la experiencia del período 2001-2006, parece llevar a la percepción que el límite del 5% sí es razonable, porque el Congreso peruano sí está en capacidad de coordinar los pareceres o intereses nucleados de entre 6 y 8 grupos. En cuanto a la solidez e integración de cada uno de estos grupos, dependerá del nivel de representatividad y pluralidad de los productos institucionales del Congreso. De modo que si estos 6 u 8 grupos están adecuadamente representados en cada uno de los órganos directivos, consultivos o investigadores, el Congreso puede tener un mínimo de certeza que sus decisiones sí son representativas de la diversidad de fuerzas políticas presentes.

Si el número de grupos fuera menor, probablemente se sacrificaría la diferencia de la pluralidad de las agrupaciones a favor de menor número de bloques que coordinar. Si el número de grupos fuera mayor, la consecuencia sería que habría mayores dificultades de atender la demanda de mayor cantidad de

agrupaciones; ello significaría que al afirmar la pluralidad de las diferentes fuerzas e intereses políticos se sacrificaría en eficiencia y manejo administrativo. Son dos valores y principios en juego: representatividad de la pluralidad, y eficiencia en la gestión pública. El mejor modelo es uno en el que se combine adecuadamente una gestión pública eficiente, sin lesionar la pluralidad y representatividad de los diferentes grupos y bloques políticos. En la medida en que no se han presentado requerimientos ni quejas por el límite de 5% fijado, parece ser que el sistema funciona adecuadamente.

Siendo así que la norma parece contar con niveles razonables de aceptación, queda claro que el requisito para constituir grupo parlamentario en la República tiene sentido a nivel corporativo y es funcionalmente adecuado. Sin embargo, el requisito de número no basta para que el grupo tenga garantizada su existencia y reconocimiento reglamentario. El Reglamento del Congreso señala que los grupos necesitan registrarse ante Oficialía Mayor, que para este efecto centraliza la inscripción y administra el proceso de formación, modificación y extinción en el estatuto de cada grupo. El propio Reglamento no prevé como exigencia para la inscripción de los grupos parlamentarios la adopción de un documento societario, quedando por tanto en libertad cada uno de organizarse de modo formal o no. Cada grupo está en libertad de acordar el modo y período de elección de sus directivos, portavoces u otro tipo de autoridad corporativa; el plazo de sus mandatos; los poderes y el alcance del carácter vinculante de las posiciones que exprese según la materia o el órgano en el que se manifieste; el tratamiento del disenso y la disciplina interna; o los métodos de participación en sus acuerdos y de adopción de sus decisiones.

6.4. Derechos de los grupos parlamentarios

Los derechos constitucionales de los grupos parlamentarios son sobre el espacio, los recursos y el personal. Estos derechos se concretan en lugar, espacio y oficina para recibir, organizar y deliberar; materiales de oficina, útiles de escritorio, recursos de telecomunicaciones e informáticos; y una partida para cubrir la contratación del personal de confianza que atienda las necesidades de asesoramiento, asistencia, apoyo, y operativas de cada grupo.

Sin embargo, probablemente más importante que los derechos que la Constitución reconoce a los grupos parlamentarios sea el distingo que prevé el Reglamento del Congreso en cuanto a la facultad de acceso a los órganos de organización y coordinación de la labor parlamentaria. No se trata de las limitaciones respecto a la inclusión y extensión en el uso del tiempo en el debate. Está relacionado con la exclusión en la distribución de puestos en el Consejo Directivo, la Junta de Portavoces y las comisiones ordinarias.

Según el Reglamento del Congreso el Consejo Directivo está integrado por los representantes de los grupos parlamentarios elegidos por su respectivo grupo (artículo 30); la Junta de Portavoces está compuesta por un portavoz por cada grupo parlamentario, quienes tienen un voto proporcional al número de miembros que componen su bancada (artículo 31-A); y, la Comisión Permanente, es conformada guardando proporcionalidad de /os representantes de cada grupo parlamentario (artículo 42). Además, el propio Reglamento del

Congreso indica que la distribución de las directivas de las comisiones respeta la proporcionalidad de /os grupos parlamentarios que componen el Congreso. Por lo tanto, solo quienes son miembros de un grupo parlamentario pueden acceder a puestos de decisión y coordinación de la dirección de la agenda, del trabajo, y del trámite de los procedimientos parlamentarios.

No existe una norma que reconozca el derecho de los no agrupados a participar en ninguno de estos órganos. Esta situación es concordante con un régimen normativo que no obliga a los congresistas a formar grupo, sino que lo mantiene como una opción, como una facultad, como una preferencia a la que puede o no pueden adherir quienes eligen no participar como grupo. Si bien una preferencia como esta dificultará su participación en el ejercicio de la función directiva del Congreso, es parte de su potestad agruparse o no y, por lo tanto, de asumir las consecuencias de tal opción. Si quieren no agruparse, el efecto de esta decisión importa la valoración del resultado esperable. Si es su voluntad y propósito no dejar de intervenir en la dirección y coordinación de la agenda y procedimientos del Congreso, el precio les será más caro que si les es indiferente el desarrollo de esta función.

Un régimen de estas características muestra el incentivo que fija el ordenamiento parlamentario peruano para la organización de sus labores con la intermediación privilegiada de grupos, en vez de los congresistas individualmente considerados. Es cierto que de esta manera se deja de lado la regla de que cada representante individualmente considerado es titular de los mismos derechos [(no obstante que el Reglamento del Congreso dice en el inciso d) del artículo 22 que todo congresista tienen derecho a ser designado miembro de la Comisión Permanente o del Consejo Directivo), pero esta regla queda modulada por el principio de organización a través de bloques o tendencias centrales y básicas de ideas o intereses afines o comunes. Es una forma de afirmar una posición que fortalezca la presencia de los partidos o agrupaciones políticas en el Estado, como agentes de intermediación y de enlace entre la sociedad y el Estado. Concretar la representatividad, la pluralidad y la proporcionalidad a través de los grupos parlamentarios es una forma, también, de afirmar que la representación de la nación no viene adscrita con los individuos sino con las agrupaciones organizadas para participar e influenciar en las tareas colectivas de la República. Y ello no porque se niegue ni minusvalore el papel del individuo en la vida política nacional, sino porque se considera que el Estado precisa de una organización política que se proteja frente a la anomia y a la disipación que trae consigo el diseño de un régimen político en el que las individualidades dificulten la concepción de las responsabilidades públicas a partir de la visión y preferencias de los individuos en vez de las agrupaciones en las que se concretan tendencias centrales de la pluralidad y de la diferencia.

6.5. Dirección y organización de los grupos parlamentarios

Con el objetivo de que cada grupo esté representado es preciso que a cada miembro del grupo le toque representarlo ante los órganos del Congreso en los que los grupos tienen representación. Uno de los puestos del grupo es el de la condición de portavoz. En otros regímenes parlamentarios el portavoz es el

presidente del grupo parlamentario y tiene a su cargo el liderazgo y dirección del grupo.

En el régimen peruano el portavoz de grupo no es un cargo similar al que corresponde al presidente o secretario general de un partido político. Los grupos pueden tener portavoces según el órgano o tema respecto del cual sea pertinente expresar la posición de cada grupo. Los portavoces pueden serlo ante el Consejo Directivo o la Junta de Portavoces, tanto como pueden serlo ante cada comisión ordinaria o en el debate de una materia en el Pleno del Congreso que no haya sido objeto de estudio ni discusión en comisiones, como ocurre, por ejemplo, en los debates de investidura del gabinete o en los que se realiza para la interpelación o censura de los ministros.

Por lo tanto, existe una dualidad de definiciones organizacionales. En los casos en los que los grupos parlamentarios son entidades representativas de los partidos políticos, es más fuerte la posibilidad de que los partidos cuenten con una estructura organizacional paralela que no quede necesariamente reflejada en la organización de los grupos parlamentarios. Sin embargo, en los movimientos o agrupaciones políticas sin otro tipo de proyección política excepto la de actuar en el Estado a través de instituciones de Gobierno es mucho menos probable que la estructura directiva de los grupos parlamentarios no refleje la misma e idéntica estructura que la del movimiento o agrupación política.

En la práctica ocurre que los portavoces son elegidos con periodicidad anual y rotativo, y que los principales líderes tienen mayor presencia como portavoces en el Consejo Directivo y en la Junta de Portavoces, así como cuando se debate la investidura, una interpelación o una censura. Los portavoces ante las comisiones ordinarias son por lo general aquellos congresistas que se identifican como interesados o conocedores en un tema que les es afín o que es propio de su experiencia o profesión. Los profesores o ex ministros de Educación, por ejemplo, se agrupan en la Comisión de Educación; los ex militares en la Comisión de Defensa; los médicos en la Comisión de Salud; los dirigentes étnicos en la Comisión Agraria o de asuntos étnicos; los ex alcaldes en la Comisión de Descentralización; los economistas o empresarios en la Comisión de Economía o de Presupuesto; y los contadores en la Comisión de Presupuesto y Cuenta General. Pero esta no es una regla fija, en particular a partir de la consideración que hay materias respecto de las cuales no hay profesionales del área, como en la Comisión de Relaciones Exteriores, en la que debieran registrarse los representantes que hubieran pertenecido al servicio diplomático, o quienes hubieran sido ex cancilleres.

Sin embargo, el criterio de especialidad profesional o de experiencia puede no tener la gravitación que se asume pudiera corresponderle en la práctica. En relación con la representación de los grupos en las comisiones ordinarias, por ejemplo, el nivel básico de organización que estos órganos tienen en el trabajo parlamentario, caracterizado por el escaso nivel de impacto en el debate parlamentario que se realiza en el Pleno, los grupos parlamentarios carecen de representantes suficientemente apoderados para llevar la posición del grupo.

Los representantes de los grupos parlamentarios en las comisiones carecen de capacidad para vincular a los grupos.

Si bien la poca capacidad de vinculación entre grupos y comisiones ordinarias es en gran parte resultado de la deficiente organización del régimen de comisiones, en el que el número excesivo de comisiones impide la fortaleza y capacidad de que los grupos queden representados, no es menos, resultado del precario nivel de organización de los propios grupos. Aun cuando la institución les reconoce oficinas, materiales de escritorio, y personal, no existe desarrollado el concepto de que las materias que se discuten en comisiones o en el Pleno requieren niveles de coordinación mínimos pero seguros en los grupos parlamentarios.

Los grupos parlamentarios no pueden quedar representados adecuadamente en el Consejo Directivo, en la Junta de Portavoces ni en las comisiones del Congreso, si previamente ellos no anuncian las materias de debate ni las discuten al interior de sus grupos. Si el número de miembros de un grupo parlamentario fuera suficientemente elevado sería exigible incluso que cada grupo pudiera contar con una organización paralela a la del Congreso, con Pleno y comisiones dentro de las cuales se llegue a articular el trabajo del Congreso dentro del grupo. En la actualidad la relación entre grupos parlamentarios y los órganos institucionales del Congreso se realiza de manera informal, sin ningún tipo de exigencia normativa. Cada grupo está librado a su propia iniciativa y sus decisiones no están sujetas a ningún criterio de validez. Por lo tanto, el carácter vinculante que pudiera tener la expresión de la posición de los congresistas en los órganos a los que pertenecen en nombre de sus grupos no llega a tener carácter representativo sino a nivel nominal.

Finalmente, de la mayor organización de los grupos parlamentarios depende el mayor impacto de las decisiones institucionales. Las decisiones del Congreso serán tanto más sólidas, fuertes y legítimas cuanto más articulados queden definidos los temas pendientes entre los grupos parlamentarios y los órganos del Congreso. La funcionalidad del Estado, en último término, no escapa de la organización y capacidad de penetración que tengan los grupos parlamentarios en la organización e institucionalidad del Congreso. Cuanto menor sea el paralelismo organizacional y cuanto mayor sea el uso efectivo de los niveles institucionales de organización parlamentaria por los grupos políticos, el Estado contará con mayor fortaleza y consistencia orgánica. Lo demás dependerá de que los partidos o agrupaciones políticas sean auténticamente representativas como vehículos organizados de la voluntad política de la República. De la fidelidad con la que recogen el sentimiento político de la colectividad depende el respaldo en el sufragio. Si carecen de una visión compartida y respaldada por la comunidad no hay modo de entender cómo llegan a posiciones de representación estatal si no es otro que el pueblo quien opta y los elige.

7. Presupuesto y gobierno de la economía del Congreso

La referencia al presupuesto y economía del Congreso es concordada usualmente con los artículos 77 y 79 de la Constitución. En el primero se registra la naturaleza constitucional del presupuesto de la República, como

marco de definición de los ingresos y egresos del Estado en planes y partidas presupuestales. En el segundo la definición de la capacidad negativa de los representantes para crear ni aumentar gastos públicos, así como su competencia reservada positivamente para hacerla en relación con el presupuesto del Congreso.

El proceso de formulación, elaboración, estudio, discusión y aprobación del presupuesto público del Perú no se ha caracterizado por basarse en la evaluación de los requerimientos a partir de los ingresos previstos sino, en general, según una demanda coyuntural insatisfactoriamente comparada con los recursos disponibles. Para definir los montos previsibles para cada área debe pasarse por un proceso de priorización en la atención de necesidades y aspiraciones colectivas, y tal priorización tiene como base el reconocimiento de un hecho material. Ese hecho material es que la atención ilimitada de necesidades es imposible. No todas las necesidades pueden ser cubiertas. Si el presupuesto es una norma, la norma no podrá ser mejor que las limitaciones materiales con las cuales se incluye la atención de ciertas aspiraciones y necesidades y se excluyen otras. En la misma medida, los Gobiernos, los Congresos y el propio Estado no reciben mejor reconocimiento que el derivado de la sagaz y estratégica definición de las prioridades de atención seleccionadas e incluidas en el presupuesto.

Si no todas las necesidades y aspiraciones son atendibles, es esperable que las necesidades que no alcanzan a ser incluidas entre las que se prevé atender supondrán reclamos, demandas y protestas sociales para su inclusión. El presupuesto, en consecuencia, es una herramienta de adjudicación de recursos para atender necesidades colectivas por las que se responsabiliza al Estado. Pero el otro lado de esta realidad es que los proyectos incluidos en un año fiscal encubren la no atención de otros proyectos que quedaron sin reconocimiento en las prioridades acordadas. La decisión de qué es estratégico atender y en qué medida, y qué debe permanecer sin atención o con atención limitada, es una decisión política. La calidad de la decisión depende de una adecuada evaluación de los recursos disponibles así como de la capacidad de comunicar qué debe merecer el sacrificio de todos y qué debe aguardar una posterior oportunidad por insuficiencia de recursos.

Por ello la elaboración del presupuesto se sustenta en el sentido del Estado para quienes desde una posición operativa tienen autoridad para planear y presupuestar.

De allí que según el concepto de Estado de la autoridad representativa se advierta la modalidad en la que se define cómo atender las obligaciones públicas. Si se concibe al Estado como un ente subsidiario de la iniciativa privada, la responsabilidad prioritaria se aplicará en proyectos básicos en materia de seguridad, salud y educación. Si se concibe al Estado como agente de inversión, será parte del marco presupuestal una incursión en ámbitos de otra forma reservados para la empresa e iniciativa privada.

Estado subsidiario o Estado empresario, esos son los paradigmas centrales desde los cuales se maneja y usa con carácter pendular el presupuesto de la

República y ese manejo y uso, según la Constitución, es una atribución antes del Gobierno que del Congreso.

Si la definición del programa presupuestal que rige la economía pública supone la participación de Gobierno y Congreso, ello significa e implica una mentalidad educada tanto en la concepción de escenarios como en la de la definición de la posición que corresponde al Estado en cada uno de ellos. Una mentalidad capacitada para comprender la naturaleza y alcances de la racionalización y priorización de la atención y aspiraciones priorizadas en ambos órganos del Estado. La educación para la priorización según escenarios presume también la capacidad de manejo de la demanda excluida en el presupuesto. Y se espera que esta misma mentalidad y educación sea compartida por los destinatarios de la acción estatal, sea por recibir o por dejar de recibir recursos escasos que, en último término, son los que pueden distribuirse según la mayor o menor riqueza privada de quienes contribuyen en la propia comunidad.

El Congreso participa en dos momentos en el proceso presupuestario. Uno de esos momentos es en la discusión del presupuesto elaborado y propuesto por el Gobierno. Si bien los congresistas no tienen iniciativa en el gasto, sí pueden afectar la estructura de gastos mediante el proceso de debate y votación del presupuesto del sector público. Y el segundo momento es en el proceso de elaboración y aprobación de su propio presupuesto, que es al que se refiere el artículo 94 de la Constitución.

El artículo 94 de la Constitución distingue el gobierno de la economía del Congreso y la facultad de fijarse a sí mismo su presupuesto. Sin embargo, el Congreso no puede gobernar regularmente su economía sino dentro del marco 'presupuestal'. El presupuesto contiene los límites de la economía del Congreso. Únicamente cuestiones coyunturales de fuerza mayor pueden justificar el gobierno de la economía del Congreso fuera de las restricciones que aparecen en el presupuesto.

La claridad en la relación entre economía y presupuesto es importante. No basta con tener la voluntad y tomar la decisión de realizar cualquier acción institucional. El Congreso es autónomo e independiente de las otras ramas del gobierno. Tiene el poder de representar a la República. Sin embargo este no es un poder absoluto ni ilimitado. Los recursos del Estado son recursos públicos. El Estado es responsable ante la República, ante la colectividad, ante todos y cada uno de los contribuyentes que aportan en vista del proyecto comunitario que es vivir con una misma visión, en un espacio que garantice la convivencia de la pluralidad de proyectos individuales y las diferentes preferencias de estilos y de opciones de vida, sean personales o grupales. En vista de la responsabilidad conjunta de contribuyentes y de representantes, es indispensable e impostergable la realización de esfuerzos para integrar la obtención de logros con el esfuerzo conjunto de los diversos grupos políticos presentes en el Congreso.

La definición de dónde sean aplicados los medios y los recursos escasos de la comunidad, demanda el acuerdo sobre la priorización de metas y objetivos colectivos. Resulta imperativo identificar qué es estratégico para el país en

general y qué es estratégico para el Congreso en particular. Conceptuar cuáles son las líneas de acción prioritarias para el país y para el Congreso, a través de los representantes autorizados para dirigir el destino público del país, es una exigencia de primer nivel metodológico.

El artículo 94 se refiere de modo particular al presupuesto y a la economía del I Congreso y les sobre este ámbito respecto del cual es preciso aplicar el manejo de la organización parlamentaria. Es debido a que el Congreso es elegido por un período de cinco años que los esfuerzos más grandes debieran realizarse para programar las metas de la institución parlamentaria en igual plazo. Si bien no es imaginable la congelación de las fuerzas políticas durante cinco años, ni cabe esperar que la realidad y proyectos políticos se detengan en ese mismo período, no es menos cierto que todo logro institucional depende del reconocimiento de los límites que todo grupo humano tiene para procurar alcanzarlos. No puede dejar de desearse ni de anhelar y soñar.

Pero el deseo, el anhelo, la ilusión y los sueños que inspiran y nutren la acción política toman cuerpo en comunión con el principio de realidad y no a sus espaldas.

El presupuesto del Congreso es el límite para el gobierno de la economía. No basta con pedir, demandar o exigir. Es necesario acordar cuál será la meta colectiva de la pluralidad y diversidad de fuerzas políticas. Ese esfuerzo consiste en examinar con sinceridad y sentido de compromiso qué objetivos o metas comunes serán a los que se aplicará el mayor tiempo y recursos organizacionales. La programación de prioridades colectivas estratégicas es el límite dentro del cual se gobierne la economía del Congreso. Gobernar el Congreso dentro del presupuesto racional y consensualmente programado es el principal indicador de buen o mal gobierno. Este es un criterio de gestión que es tan aplicable a la empresa privada como a las instituciones públicas. Una economía sin programación induce al desgobierno y al dispendio. Y en un país que pretende su propio desarrollo resulta imperdonable el desorden presupuestario y económico.

El Congreso no tiene autonomía para vulnerar el orden presupuestal. Tampoco la tiene para llevar adelante procesos presupuestales anómicos ni caprichosos. El presupuesto del Congreso es un acto de ordenamiento y de compromiso entre todas las fuerzas políticas. No existe presupuesto sin convicción de su carácter obligatorio para todos, ni de su permanencia durante, por lo menos, el período constitucional dentro del cual toca servir a la totalidad de representantes. Este es el sentido constitucional de este artículo. Sí existe un sentido y significación específicos. La concepción del presupuesto es un acto de disciplina, de orden y de compromiso. El presupuesto no es un instrumento de organización cuyo sentido importe el amparo o sustento de uso y gasto indiscriminado de recursos.

El presupuesto del Congreso es una herramienta que corresponde usar y aplicar con convicción y con seriedad, según la naturaleza que tiene todo instrumento que permite ordenar la administración de recursos escasos. Si los recursos son escasos, lo único admisible es tomar un acuerdo para orientarlos y adjudicarlos según un orden de importancia definido por los actores del

proceso presupuestario. Una vez decidido qué es estratégico para el Congreso por todos esos actores, el presupuesto programado debe honrarse y respetarse. La economía del Congreso se gobierna a partir del compromiso y responsabilidad asumidos en el acuerdo entre todos los grupos políticos con representación parlamentaria.

En el curso de la historia del Congreso no hay una única tendencia en la concepción del presupuesto. Existen varias tendencias. Dependen del desarrollo del rol promotor del Gobierno en la economía nacional durante épocas de intervencionismo, y del rol subsidiario del Estado en épocas de promoción de la iniciativa privada (en épocas de crecimiento estatal y de intervencionismo parece que el presupuesto del Congreso es mayor que cuando prima el paradigma del achicamiento del Estado y de la promoción de la intervención privada). Dependen también de si el Congreso tiene la misma mayoría política que la del Gobierno, o si es un Congreso más bien opositor (cuando la mayoría es la misma el presupuesto del Congreso es menor, y crece cuando el Congreso es opositor).

Otra correlación .presumible es que cuando se prevé la afirmación de un concepto activista y participativo del Congreso en su relación con la sociedad civil, de corte esencialmente plebiscitario, se tiende a inflar más el presupuesto (tanto por el mayor número de actividades extraparlamentarias, el requerimiento de inversión en una estructura de proyección social y descentralizada, como por la exigencia de contratación de más personal de confianza al que los congresistas delegan la atención de requerimientos estrictamente institucionales); por oposición a épocas en las que el énfasis es en un concepto propiamente institucional inherente al concepto de democracia representativa. La afirmación del papel propiamente representativo de los congresistas refuerza su responsabilidad directa y personal en el desarrollo del estudio y de los debates de la diversidad de materias estatales sobre las que debe decidir el Congreso, en la que adquiere menor relevancia el personal de confianza cuya presencia tiende a ampliar la planilla de personal).

Tener claridad sobre la finalidad institucional del Congreso es la premisa esencial de la que depende en gran medida cómo se conciben las prioridades de adjudicación de medios para alcanzar las metas. No es que solo haya un modo correcto de definir las estrategias prioritarias del Congreso, pero sí hay un modo correcto de gobernar su economía. Ese modo correcto es el de darle al acuerdo entre todas las agrupaciones parlamentarias sobre necesidades y prioridades presupuestales estratégicas el valor de un programa que todos deben respetar y al que todos se comprometen ineludiblemente en seguir. Sin el compromiso de honrar el acuerdo colectivo sobre metas y objetivos prioritarios y estratégicos ni del presupuesto ni de la economía del Congreso, puede afirmarse que se trata de actos parlamentarios moralmente confiables ni políticamente serios.

8. Régimen del servicio parlamentario

El artículo 94 de la Constitución señala que el Congreso nombra y remueve a sus funcionarios y empleados, y les otorga los beneficios que les corresponden

de acuerdo a 10'. Es en esta disposición en la que tiene sustento la constitución del servicio parlamentario, con un estatuto similar al que cuenta el servicio diplomático u otros como el militar o policial. Ese es el requerimiento previo para el desarrollo de una atención institucional de la representación nacional. El personal del Congreso garantiza la institucionalidad de los procedimientos y de la organización parlamentaria.

Que la Constitución establezca en una disposición expresa el papel del Congreso en el proceso de nombramiento y remoción, o el otorgamiento de los beneficios respectivos, no es resultado del azar ni carece de razón de ser. La Constitución tiene una finalidad cuando dedica un espacio especial a la relación que tiene el Congreso con su personal. Su finalidad es precisamente asegurar que -en medio de la volatilidad quinquenal que tiene la composición del Congreso, o la mutabilidad frecuente en la reestructuración de las mayorías en un mismo período constitucional (y a veces incluso anual)-, la aplicación del derecho y procedimientos parlamentarios se mantenga y asegure la continuidad y permanencia institucional de esta entidad estatal. El personal del Congreso tiene como misión fundamental velar por la continuidad de la institucionalidad. De ahí la importancia de reconocer en el servicio parlamentario una columna esencial en el fortalecimiento de la organización del Estado.

Si la misión es asegurar la continuidad institucional, de ello se deduce la importancia de la profesionalización y disciplina de sus cuadros. De la capacitación y perfeccionamiento en el desempeño de las funciones institucionales -que van de la mano con el respeto de la estructura organizacional, la línea de carrera, la jerarquía y las líneas regulares de comunicación e interacción-, depende el éxito de la labor que pueden tener los representantes no menos que la calidad del impacto que ofrezca con su trabajo el Congreso a la comunidad.

En consecuencia, la referencia al nombramiento del personal y al otorgamiento de los beneficios que le corresponden no carece de significación. Sí hay una finalidad normativa expresa al explicitar la presencia del servicio en el mismo artículo en el que se afirma la autonomía del Congreso como expresión y aplicación concreta del principio de separación de poderes.

El servicio parlamentario no es parte de la administración pública. El Congreso tiene personal nombrado de funcionarios y empleados y su objetivo es la atención de un órgano del Estado con una meta política y funciones institucionales distintas a las del Gobierno o de otros órganos estatales. No son metas ni funciones reductibles ni asimilables. Requieren el reconocimiento y mantenimiento de un nivel claro y esencial de diferenciación funcional. No existe, por tanto, integración ni identidad con el sistema de personal propio del Poder Ejecutivo. El personal del Congreso apoya en el cumplimiento de fines estatales diversos y constitucionalmente separados a los del Gobierno y de la judicatura, y su labor compromete la vigencia efectiva de principios constitucionales esenciales a la práctica de un Estado republicano, en el que el poder no se concentra en una persona, grupo ni órgano institucional.

El servicio parlamentario es, no obstante, resultado parte de un proceso inconcluso. Al momento en que se produce el autogolpe de 1992 el Congreso tenía un servicio parlamentario disímil en la Cámara de Diputados y en el Senado de la República. El primero se caracterizaba por la afirmación de una escuela en la que el principio central era el respeto a las normas y procedimientos vigentes y en la lealtad a la línea de carrera. Es en ese servicio parlamentario en el que se respalda de manera directa la Presidencia de la Cámara, según un modelo que tenía inspiración en la tradición del servicio parlamentario de países europeos. De modo distinto, en el Senado no llegó a afirmarse un cuerpo estructurado, y su personal se educó en la escuela de la adhesión permisiva a la voluntad y decisiones de la autoridad política, según un modelo prevaleciente de la administración del Congreso de los Estados Unidos de América (spoiling System).

A partir del autogolpe de 1992 se genera una actitud contraria a las tradiciones políticas, lo cual afectó la estructura que existió en la Cámara de Diputados, en la que se afirmaban la virtud, la disciplina y la tradición política e institucional europeas.

Convenía al proyecto político iniciado en 1992 la desestructuración de un cuerpo formado en la vivencia de valores institucionales y en la dinámica de una burocracia identificada con los horizontes del Estado Constitucional de Derecho. En consecuencia con ese proyecto se procedió a quebrar la tradición, el orden y disciplina en que se educó el personal de la Cámara de Diputados, para permitir y facilitar la consolidación del personal del Senado, proclive más al aprendizaje y práctica de la sujeción a la voluntad política de los representantes, que a la afirmación del derecho y de la racionalidad organizacional. La virtud del servicio parlamentario, de esta manera, derivó en el vicio institucional mediante el cual la voluntad política de la representación se constituye en árbitro del servicio estatal, en exclusión y desconocimiento del sentido propio de una estructura institucional encargada de garantizar la permanencia de las normas y procedimientos del Parlamento, los cuales expresan la institucionalidad parlamentaria.

Actualmente, luego del proceso de desmontaje de la estructura que se armó en la Cámara de Diputados, el Congreso no tiene una línea de carrera ni su personal un estatuto que garantice el acceso, promoción y desarrollo según sus fines institucionales, el mérito, la lealtad y la comprensión de la naturaleza estatal de la carrera pública en el Parlamento. En alguna medida la ausencia de carrera y de estatuto trae como efecto la sobrevivencia de un tipo de administración y un perfil de personal que trata de mantenerse o ascender medrando -con mayor o menor nivel de complacencia u obsecuencia- a la sombra del poder político, y desconociendo la autoridad en la línea de carrera. En consecuencia, el servicio parlamentario propiamente dicho no cuenta con el necesario respaldo para su reconocimiento, para su desarrollo ni para su consolidación como columna estructural de las funciones parlamentarias del Estado.

Desde otro punto de vista, la cultura organizacional del Congreso es adversa al cambio y no confía en la lealtad a la institución a la que pertenece. Su opción es por el favor que solicita y que presta a los representantes a quienes pide

apoyo y a quienes apoya. El resultado obvio es una organización fragmentada y dividida, sin el debido soporte en la lealtad del personal. Definitivamente, no es el lugar donde quepa proponer, aún, un estilo de administración u organización horizontal, en particular debido a la concepción anárquica desestructurante del papel que tiene un grupo importante de trabajadores, o de la concepción de otros que, sumidos en el temor o la desconfianza, asumen como su misión principal retener el puesto al precio que fuera.

Una organización con escaso nivel de creatividad e inventiva, que confunde disciplina con obediencia irreflexiva, no es un espacio favorable a la conformación de un servicio profesional y creativo para el que la disciplina no sea ejercida sin la combinación adecuada entre lealtad y actitud constructivamente crítica. La misión del servicio parlamentario es fortalecer y consolidar la institucionalidad de un órgano del Estado cuya finalidad es proteger a la República. La tradición del servicio demanda el compromiso de funcionarios y empleados que aporten sin claudicar ni resignarse frente a un estado de cosas nocivo. La tradición demanda también, que ese mismo servicio tome la iniciativa y deje atrás una actitud pasiva improductiva. Para que el servicio parlamentario esté a la altura del ideal político al que obedece su existencia su personal requiere el desarrollo de esa capacidad y equilibrio dialéctico entre la apropiación y mantenimiento activos de una conducta crítica contra la complacencia, y la conservación también crítica de la herencia, prácticas, tradición y costumbres que le dan naturaleza e identidad al Parlamento en el régimen político.

Más allá de la realidad moral del plantel de trabajadores de la institución parlamentaria, al Congreso corresponde reconocer un estatuto que institucionalice las relaciones organizacionales, en el que quede definida una estructura y una jerarquía basadas, en primer lugar, en la vivencia de los valores y principios en cuya virtud nace el Parlamento como institución política en la República, pero una estructura y una jerarquía, también, basadas en la identificación racional de los procesos, de los puestos y de los cargos requeridos para la atención de las diversas funciones por las que es tradicional y constitucionalmente responsable la organización. En tanto el acceso al servicio sea un proceso decidido a partir de cuotas para los diversos grupos con presencia en el Congreso, no es posible la existencia de un servicio parlamentario capaz de cumplir la misión institucional que el Estado requiere. Si los representantes avalan al personal que desborda a su propia organización y este busca favores, se impiden a sí mismos una mejor calidad en el servicio. No hay institución que esté capacitada para desempeñarse eficientemente ni soportar el minado de su estructura con el desborde que patrocinan quienes, en nombre de la confianza del personal que necesitan, no vacilan en desarticular la racionalidad, estructura, organización, orden y jerarquía del personal. El régimen del personal del Congreso necesita una columna medular que no se quiebre. Y ello depende tanto del propio personal como de los representantes a los que este personal sirve, apoya, asesora y atiende.

Un servicio parlamentario fuerte, integrado y estructurado, es la única garantía de apoyo serio para alcanzar la posición que el régimen político le adscribe al Congreso. Es hacia el estatuto de ese servicio parlamentario al que debe ir el

Congreso como parte del proyecto de institucionalización de la democracia y de la consolidación del Estado constitucional de Derecho. El nombramiento y remoción del personal del servicio parlamentario -siendo como es una atribución de los representantes-, así como el reconocimiento y otorgamiento de los beneficios que le corresponden, exigen la anteposición del interés público sobre el privado. No es misión del servicio parlamentario adoptar una actitud concesiva ante la demanda, ante la orden ni la imposición, cuando ello importa el quebrantamiento de normas y prácticas que rigen porque el servicio a la institución las ha establecido y así lo requiere. Es por ello que la relación de confianza entre el personal y los congresistas debe quedar y mantenerse supeditada al respeto por la finalidad y estructura propia del servicio, independientemente de las creencias y vínculo político de quienes lo integran.

DOCTRINA

ALONSO DE ANTONIO, José y ALONSO DE ANTONIO, Angel. Derecho Parlamentario. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000; BERNALES BALLESTEROS, Enrique, RUBIO CORREA, Marcial y otros. La Constitución de 1993: análisis y comentario. En: "Lecturas sobre temas constitucionales". N° 10. Lima, 1994;

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: análisis comparado. Ciedla. Lima, 1996; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. El mandato parlamentario. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1991; CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso de la República. Edición oficial. Lima, 2001; CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993: lectura y comentario. Cuarta edición. Antonella Chirinos Montalbetti. Lima, 1997; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999; SANTAOLALLA LOPEZ, Fernando. Derecho Parlamentario español. Editora Nacional, Madrid, 1983.

Irrenunciabilidad del mandato legislativo

Artículo 95

El mandato legislativo es irrenunciable.

Las sanciones disciplinarias que impone el Congreso a los representantes y que implican suspensión de funciones no pueden exceder de ciento veinte días de legislatura.

CONCORDANCIAS:

c: arts. 41, 94, 96,99 Y 100;
T.D.O. Rgto. Congreso: arts. 15,24 inc. c);
Ley 26534: arto 1;
D.D.D.H.: arto 10;
P.I.D.C.P.: arto 14

Jorge Luis León Vásquez

1. Antecedentes

La irrenunciabilidad del mandato parlamentario en nuestra Constitución histórica ha pasado por dos estadios bien definidos. Se ha transitado, en consecuencia, entre el carácter relativo de la misma y su consagración con carácter de absoluto. Así se puede distinguir una primera fase caracterizada, precisamente, por la relatividad de la irrenunciabilidad del mandato parlamentario. En efecto, desde que la Constitución Política de 1828 (artículo 46) prescribiera que "todo senador o diputado puede ser reelegido, y solo en este caso es renunciable el cargo", la irrenunciabilidad del mandato parlamentario, con carácter relativo, ha estado presente en todos los textos constitucionales que la sucedieron hasta la Constitución de 1933.

Así, la Constitución de 1834 (artículo 49) estableció que "los senadores y diputados pueden ser reelegidos, y solo en este caso es renunciable el cargo". Esta disposición fue reproducida exactamente con el mismo texto por la Constitución de 1834 (artículo 24). Del mismo modo, la Carta Magna de 1856 (artículo 53) vino a señalar que "el Congreso se renovará anualmente por terceras partes. Los representantes podrán ser reelectos y solo en este caso será renunciable el cargo"; la Constitución de 1860 (artículo 58), que "los diputados y senadores podrán ser reelectos, y solo en este cargo será renunciable el cargo"; la Ley Fundamental de 1867 (artículo 58) señaló que "los representantes podrán ser reelectos; y solo en este caso será renunciable el cargo"; y la Constitución de 1920 (artículo 82), que "los diputados o senadores podrán ser reelectos y solo en este caso será renunciable el cargo".

En la Constitución de 1933 (artículo 96) se introduce una ligera variante, pero que no altera, finalmente, el sentido y el contenido esencial de las Constituciones anteriores. En efecto, señala que "el mandato parlamentario es irrenunciable, salvo el caso de reelección", no obstante se precisa, además, que "la renuncia se presentará a la respectiva Cámara". Puede verse que las

notas que configuran y distinguen este primer periodo son dos: en primer lugar, se abre la posibilidad de renuncia al mandato legislativo (de ahí su carácter relativo); y, en segundo término, se aprecia un vínculo entre la reelección del parlamentario y la renunciabilidad de su mandato, al ser aquella el presupuesto de este. De ahí que sea posible derivar que solo los parlamentarios reelectos podían renunciar al mandato legislativo, mientras que para los que lo eran por vez primera esa posibilidad simplemente no existía⁹².

En un segundo momento, la característica predominante de la irrenunciabilidad del mandato parlamentario fue su configuración con carácter de absoluto. Este periodo se abre con la Constitución de 1979, cuyo artículo 178 previó que "el mandato legislativo es irrenunciable. Las sanciones disciplinarias que imponen las Cámaras a sus miembros y que implican supresión de funciones no pueden exceder de ciento veinte días de legislatura". Por su parte, la Constitución Política de 1993, en su artículo 95, ha dispuesto también que el mandato legislativo es irrenunciable. Sin embargo, a diferencia de las Constituciones anteriores, la de 1979 y la de 1993 establecen el carácter absoluto de la prohibición a la renuncia al mandato parlamentario, al no prever la posibilidad, bajo ningún supuesto, de que el parlamentario electo renuncie, ni siquiera cuando este sea reelegido. En consecuencia, se establece una diferencia muy marcada con la etapa anterior.

No obstante, al ser aquella diferencia definidora de una nueva configuración constitucional del mandato parlamentario, y como paso previo a encarar su análisis crítico, es que se hace necesario estudiar las razones que llevaron al constituyente a incorporar el carácter absoluto de la prohibición de renuncia a los parlamentarios una vez que estos han sido elegidos.

2. Fundamento de la renunciabilidad del mandato legislativo

Es necesario remitirnos a la Constitución Política de 1979, a fin de conocer las razones que llevaron al constituyente a consagrar la prohibición de renuncia al mandato legislativo. Del debate constituyente de 1979 se puede apreciar que lo que se pretendió con la proscripción de la renuncia de los congresistas no fue sino proteger al parlamentario de las presiones provenientes de cualquier sector. Por ello, se señaló en principio que "si ponemos el concepto 'renunciable', exponemos a presiones al diputado y al senador"⁹³; en otros contextos se señaló que permitir la renuncia podría llevar a situaciones políticas extremas, como por ejemplo, la dimisión masiva de representantes. De ahí que se aprobara, con algunos atisbos de contradicción⁹⁴, la supresión de lo que la Constitución de 1933 sí permitía.

A diferencia de la Constitución de 1979, la aprobación del artículo 95 de la Constitución de 1993 se realizó sin mayor debate⁹⁵. No obstante, algunos han

⁹² PAREJA PAZ-SOLDÁN, José. Derecho Constitucional peruano. 2ª edición, Lima, 1951, p. 220.

⁹³ COMISIÓN PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-1979. Diario de Debates. Tomo V. Edición oficial, Lima, 1980, p. 103.

⁹⁴ RUIZ ELDREDGE, Alberto. La Constitución comentada de 1979. s/e, Lima, 1980. p. 265

⁹⁵ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Diario de los Debates. Debate Constitucional Pleno-1993. Tomo II. Edición oficial, Lima, 1998. p. 1196

señalado que una disposición constitucional en el sentido de permitir que los parlamentarios renuncien tuvo como finalidad proteger al congresista "de las presiones de cualquier clase que pudieran ejercerse sobre él"⁹⁶. Se puede afirmar, por lo tanto, que el fundamento de la irrenunciabilidad del mandato parlamentario radica, por un lado, en el intento de proteger al congresista de las presiones que se pudieran ejercer sobre él; en segundo lugar, en no permitir que sus decisiones se vean mediatizadas por los intereses de un grupo de electores, de sus partidos políticos o del grupo parlamentario del cual forma parte, lo cual impediría el libre ejercicio de la función parlamentaria.

3. Análisis crítico de la irrenunciabilidad del mandato legislativo

Un estudio detenido del tema que ahora nos ocupa requiere de la precisión de algunos conceptos y categorías jurídico-constitucionales en orden a obtener su cabal comprensión. En tal sentido, es imperioso el análisis del (a) significado del mandato parlamentario, (b) la relación -si ella existe- entre la irrenunciabilidad del mandato legislativo y las prerrogativas parlamentarias, y (c) la conveniencia o no de mantener la irrenunciabilidad al mandato legislativo.

3.1. Del mandato imperativo al mandato representativo

La idea y noción del mandato parlamentario tiene su origen y desarrollo en la Edad Media⁹⁷. Su construcción teórica y práctica se realizó sobre las bases suministradas por una institución ius privatista como es el mandato⁹⁸. En efecto, durante la Edad Media, la representación se va a articular a través de la teoría del mandato imperativo; es decir, por un lado, el representante actúa solo en nombre de las personas que le eligieron y a los cuales representa, y por otro, el representante solo podía ejercer su función dentro del marco que sus electores habían delimitado, previamente, en los cahiers d'instructions -cuadernos de instrucciones⁹⁹.

Con el advenimiento de la revolución inglesa y francesa (siglo XVIII), la representación, entendida como mandato imperativo, se superó para dar paso a la teoría del mandato representativo. Ello significó la incorporación de dos principios esenciales, a saber: en primer lugar, que los parlamentarios ya no representan tan solo a los individuos que los habían elegido, sino que son representantes de toda la nación (principio del mandato representativo); en segundo lugar, que no están obligados a realizar u obedecer las instrucciones de sus electores (principio de prohibición del mandato imperativo)¹⁰⁰.

⁹⁶ CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993: lectura y comentario. 2ª edición. Nerman S.A., Lima, 1995, p. 163

⁹⁷ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. Curso de Derecho Constitucional Vol. II. 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 74 Y ss

⁹⁸ TORRES DEL MORAL, Antonio. Pasado y presente del Parlamento. En: MORA-DONATO, Cecilia (coordinadora). "Relaciones entre gobierno y Congreso". UNAM, México D.F., 2002, p. 612.

⁹⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Partidos políticos, representación parlamentaria e interdicción del mandato imperativo. En: AA.vv. "El Poder Legislativo en la actualidad". UNAM, México D.F., 1994, ! p.288

¹⁰⁰ BISCARETII DI RUFFIA, Paolo. Derecho Constitucional 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1987, p. 284

Estos principios han proyectado sus consecuencias hasta nuestros días; por eso no debe causar mayor asombro que el principio del mandato representativo y el principio de prohibición del mandato imperativo hayan sido acogidos en la Constitución de 1993 (artículo 93), la cual ha establecido que los congresistas representan a la nación y no están sujetos a mandato imperativo. Bajo estas precisiones, se puede afirmar que la auténtica dimensión del mandato parlamentario no es otra que la relación que existe entre los representantes y los representados, y cuyo contenido se manifiesta en que los parlamentarios representan a toda la nación y no están sujetos a mandato imperativo¹⁰¹; pero además, el mandato parlamentario ha de ser entendido como una relación constitucional en el tiempo, como soporte jurídico-instrumental de un proceso político y cíclico de legitimación democrática directa¹⁰².

3.2. Prerrogativas parlamentarias e irrenunciabilidad del mandato legislativo

Se ha afirmado anteriormente que uno de los fundamentos para la incorporación de una disposición como el artículo 95 en la Constitución de 1993 está en que la irrenunciabilidad protege de presiones externas a los representantes, dejándose entrever que es un elemento complementario de las prerrogativas parlamentarias. Pero cabe preguntarse: ¿realmente ello es así?

La doctrina constitucional clásica y la contemporánea han considerado, desde siempre, solo dos instituciones como elementos constitutivos del status parlamentario: la inviolabilidad (freedom of speech) y la inmunidad (freedom of arrest)¹⁰³. La primera de ellas -inviolabilidad- protege a los congresistas por las opiniones vertidas y por los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones; la segunda -inmunidad- impide que el congresista sea arrestado y procesado sin autorización de la Comisión permanente, salvo delito flagrante (artículo 93 de la Constitución). Cabe señalar que estas prerrogativas no son derechos personales de los parlamentarios, sino garantías funcionales del Congreso, de ahí que los parlamentarios no puedan renunciar a ellos¹⁰⁴.

No es exacto afirmar, pues, que la irrenunciabilidad del mandato parlamentario es un elemento complementario de las prerrogativas parlamentarias. Ello explica que la gran mayoría de Constituciones permiten a los parlamentarios a renunciar al cargo¹⁰⁵, porque se entiende que, en estricto, la irrenunciabilidad no contribuye, necesariamente, a garantizar la independencia de los

¹⁰¹ ALONSO DE ANTONIO, José; ALONSO DE ANTONIO, Ángel. Derecho Parlamentario. J. M. Bosch Editor. Barcelona, 2000, pp. 81-82.

¹⁰² CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. El mandato parlamentario. Publicaciones del Congreso de los Diputados. Madrid, 1991, p. 96; FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa. El voto parlamentario. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 87-96

¹⁰³ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coordinador). Derecho Constitucional. Volumen n. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 364-365

¹⁰⁴ SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. Derecho Parlamentario español. Editora Nacional, Madrid, 1983, p.83

¹⁰⁵ La mayoría de ordenamientos constitucionales prevé la potestad de los parlamentarios a renunciar al cargo. Así, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 no lo impide, tampoco la Constitución italiana de 1947, ni la Constitución de Francia de 1958. Entre nosotros, permiten la renuncia de los parlamentarios, la Constitución de Bolivia (artículo 57), Paraguay (artículo 190), Guatemala (artículo 170), Argentina (artículo 51), El Salvador (artículo 131), Uruguay (artículo 77), entre otras.

congresistas; muy por el contrario, puede llegar a convertirse en un obstáculo innecesario y hasta contraproducente, como se analizará en el siguiente párrafo.

3.3. El carácter irrenunciable del mandato legislativo

En la actualidad, la Constitución Política de 1993 es una de las pocas leyes fundamentales que ha consagrado la irrenunciabilidad del mandato parlamentario.

Ello, sin embargo, no es óbice para entrar al análisis del contenido de una disposición constitucional como el artículo 95°, la cual establece, precisamente, que "el mandato legislativo es irrenunciable". De una primera aproximación a esta disposición constitucional se puede entender que, una vez que el parlamentario ha sido elegido y juramentado en el cargo, este no puede renunciar unilateralmente y, por ende, está obligado a desempeñarse en él por el periodo para el cual fue elegido¹⁰⁶, con ello, la posibilidad de renuncia al cargo representativo queda absolutamente proscrita cualquiera sea el supuesto que se pretenda anteponer.

A nuestro parecer, el sentido de la disposición bajo análisis es totalmente irrazonable porque obliga a permanecer al parlamentario en un cargo en el cual, a lo mejor, no desea continuar¹⁰⁷. Así, puede darse el caso que un parlamentario por legítimos motivos de carácter profesional, económico, ético e incluso de salud personal, no desea o no puede continuar más en el cargo, y simplemente no está en la posibilidad de renunciar porque la Constitución se lo prohíbe. Esto podría ser aún más contraproducente frente a supuestos como que un parlamentario deja de ejercer de facto la función parlamentaria, o el de aquel que una vez que ha abandonado el cargo, realiza funciones que son incompatibles con el ejercicio de la función de congresista, situaciones ambas que no están previstas claramente en nuestro ordenamiento constitucional actual.

Pero los supuestos referidos anteriormente no son los más graves que se derivan de la irrenunciabilidad del mandato parlamentario. Obligar a un parlamentario que ha sido descalificado, por su actuar irresponsable, corrupto o antidemocrático, tanto por su propio partido político o por el grupo parlamentario al cual pertenece, así como por la opinión pública, lejos de contribuir al fortalecimiento del propio Parlamento, puede ahondar la brecha existente entre representantes y representados, cuando no afectar la propia legitimidad del Parlamento. En ese orden de ideas, la irrenunciabilidad del mandato parlamentario, en vez de ser un mecanismo llamado a salvaguardar la independencia del Parlamento, en general, y la de los parlamentarios, en particular, se puede convertir en un boomerang con la fuerza suficiente para afectar la institucionalidad y legitimidad del Parlamento.

4. Hacia la renunciabilidad del mandato legislativo

¹⁰⁶ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993. Tomo 4, Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 1993, p. 99.

¹⁰⁷ RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Constitución y sociedad política. Mesa Redonda Editores, Lima, 1985, p. 323

El derecho de todas las personas a acceder a cargos públicos representativos ha sido consagrado por la Constitución de 1993 en su artículo 31. El contenido esencial del mismo estriba "en el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos de carácter representativo, al mantenimiento en el mismo sin perturbaciones ilegítimas y a cesar libremente en el cargo mediante un acto de voluntad plenamente disponible para el representante público electo"¹⁰⁸. En consecuencia, se puede afirmar que el derecho a renunciar a un cargo público representativo forma parte del derecho de acceder al mismo.

El desconocimiento de este derecho no solo supone su abierta vulneración, sino que puede llegar a configurar graves inconvenientes que trascienden a su libre ejercicio; de ahí que sea necesario que los parlamentarios no deben tener impedimento alguno para renunciar al cargo cuando así lo consideren. En tal sentido, el derecho a renunciar al cargo público representativo no puede estar mediatizado, en modo alguno, por el partido político o por el grupo parlamentario al cual pertenece, ni siquiera, finalmente, por la aceptación previa del propio Congreso, sino que debe tener plena eficacia a partir de su formalización, tal como se admite en la doctrina constitucional contemporánea¹⁰⁹.

En este mismo sentido, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú propuso que "el parlamentario pueda renunciar al mandato, en cuyo caso es reemplazado por el accesorio"¹¹⁰. Se debe acudir, pues, a una fórmula más flexible, que no se convierta en un escudo de protección frente a las responsabilidades políticas, jurídicas y éticas que adquirió el parlamentario al ser elegido¹¹¹. Esta propuesta, a nuestro parecer más acorde con la realidad, puede ayudar a acortar la distancia que actualmente existe entre el Parlamento y la ciudadanía.

5. A modo de conclusión

¹⁰⁸ CANO BUESO, Juan. La renuncia al cargo público representativo. En "Corts. Anuario de Derecho Parlamentario", N° 4 extraordinario, Publicaciones de las Cortes Valencianas, Valencia, 1997, p. 79.

¹⁰⁹ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco. Renuncia al cargo público representativo, desistimiento y disciplina de partido. Una nueva solución jurisprudencial. En "Debates Constitucionales, Revista Electrónica de Derecho Constitucional", N.o 1, Madrid, 1999, p. 6. (http://constitucion.rediris.es/revista/dc/DC_Sup.html).

¹¹⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. s/ e, Lima, 2001, p. 54. En el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución el artículo 160 señaló que "el mandato parlamentario es irrenunciable" y, como texto alternativo se propuso que "el mandato parlamentario es renunciabile. La renuncia se presenta por escrito y debe ser aceptada por el Congreso". Cfr. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución. Edición oficial, Lima, 2002, p. 87. Lamentablemente, en el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, se recogió en el artículo 143 como propuesta final que el "el mandato parlamentario es irrenunciable", y que finalmente fue aprobada por el Congreso con 78 votos a favor, ninguno en contra y 8 abstenciones. Cfr., respectivamente, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución. Edición oficial, Lima, 2002; Memoria de la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales. Periodos 2001, 2002, 2003. Edición oficial, Lima, 2003, p. 98

¹¹¹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique (con la colaboración de Alberto Otárola). La Constitución de 1993. Análisis comparado. 4ª edición. Constitución y Sociedad ICS-Rao Editora, Lima, 1998, p.452

El mandato parlamentario es la relación que existe entre los representantes y los representados y su contenido está determinado por el principio del mandato representativo (según el cual, los parlamentarios representan a toda la nación) y por el principio de prohibición del mandato imperativo. Lo cual implica que los congresistas no están sujetos a los dictados e injerencias que pudieran pretender sus electores)¹¹².

Asimismo, es del caso resaltar que la irrenunciabilidad del mandato parlamentario no es un elemento constitutivo ni complementario de las prerrogativas parlamentarias (inviolabilidad e inmunidad), porque estrictamente hablando, ella no es una garantía funcional del Parlamento y no necesariamente contribuye a garantizar la independencia de los congresistas; por el contrario, puede llegar a convertirse en un lastre o en un factor negativo que perjudica y altera la relación jurídico-política entre representantes y representados.

El contenido del artículo 95 quiere decir que, una vez electo el parlamentario, este no puede renunciar unilateralmente y, por ende, está obligado a desempeñarse en el cargo por el periodo para el cual fue elegido; con ello, la posibilidad de renuncia al cargo representativo queda absolutamente proscrita.

La rigidez de dicha disposición constitucional afecta el contenido esencial del derecho de acceso a cargos públicos representativos (artículo 31 de la Constitución); toda vez que su contenido esencial está determinado por el libre acceso al cargo, su ejercicio libre de perturbaciones e injerencias ilegítimas y la libertad para cesar en él cuando su titular así lo crea conveniente.

Por otro lado, el mismo artículo 95 de la Constitución prevé un límite a la potestad disciplinaria del Congreso de la República sobre sus miembros. El límite se establece para aquellas sanciones disciplinarias que implican suspensión de funciones, las cuales no pueden exceder de ciento veinte días de legislatura.

Finalmente, es necesario tener presente, en todo momento, que "si las expectativas que los individuos o los ciudadanos en su conjunto proyectan sobre la representación se ven defraudadas por la acción de los representantes, entonces no podrán reconocerse en la acción de estos, y ello suscitará inevitablemente dudas sobre el sentido o incluso sobre la legitimidad del procedimiento democrático de la formación de la voluntad y de sus decisiones".

¹¹² Sin embargo, a pesar de no ser un tema que ahora nos atañe, no podemos dejar de advertir la crisis en la que actualmente han entrado ambos principios. De ahí que se haya señalado que "seguir hablando, por ejemplo, de mandato representativo, cuando todos sabemos que los diputados obedecen las órdenes de los partidos, o continuar sosteniendo que los representantes representan a la nación y no intereses particulares concretos, equivaldría a seguir manteniendo un concepto de representación y de democracia representativa que [...] hace ya tiempo que forma parte de la arqueología constitucional". Cfr. DE VEGA, Pedro. Democracia, representación y partidos políticos. En: "Pensamiento Constitucional", N° 2, Año 11, MDC-Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1995, p. 20

DOCTRINA

ALONSO DE ANTONIO, José; ALONSO DE ANTONIO, Ángel. Derecho parlamentario. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000; ÁLVAREZ CONDE, Enrique. Curso de Derecho Constitucional. Volumen 11,4" edición, Madrid, Tecnos, 2003; ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-1979. Comisión Principal de Constitución. Diario de Debates. Edición oficial, Tomo V, Lima, 1980; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coordinador). Derecho Constitucional. Volumen n, Tecnos, Madrid, 1999; BERNALES BALLESTEROS, Enrique (con la colaboración del Alberto Otárola). La Constitución de 1993. Análisis comparado. Cuarta edición, Constitución y Sociedad ICS - Rao Editora, 1998; BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Derecho Constitucional. Tercera edición, Tecnos, Madrid, 1987; BÖCKENFÖRDE, Ernst. Democracia y representación. En: Bockenforde, Ernst "Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia". Editorial Trotta, Madrid, 2000; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. El mandato parlamentario. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1991; CANO BUESO, Juan. La renuncia al cargo público representativo. En: "Corts. Anuario de Derecho Parlamentario", N° 4 extraordinario, Publicaciones de las Cortes valencianas, Valencia, 1997; CCD. Diario de los Debates. Debate Constitucional Pleno-1993. Tomo n, edición oficial, Lima, 1998; CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución. Edición oficial, Lima, 2002; CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución. Edición oficial, Lima, 2002; CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Memoria de la Comisión de Constitución, reglamento y acusaciones constitucionales. Periodos 2001; 2002-2003. Edición oficial, Lima, 2003;

CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993: Lectura y comentario. Segunda edición, Lima, Nerman S.A., 1995; DE VEGA, Pedro. Democracia, representación y partidos políticos. En: "Pensamiento Constitucional", N° 2, Año n, MDC - Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995;

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Partidos políticos, representación parlamentaria e interdicción del mandato imperativo. En: "El Poder Legislativo en la actualidad". México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1994;

FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa. El voto parlamentario. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco.

Renuncia al cargo público representativo, desistimiento y disciplina de partido. Una nueva solución jurisprudencial. En: "Debates Constitucionales". Revista Electrónica de Derecho Constitucional, N° 1, Madrid, 1999; (<http://j.jconstitucion.rediris.es/jrevistaj/dcjDCSup.html>); MINISTERIO DE JUSTICIA. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. sje, Lima, 2001; PAREJA PAZ- SOLDÁN, José. Derecho constitucional peruano. sje, Lima, 2.a edición, 1951; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993. Tomo 4, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993; RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Constitución y sociedad política. Mesa Redonda Editores, Lima, 1985;

RUIZ ELDREDGE, Alberto. La Constitución comentada de 1979. sje, Lima, 1980;

SANT AOLLALLA LÓPEZ, Fernando. Derecho parlamentario español. Editora Nacional, Madrid, 1983; TORRES DEL MORAL, Antonio. Pasado y presente del Parlamento. En: "Relaciones entre Gobierno y Congreso" (Cecilia Mora-Donatto coordinadora). México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

Informes en la gestión parlamentaria

Artículo 96

Cualquier representante al Congreso puede pedir a los Ministros de Estado, al Jurado Nacional de Elecciones, al Contralor General, al Banco Central de Reserva, a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, a los Gobiernos Regionales y Locales y a las instituciones que señala la ley, los informes que estime necesarios(*).

El pedido se hace por escrito y de acuerdo con el Reglamento del Congreso. La falta de respuesta da lugar a las responsabilidades de ley.

(*) Texto del párrafo según modificatoria efectuada por la Ley N° 28484, publicada el 05 de abril de 2005.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 82, 84, 87, 94, 95, 119, 177;

C.P.: arts. 242, 245;

L.O.P.J.: art 82 inc. 17); T.U.O.

Rgmto Congreso: arts. 22, 32 inc. g), 69, 87, 88 inc. a);

Ley 26702: art 143 inc. 4)

Enrique Bernales Ballesteros

1. Breve introducción

Los tres artículos que comento (arts. 96, 97 Y 98 de la Constitución), tratan básicamente de aspectos relacionados al Parlamento y se refieren a facultades diversas como son la de solicitar información o formar comisiones investigadoras sobre asuntos de interés público. El artículo 98 es más bien sobre la inviolabilidad del recinto parlamentario. De ese modo, estos tres artículos denotan facultades y garantías que se relacionan al poder y majestad del Parlamento. En el análisis se recurre a doctrina y realidad como los dos componentes que permiten desentrañar el sentido cabal de cada artículo.

2. Los informes en la gestión parlamentaria

El representante tiene derecho a pedir información a las dependencias públicas señaladas en la Constitución y en la ley. El artículo 87 del Reglamento del Congreso establece que, además de los organismos citados en el artículo 96 de la Carta, están obligados a responder los pedidos de información del Congreso, la Administración Pública en general.

Los pedidos de informes deben procesarse ante las autoridades competentes. El artículo analizado establece que los congresistas pueden pedir los informes que estimen necesarios a los órganos del gobierno y de administración en general y obtener respuesta oportuna de ellos. Sin embargo, a efectos de una mejor sistemática en las tareas de control y la jerarquía del congresista, lo propio es que el pedido se dirija a la máxima autoridad del sector o del pliego.

2.1. ¿Cuál es el fundamento de esta atribución?

El pedido de información tiene dos funciones. Por un lado es la expresión del control parlamentario e investigación en aras del interés público. Así, los pedidos pueden versar sobre un tema de investigación y que atañe al mal funcionamiento de una institución estatal o en la necesidad de exigir rendición de cuentas de la gestión de una autoridad específica.

Por otro lado, debe servir para lograr información básica para legislar. Por ejemplo, el análisis de costos y beneficios, que de acuerdo al Reglamento del Congreso, es un componente ineludible de la ley, requiere datos concretos y oportunos que permitan tener al legislador una proyección del impacto de la norma jurídica en elaboración.

En ese sentido, los pedidos de información se ajustan a la necesidad de hacer posible el cumplimiento de las funciones por los parlamentarios. Son medidas auxiliares para un mejor desempeño y el logro de los objetivos; en este caso fiscalizar con eficacia y legislar mejor.

Como advierto en mi libro "La Constitución de 1993: análisis comparado"¹¹³, esta atribución congresal no debe significar una proliferación de pedidos que solo contribuya a entorpecer la labor de la Administración Pública. Ese es el sentido de la racionalidad, que el pedido sea también estrictamente necesario y que no se pueda obtener por otros medios. No hay norma que limite esta potestad, salvo las que se refieren a los límites sustanciales y formales.

Sin embargo, también es necesario tomar en cuenta que si el Reglamento considera como imprescindible el análisis de costos y beneficios de los proyectos de ley, es razonable asumir que la necesidad de información estadística, de proyección, de datos concretos se hace tangible. No podría exigirse al legislador este tipo de análisis si no contara con la colaboración de toda la Administración Pública.

Esto obliga, por lo tanto, a una relación más fluida del Parlamento con otros organismos del Estado. Por ejemplo, para calcular los costos y beneficios de incrementar el sueldo de los maestros se necesitaría información del Ministerio de Economía y, a su vez, del Ministerio de Educación. En otro caso, para dilucidar cuán costoso puede ser flexibilizar la política laboral, se requeriría conocer información del Ministerio de Trabajo e incluso del Poder Judicial y Tribunal Constitucional, de cara a saber el tiempo que dedicaría el Estado a procesos legales que podría acarrear la medida. Ya que solo por ley se pueden crear tributos, es necesario tener información detallada de la Sunat y del Ministerio de Economía para vislumbrar el impacto de un tributo por crear, aunque por lo general la propuesta viene del Poder Ejecutivo. Pero mucho sirve a la propuesta legislativa el anexo de datos económicos para un mejor debate parlamentario. La provisión de información también puede servir al caso de la elaboración de una más eficaz Ley de Simplificación Administrativa. El

¹¹³ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: análisis comparado. Cuarta edición. ICS. Lima, 1998

legislador requeriría datos de las diversas dependencias públicas para calcular los costos de hacer empresa en el Perú.

El proceso legislativo es tarea exclusiva del Parlamento, pero materialmente, requiere de la colaboración de todas las entidades estatales. Se trata de lograr leyes eficaces, es decir, bien sustentadas en la perspectiva de que sean cumplidas por todos.

Un buen trabajo legislativo debe usar la experiencia e información de otros organismos, pero además la cooperación de expertos en cada materia.

En su otro sentido. El pedido de información va dirigido a fiscalizar a las autoridades o a la propia entidad a la que va destinado el pedido en concreto. De este modo, el titular de cada institución estatal debe brindar información sobre datos concernientes a una autoridad estatal investigada. Los datos habrán de tener carácter público y no referirse a ámbitos de la vida privada del funcionario.

2.2. Límites de esta atribución

De acuerdo al artículo 32 del Reglamento del Congreso, el Presidente del Congreso tiene como una de sus funciones y atribuciones, exigir u ordenar a los órganos del Gobierno y de la administración en general, que respondan los pedidos de información remitidos por los congresistas, de conformidad con lo que dispone el artículo 96 de la Constitución Política. De no recibirse respuesta, a los quince días de remitido el pedido, dispone que uno de los Vicepresidentes lo reitere, en la forma prevista en el artículo 87 del Reglamento.

El artículo 87 precitado establece que cualquier Congresista puede pedir a los ministros, al Jurado Nacional de Elecciones, al Contralor General, al Banco Central de Reserva, a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones a los gobiernos regionales y locales y a todos los demás organismos del sector público, los informes que estime necesarios para el ejercicio de su función. Existe una salvedad y que busca salvaguardar la independencia judicial y es que esta atribución no autoriza a solicitar información sobre procesos judiciales en trámite, salvo que sea pública o el juez o fiscal o la Sala que conoce el asunto acceda a entregar la información, bajo su responsabilidad y siempre que se lo permitan las leyes orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público y las normas procesales vigentes.

No es posible interferir en un proceso judicial en curso; ese es, en todo caso, el límite sustancial de los pedidos de información.

También existen límites formales. En efecto, hay una formalidad cuya inobservancia permite deducir la falta de responsabilidad administrativa del funcionario omiso o renuente a dar la información requerida. Así, el pedido se hace por escrito fundamentado y preciso. El representante debe sustentar su pedido en razones válidas, pues el requerimiento debe tener una racionalidad, va dirigido a controlar el poder, fiscalizar o legislar. En cualquier caso, debe ser

para cumplir las funciones propias del Parlamento. El pedido debe ser concreto y referirse a la solicitud de datos, evitando cualquier cuestión que genere duda en el funcionario. No hay presunciones en la interpretación del solicitado que puedan valer, se trata más bien de absolver una consulta sobre una pregunta clara, sin resquicios de ambigüedad. Si la norma así lo establece, se puede interpretar también que a falta de sustento para el pedido, se salva la responsabilidad del funcionario omiso a dar la información.

El congresista obligatoriamente debe dirigir copia del oficio conteniendo el pedido a la Mesa Directiva. Si dentro de los quince días posteriores el ministro no responde, la Mesa Directiva procede a la reiteración del pedido. Transcurridos siete días después de la reiteración, el ministro o el funcionario requerido está obligado a responder personalmente, según corresponda y lo determine el Consejo Directivo, ante el Pleno o ante la comisión ordinaria, vinculada con el asunto motivo del pedido.

Así en total, son 22 días naturales de plazo para responder la interrogante. Mensualmente, se publica la relación de los Ministerios o entidades de la administración que hubieren incumplido con responder. Esta publicación debe entenderse como parte de la política de transparencia estatal y la búsqueda de una mayor atención y oportunidad a estos pedidos por parte de las autoridades.

En consonancia con la racionalidad del pedido, los vicepresidentes del Congreso no firmarán los oficios que contengan pedidos de información que no se refieran a asuntos de interés público y de utilidad para el ejercicio de la función de congresistas. Tampoco procederán los que contengan ruegos o peticiones de privilegios o favores. Como se ha adelantado, el pedido solo está dirigido a cumplir cabalmente con las funciones parlamentarias. No se admiten cuestiones extraparlamentarias, es decir, personales o fuera de las funciones ordinarias que desarrolla el Congreso (legislar, controlar al poder y fiscalizar). Esto no significa que no se pueda requerir información sobre particulares, lo que sucede es que ella tiene que ser de interés público. El problema estará entonces en desentrañar el significado de "interés público" que, ha pocas veces, ha ofrecido múltiples y equívocas interpretaciones. El interés público debe medirse por el impacto del fenómeno sobre el cual se requiere información; es el caso del interés difuso, por ejemplo, materia ambiental u otros casos que afecten a la colectividad de alguna manera.

La Mesa Directiva del Congreso publica los pedidos de los Congresistas y las respuestas de los Ministros o funcionarios requeridos en un boletín trimestral especial, que también difunde las preguntas, respuestas y repreguntas producidas en las estaciones de preguntas y respuestas del último trimestre.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: análisis comparado. Cuarta edición. ICS. Lima, 1998; GARCIA BELAUNDE, Víctor Andrés. En la oposición: gestión parlamentaria 85-87. Okura. Lima, 1989; PEASE GARCIA, Henry.

Remando a contra corriente: gestión parlamentaria enero 1993 - julio 1995.
Congreso Constituyente Democrático. Lima, 1995.

Comisiones investigadoras

Artículo 97

El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de tales investigaciones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial.

Para el cumplimiento de sus fines, dichas comisiones pueden acceder a cualquier información, la cual puede implicar el levantamiento del secreto bancario y el de la reserva tributaria; excepto la información que afecte la intimidad personal. Sus conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 2 incs. 5),6),7),94,96,102 inc. 2), 139 incs. 2) y 3), 200 inc. 3);

C.C: arto 14;

C.P.: arts. 154, 369;

C.P.C.: arto 239;

T.U.O. Rgmto.Congreso: arts. 5, 35, 88 incs. a), b), d), e);

Ley 27806: arto 18;

C.A.D.H.: arto 8.1;

D.U.D.H.: arto 10;

P.I.D.C.P.: arto 14

Enrique Bernales Ballesteros

Las tareas de fiscalización y control parlamentario dan origen a las llamadas "comisiones investigadoras", a las que se les ha reconocido rango constitucional.

Fernando Santaolalla las define como "un procedimiento calificado de información de las cámaras representativas, que se desarrolla a través de órganos colegiados y que implica el uso de facultades especiales que permiten poner al Parlamento en relación con terceros extraños al mismo"¹¹⁴.

1. Naturaleza y alcances de la investigación parlamentaria

En la actualidad, tras casi diez años durante los cuales se vivió con un Parlamento sometido al Poder Ejecutivo que no pudo conformar comisiones investigadoras, el Congreso democrático ha recuperado esta capacidad. Es necesario precisar que estas comisiones no son tribunales de justicia y, por lo tanto, no tienen la facultad de imponer sanciones. De esa manera, los jueces no están obligados por los resultados de la investigación parlamentaria. Sin embargo, cuando se detectan indicios de delitos, el Congreso puede advertir a las instituciones competentes para que investiguen.

¹¹⁴ SANTAOLALLA, Fernando. El parlamento y sus instrumentos de información. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, p. 152.

Si bien sus conclusiones no son vinculantes para el Poder Judicial, las comisiones investigadoras tienen poderes coercitivos similares a los judiciales, como es la comparecencia obligatoria y los informes, testimonios, interrogantes o documentos que demanden. Estas atribuciones son válidas en el sentido que para la eficacia de la investigación y para satisfacer la misión política de fiscalizar se hace necesario recurrir a mandatos y exigencias de carácter judicial. Es necesario señalar que, pese a que los requerimientos coinciden con los judiciales, la única sanción parlamentaria es la política, transfiriendo al Ministerio Público o al Poder Judicial los casos cuando encuentra evidencias que ameritan la intervención de estos.

Las comisiones de investigación pueden solicitar que alguien sea conducido por la fuerza pública, cuando el citado no comparezca el día y hora señalados o se resista a exhibir o hacer entrega de documentos que tiene en su poder y son necesarios para el esclarecimiento de los hechos investigados. Pueden solicitar que se autorice el allanamiento de los domicilios y locales, para practicar incautación de libros, archivos, documentos y registros que guarden relación con el objeto de la investigación.

Sin embargo, las solicitudes para que se practiquen los apremios serán presentadas ante el juez especializado en lo penal, el mismo que accederá a la petición y ordenará que se realice por el mérito de la solicitud en el primer caso y previa evaluación de los argumentos presentados por la Comisión de Investigación en el segundo caso. No es una potestad sin control, sino sujeta a la discrecionalidad judicial.

2. Disposiciones reglamentarias

De otro lado, a tenor del artículo 88 del Reglamento del Congreso se salvaguardará el respeto de los derechos a la intimidad y al honor de las personas, así como el secreto profesional y los demás derechos constitucionales. Las comisiones investigadoras no pueden vulnerar los derechos de los investigados o llamados a testimoniar.

Están facultadas, sí, para solicitar el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria.

Las comisiones investigadoras tienen, por naturaleza y finalidad, un carácter transitorio. Están destinadas a investigar casos concretos y emitir informes finales ante el Pleno. Una vez cumplida su misión, deben extinguirse.

Un problema habitual es la eventual duplicidad de funciones de las comisiones investigadoras y la labor que realiza el Poder Judicial. El Congreso, en uso de sus facultades de investigación, no podrá interferir en el procedimiento judicial. Si fuera el caso, estando el caso en la etapa de investigación penal, el Congreso deberá abstenerse de realizar todo aquello que puede entorpecer el esclarecimiento de los hechos.

No puede haber una superposición parlamentaria ni recortar capacidad de maniobra al juez o al fiscal. Incluso, en algunos ordenamientos no es posible la concurrencia de investigaciones sobre los mismos hechos. En otros, como es el caso de nuestro país, sí se permite en cuanto se entiende que esta concurrencia es posible al ser el objetivo de ambos órganos distintos. Mientras

el Poder Judicial tiene por objetivo determinar la responsabilidad penal, las comisiones investigadoras realizan su trabajo de esclarecimiento de los hechos para definir en otro procedimiento las responsabilidades políticas. No es una jurisdicción política, sirve a esta para el establecimiento de sanciones políticas y sus dictámenes no pueden desbordar ese ámbito de actuación.

En el Reglamento del Congreso se detalla el funcionamiento de estas comisiones. El artículo 88, establece que el Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, promoviendo un procedimiento de investigación que garantice el esclarecimiento de los hechos y la formulación de conclusiones y recomendaciones orientadas a corregir normas y políticas y/o sancionar la conducta de quienes resulten responsables de la materia investigada. Existen dos consecuencias, por un lado la inmediata que es el contenido del informe final, y por otro la mediata, que es el establecimiento de responsabilidades políticas dentro del proceso político correspondiente (artículos 99 y 100 de la Constitución).

Las comisiones de investigación se constituirán por solicitud presentada mediante Moción de Orden del Día. Para su aprobación solo se requiere el voto aprobatorio del treinta y cinco por ciento (35%) de los miembros del Congreso. Es decir, la minoría puede solicitarlas, pero al constituir las se respetará la pluralidad y proporcionalidad de las fuerzas políticas.

Luego de que la investigación ha concluido, si el informe final es aprobado, el Congreso lo envía al Fiscal de la Nación, acompañado de todos los actuados, a fin de que proceda a iniciar las acciones que correspondan, tratándose de personas no pasibles de acusación constitucional. En caso de que el funcionario sea pasible de esta acusación se iniciará el proceso correspondiente.

Las comisiones de investigación no deben restringirse únicamente a investigar al Poder Ejecutivo. Los artículos respectivos de la Constitución permiten que estas investigaciones puedan conducirse en otros ámbitos públicos e incluso en la actividad privada. Lo que importa es que el hecho investigado sea de interés público. No es, por lo tanto, solo una forma de control político y fiscalización, sino más que eso, un mecanismo que hace partícipe al Congreso de los grandes problemas nacionales que requieren de un informe o esclarecimiento a ese nivel. La investigación parlamentaria tampoco es necesariamente consustancial a un caso penal. El Congreso puede convertirse en un efectivo fiscalizador de los poderes privados que, en tiempos de la transnacionalización y de la aparición de los grandes poderes fácticos pueden incluso sobreponerse al propio imperium del Estado.

3. Balance crítico

Desde fines del año 2000, la función fiscalizadora del Congreso adquirió una inusitada importancia, precisamente por la necesidad de investigar la extensa red de corrupción descubierta luego del vídeo en el que el ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos aparecía sobornando a un congresista de la oposición para que se integrara a la mayoría oficialista. La vastedad de la

corrupción significó para el Congreso una gran carga de trabajo. En general, para el balance, el trabajo de las comisiones investigadoras fue de utilidad para los procesos anticorrupción abiertos en la vía judicial.

Por lo general, estas comisiones, que en su momento fueron criticadas por la lentitud de los procedimientos aplicados, han sido productivas y el Congreso ha aprobado informes que han contribuido al esclarecimiento de los hechos que han sido materia de investigación. Fueron tantos los casos que finalmente se formó una llamada "Megacomisión", encargada de cumplir las conclusiones y recomendaciones de las cinco excomisiones investigadoras del periodo de gobierno del ex presidente Alberto Fujimori. A pesar de que han habido críticas y algunas investigaciones han suscitado polémica en la opinión pública o cuestionamientos más o menos legítimos, el Congreso se concentró en esclarecer hechos de interés público, gestión viable dentro de sistema democrático.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: análisis comparado. Cuarta edición. ICS. Lima, julio 1998; EGUIGUREN PRAEU, Francisco José.

Algunas consideraciones sobre las comisiones investigadoras parlamentarias. En: "Derecho" N° 41. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lima, 1987; EGUIGUREN PRAEU, Francisco José. Comisiones investigadoras parlamentarias, antejudio político y responsabilidad del Presidente de la República: las novedades en el anteproyecto de reforma constitucional. En: "Ius et Veritas". N° 25, Año XIII. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre 2002; GAMARRA OLIVARES, Ernesto. Comisiones investigadoras: poder fiscalizador del Congreso. Congreso de la República. Lima, 1999; SANTAOLALLA, Fernando. El parlamento y sus instrumentos de información.

Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1982.

Congreso y Fuerzas Armadas

Artículo 98

El Presidente de la República está obligado a poner a disposición del Congreso los efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que demande el Presidente del Congreso.

Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no pueden ingresar en el recinto del Congreso sino con autorización de su propio Presidente.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 118 inc. 4), 166, 167;

C.A.D.H.: arto 15;

D.D.D.H.: arto 20;

P.I.D.C.P.: arto 21

Enrique Berna/es Ballesteros

En este artículo hay dos supuestos que indican la prelación de un poder del Estado a otro. Así, el Presidente de la República, que es a su vez Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, está obligado a cumplir con el requerimiento de seguridad del Congreso. No hay posibilidad del gobernante para dejar desguarnecido al Parlamento de cualquier amenaza externa o interna a su recinto. Por el otro lado, los efectivos de las Fuerzas Armadas y Policiales destacados se someten a la autoridad del Parlamento. Este supuesto deviene del artículo 169 de la Carta, que establece que las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales están subordinadas al poder constitucional.

Este es un caso típico en el que aparece la autoridad del Presidente de la República subordinada a la del Congreso. Se han dado casos, en la historia comparada, de trasgresión militar y policial en el recinto parlamentario o en sus inmediaciones, destinados a retar al poder constitucional. Un caso reciente fue la vulneración del recinto parlamentario por parte de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en el contexto del golpe de Estado del 5 de abril de 1992. En el marco de ese episodio en el que el poder constitucional fue arrasado, los presidentes de ambas cámaras (Senado y Diputados) fueron objeto de detención domiciliaria.

En otra ocasión, a raíz de la investigación parlamentaria por el crimen de "La Cantuta", el Comandante General del Ejército, Nicolás Hermoza, con tanques de por medio, pretendió amedrentar al Congreso. No fue un ataque al recinto del Congreso, pero sí una amenaza en las inmediaciones. Los efectos disuasorios pueden ser los mismos, por lo que no hay atenuante válido. En todos estos casos, la autoridad del Parlamento fue desafiada. Eso es, precisamente, el sentido del artículo constitucional analizado, que el Congreso no sea amedrentado o constreñido por la fuerza o el despliegue de poder.

Estas situaciones atentan además contra el principio constitucional de no deliberancia de las instituciones armadas y policiales. Estas solo deben cumplir las funciones asignadas constitucionalmente, es decir, ceñirse al principio de la

obediencia debida. Cuando las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales deliberan públicamente, como en los casos anteriormente mencionados, debe ocurrir la responsabilidad política del Ministro de Defensa.

La sujeción constitucional de los agentes que custodian regular o excepcionalmente el orden en el Palacio Legislativo se debe a la propia majestad del Parlamento ya la inmunidad de sus miembros, los cuales no pueden ser directa o indirectamente amedrentados en el afán de condicionar sus decisiones. Su mandato no es imperativo sino que está determinado por la discrecionalidad y conciencia de cada congresista.

La norma constitucional, en garantía de ese principio, ofrece un margen amplio de seguridad a los parlamentarios en el ejercicio de su función. Si no estuviese planteada esta salvaguarda de la presencia militar y policial en el Congreso, esta podría constituir una amenaza velada del gobernante o de las instituciones castrenses en una coyuntura dada de antemano y caracterizada por el conflicto entre civiles y militares. La Constitución se antepone a cualquier supuesto posible y preserva el poder constitucional y la primacía del Parlamento como poder del Estado.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: análisis comparado. Cuarta edición. ICS. Lima, 1998; BERNALLES BALLESTEROS, Enrique, RUBIO CORREA, Marcial y otros. La Constitución de 1993: análisis y comentario. En: "Lecturas sobre temas constitucionales". N° 10. Lima, 1994; CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993: lectura y comentario. Cuarta edición. Antonella Chirinos Montalbetti. Lima, 1997.

Artículo 99

Artículo 100

Acusación constitucional

Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 2 incs. 24).d, 80, 82, 90, 93, 94,100, 101, 104,108, 110, 113 inc. 5), 114 inc. 2), 119, 134 al 137, 156, 161, 15' D.F.T.;
T.U.O.Rgnto.Congreso: arts. 16, 43, 86, 88, 89;
C.P.P: arts. 44 inc. 3), 449, 450, 451;
C.P.Ct.: arts. 8, 25.15; L.O.P.J.: arts. 33,34;
L.O.M.P: arts. 15, 51, 66; L.O.E.: arto 362;
L.O.C.N.M.: arts. 8, 21 inc. e); L.O.T.C.:
arto 18; Ley 27399: arts. 1, 2; C.A.D.H.: arto 8.1;
D.U.D.H.: arto 10;
P.I.D.C.P.: arto 14.1

Juicio constitucional político

Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad.

El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso.

En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente.

La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos.

Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 33 inc. 3),41,99, 113 inc. 5), 114 inc. 2), 117, 139 incs. 3) y 4), 154 inc. 3), 157;

T.U.O. Rgto. Congreso: arts. 15,16, 25, 55 inc. f), 88 inc. j), 89 inc. i); C.P.: arto 10;

L.O.P.J.: arts. 33, 34 inc. 4);

L.O.E.: arto 10 inc. d);

L.O.C.N.M.: arts. 8, 21 inc. e);

L.O.T.C.: arto 18;

C.A.D.H.: arto 8.2;

D.U.D.H.: arto 12;

P.I.D.C.P.: arto 14.2

Jorge Santistevan de Noriega

1. Introducción necesaria

En el marco de las normas relacionadas con el Poder Legislativo, los artículos 99 y 100 de la Carta Magna establecen las atribuciones y el procedimiento parlamentario para hacer responsables a los más altos funcionarios del Estado por las infracciones contra la Constitución en que se encuentren inmersos y/o por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones. Todo ello tiene su origen en el juicio político, heredero del impeachment anglosajón destinado a separar del cargo a los funcionarios que -por violar la Constitución- atentan contra la confianza pública depositada en ellos. Sin embargo, según la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional-como veremos más adelante- al impeachment se le ha incorporado el antejuicio político, destinado a convertirse en la antesala parlamentaria que, previa acusación del Congreso, habilita a la Corte Suprema a que proceda a juzgar la responsabilidad penal de quienes hubiesen cometido delitos en el marco de sus funciones.

La Constitución regula distintas situaciones relacionadas con las responsabilidades políticas y/o penales de los altos funcionarios del Estado que es necesario tener en cuenta para centrar debidamente el análisis exegético de los artículos 99 y 100. Es necesario distinguir entre ellas las siguientes: (i) La acusación contra el Presidente de la República -que se encuentra rigurosamente reglada en el artículo 117 que procede únicamente por el delito de traición a la patria y/o como consecuencia de actos que impidan la celebración de elecciones o la reunión y funcionamiento de los órganos electorales.

Esta, de ser fundada, da lugar a su destitución de conformidad con el inciso 5) del artículo 113 de la Constitución; (ii) La declaración de permanente incapacidad moral del Presidente de la República efectuada por el Congreso al amparo del inciso 2) del mismo artículo, como resultado de la cual la Presidencia de la República vaca;

(iii) La acusación por infracción a la Constitución contra los otros altos funcionarios nombrados en el artículo 99 de la Carta, con excepción del Presidente, lo que obliga a hacer las siguientes precisiones.

Tal denuncia puede sustentarse en: (a) infracciones a la Constitución -conocidas doctrinariamente como "faltas políticas"- sin estar asociada a ilícitos penales, que pueden generar sanciones políticas como la suspensión, destitución e inhabilitación para el ejercicio de cargo público; (b) haber cometido delito en el ejercicio de sus funciones, lo que da lugar a un juicio penal en el que se aplican las penas establecidas en el Código; (c) haber incurrido en infracción a la Constitución asociada con ilícitos penales o viceversa, lo que puede dar lugar a sanciones políticas y sanciones penales por la misma causa; (d) solamente para el caso de los congresistas, magistrados del Tribunal Constitucional o Defensor del Pueblo, haber cometido delito común lo que da inicio al levantamiento del fuero para habilitar la intervención del Poder Judicial.

Los artículos 99 y 100 se aplican solamente en las situaciones anteriores descritas en (m), (a), (b) y (c), puesto que la situación (d) da lugar al levantamiento de la inmunidad previsto en el artículo 93 de la Carta, cuyo procedimiento es desarrollado por el artículo 16 del reglamento del Congreso¹¹⁵. En los otros casos de acusaciones contra los altos funcionarios rige, además de las normas constitucionales, el artículo 89 del Reglamento del Congreso.

2. Responsabilidades especiales de los altos funcionarios públicos

Ambos artículos constituyen una sola unidad, que debe ser analizada en concordancia con el artículo 39 de la Constitución, referido a la función pública. Este comienza por dejar claramente establecido que todos los trabajadores y funcionarios públicos están al servicio de la Nación, como el artículo 931 repite para los representantes al Congreso de la República. Ocurre sin embargo que -sobre la base de la jerarquía que señala este mismo artículo constitucional-39- las responsabilidades de los funcionarios del Estado no son equivalentes. A los de mayor jerarquía, con el Presidente de la República a la cabeza, se les exige más y se les trata por ello de una manera diferente en el ámbito de los artículos 99 y 100 que se comenta.

Desde una cierta perspectiva, estos artículos pueden ser vistos como mecanismos procedimentales para hacer valer prerrogativas como la inmunidad y el derecho al antejuicio. Sin embargo, también se les debe ver como una institución constitucional destinada a exigir las mayores responsabilidades que les corresponde a los altos funcionarios frente a la

¹¹⁵ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de diciembre de 2003 recaída en el Expediente N° 0006-2003-AI/TC, con relación a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 congresistas de la República contra el inciso j) del artículo 89 del Reglamento del Congreso, considerandos 5 y 6. En ellos el Tribunal señala que si bien todos los funcionarios que gozan del privilegio de la inmunidad están igualmente protegidos por el antejuicio, no todos los que tienen la prerrogativa del antejuicio gozan 4 inmunidad (esta se extiende únicamente a los miembros del Congreso y a quienes reciben su mandato por elección del Legislativo como el Defensor del Pueblo y los magistrados del Tribunal Constitucional).

Nación. En todo caso, como señala García Belaunde¹¹⁶, ambos artículos conforman una muestra de que la Constitución rompe el principio del juez natural y altera el principio de igualdad ante la ley.

3. La institución en la Constitución histórica del Perú

Con singular regularidad, la acusación ante el Congreso por infracciones a la Constitución y frente a todo delito cometido en el ejercicio de las funciones del alto funcionario (como aparece en la Constitución de 1993 y en su predecesora la de 1979) ha estado presente en nuestras Constituciones desde 1828. Sin embargo, en el texto vigente se ha añadido la posibilidad de que, como resultado de una acusación por infracción a la Constitución que resulte fundada, el Congreso pueda aplicar la sanción política de inhabilitación para el ejercicio de la función pública hasta por diez años. Esta inhabilitación corresponde a la tradición constitucional de los Estados Unidos y de México pero, en nuestro medio, constituye un elemento nuevo que no deja de ser objeto de discusión, pues objetivamente constituye una seria restricción al ejercicio de los derechos civiles y políticos de las personas afectadas, que no emana de una decisión jurisdiccional sino de una sanción eminentemente política.

En el ámbito fundamentalmente procedimental, la Constitución de 1993 ha forzado -a juicio de Bernal Ballesteros¹¹⁷ su adaptación a la unicameralidad al sustituir el papel tradicional acusatorio de la Cámara de Diputados por el de la actual Comisión Permanente del Congreso, y el de juzgador, correspondiente normalmente al Senado, por el Pleno del Congreso, por lo que quienes intervienen en la primera deberán inhibirse de participar en la decisión plenaria de carácter resolutorio. Asimismo, resulta positivo que el artículo 100 de la Constitución de 1993 garantice el derecho de defensa y la participación del abogado defensor en todas las instancias¹¹⁸.

No obstante, la novedad de la Constitución de 1993 más cuestionada es la contenida en los párrafos tercero y quinto del artículo 100. Se trata de la obligación que la norma impone al Fiscal de la Nación, ante la resolución acusatoria de contenido penal emanada del Congreso, de formular denuncia indefectiblemente ante la Corte Suprema sin poder exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso. En la misma forma, la norma obliga al vocal supremo penal a abrir instrucción sin poder modificar en un ápice lo que el Congreso haya determinado. Estos excesos de reglamentarismo que transforman a la fiscalía y al vocal superior instructor en simples Mesa de Parte son seriamente criticados por Bernal Ballesteros y Rubio Correa¹¹⁹. El Tribunal Constitucional se ha hecho eco de estas críticas al considerar que estas cuestionadas normas afectan el principio de separación de poderes y se

¹¹⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político? En: "Revista Jurídica del Perú". Año LIV, N° 55, Trujillo, 2004, pp. 79-88.

¹¹⁷ BERNAL BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. ICS-Rao, Lima, 1999, pp. 463 Y ss

¹¹⁸ A ello se refiere expresamente el inciso k) del artículo 89 del Reglamento del Congreso.

¹¹⁹ BERNAL BALLESTEROS, Enrique. Ob. cito Y RUBIACORREA, Marcial. Estudio de la Constitución de 1993. Tomo 4, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 121 Y ss

ha permitido exhortar al Congreso de la República a realizar la reforma constitucional correspondiente¹²⁰.

4. La infracción constitucional y el antejuicio ¿constituyen una misma institución o se desdoblán en dos formas jurídicas autónomas?

Para la doctrina nacional, el juicio político seguido al alto funcionario por violación a la Constitución y el antejuicio que a este se le somete en caso de delito han constituido siempre una misma unidad y una misma institución. Así lo han analizado Bernales Ballesteros y Rubio-Correa. No obstante, autores más modernos, que han abordado el tema con rigurosa especialidad como Cairo Roldán¹²¹ y García Chávarri¹²², han defendido doctrinariamente la distinción propuesta por Chirinos Soto¹²³:

hacer un deslinde conceptual entre una acusación por infracción a la Constitución, que es el impeachment o juicio político propiamente dicho, de consecuencias puramente políticas definidas en el ámbito del Congreso¹²⁴; y el antejuicio que no es otra cosa que la antesala de un proceso jurisdiccional que involucra la imputación y prueba de responsabilidades penales que, si bien son inicialmente valoradas por el Congreso, tiene como propósito habilitar la posterior intervención del más alto nivel del Poder Judicial para que la Corte Suprema se avoque a la causa y aplique sanciones puramente penales.

El juicio político constituye una evaluación de la responsabilidad del alto funcionario -en sede exclusivamente parlamentaria- con un pronunciamiento final de carácter político destinado a separar del cargo al infractor de la Constitución; el objetivo buscado es proteger al Estado de los malos

¹²⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de diciembre de 2003 recaída en el Expediente N° 0006-2003-AI/TC, considerando 17. Al respecto es del caso mencionar que García Belaunde ha criticado que el Tribunal tenga competencia para hacer de "juez de la Constitución", aunque admite que puede actuar como "juez de la constitucionalidad", ya que tampoco es un órgano constituyente. A juicio de este autor, "los únicos jueces de la Constitución son el pueblo y sus legítimos representantes, debidamente investidos para ello".

¹²¹ CAIRO ROLDÁN, Ornar. Justicia constitucional y proceso de amparo. Palestra Editores, Lima, 2004, pp.135-149

¹²² GARCÍA CHÁVARRI, M. Abraham. Juicio político, antejuicio, acusación constitucional en el sistema de gobierno peruano. En: "www.bahaidream.com" (publicado originalmente en la Revista Jurídica de Cajamarca).

¹²³ Citado por PANIAGUA CORAZAO, Valentín. ¿Acusación constitucional, antejuicio o juicio político? En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios". 11, Comisión Andina de Juristas, Lima 1995, p. 137. Vid. CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993. Lectura y comentario. Peidul, Lima, 1995, p. 161

¹²⁴ A título ilustrativo téngase en cuenta que en toda la historia de los Estados Unidos se ha acusado utilizando el procedimiento del impeachment a 16 funcionarios federales: 2 presidentes (Andrew Jhonson en 1868 y William J. Clinton 1999), 1 secretario de Estado, 1 senador y 1 juez asociado a la Corte Suprema, 1 juez asociado de la Corte de Comercio y 10 jueces federales de distrito. La Constitución norteamericana no prevé el impeachment para los miembros del Congreso. (Vid: www.infoplease.com/ipa/A0194049.htm). Mientras tanto en el Perú, el Proyecto "observación parlamentaria" de la Asociación Civil Transparencia reportaba que entre agosto de 2001 y mayo de 2003 se habían presentado 237 acusaciones, que involucran a muchas más personas, contra: 2 ex presidentes de la República, 67 vocales de la Corte Suprema, 7 consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, 7 miembros del Tribunal Constitucional, 1 ex Fiscal de la Nación, 6 ex vocales supremos, 2 ex fiscales supremos, 1 miembro del Jurado Nacional de Elecciones, 4 magistrados de la Corte Suprema, 8 ministros, 59 ex ministros, 36 congresistas, 24 ex congresistas; a parte de 27 solicitudes de levantamiento de la inmunidad parlamentaria todas contra congresistas en ejercicio del cargo.

funcionarios y preservar la confianza pública depositada en ellos, por lo que cumple una función político punitiva sobre la base de la "razón política". El antejuicio es solamente el paso previo parlamentario para autorizar a la Corte Suprema, como máxima autoridad jurisdiccional, a que se avoque a juzgar la responsabilidad penal del alto funcionario perpetrador de ilícitos penales y no necesariamente políticos, en ejercicio de la función punitivo-jurisdiccional, sobre la base de la "razón jurídica" que es privativa del Poder Judicial¹²⁵.

Esta misma distinción, por cierto, es la que ha consagrado el Tribunal Constitucional en la sentencia del 5 de diciembre de 2003, recaída en el Expediente N° 0006-2003-AI/TC en relación con la demanda de inconstitucionalidad planteada por 65 congresistas contra el inciso j) del artículo 89 del Reglamento del Congreso. En esa oportunidad, si bien el Tribunal declaró infundada en parte la demanda de inconstitucionalidad, exhortó al Congreso a modificar su texto y ordenó que se interpretara su contenido de conformidad con los considerandos 12 y 15 de dicha sentencia, destinados en lo fundamental a promover la razonabilidad en la aplicación de las instituciones que se analizan.

Lo importante es señalar que, a juicio del Tribunal Constitucional, la Constitución de 1993 "ha recogido dos procedimientos de acusación constitucional de distinta naturaleza y, por ende, de distintos alcances: el antejuicio político y el juicio político".

García Belaunde no ha ahorrado críticas a esta sentencia del Tribunal Constitucional, pues en su criterio lo que existe en la Constitución vigente es solamente el juicio político, heredero del impeachment aunque no se haya seguido el modelo histórico¹²⁶.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha definido las cosas en los términos que sumariamente abordamos a continuación.

5. Antejuicio por delitos cometidos por los altos funcionarios en el ejercicio de sus funciones

El Máximo Intérprete de la Constitución ha dejado establecido que:

"El procedimiento de acusación constitucional contra los funcionarios enumerados en el artículo 99 de la Constitución, por los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (antejuicio), se encuentra regulado en el artículo 89 del Reglamento del Congreso. Queda ello meridianamente claro, cuando dicho artículo, ab initio, establece que "[...] mediante el procedimiento de acusación constitucional se realiza el antejuicio político, al

¹²⁵ Así lo expresa el considerando 18 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de diciembre de 2003 y la resolución aclaratoria del 9 de diciembre del mismo año, Exp. N° 0006-2003-AI/TC, Lima, interpuesto por 65 congresistas de la República

¹²⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Ob. cit.: "Pretender decir que uno es el antejuicio y otro el juicio político es un ingenioso juego de palabras que no se compadece con la naturaleza de la institución ni con su desarrollo histórico. El impeachment se tradujo siempre así, no obstante existen varios modelos de juicio político. No existe ninguna razón valedera para distinguir donde la doctrina, ni la legislación, ni la historia han distinguido".

que tienen derecho los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99 de la Constitución Política. [...]”(subrayado en el original).

Añadiendo el Tribunal:

"En síntesis, el antejuicio es una prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios, con el propósito de que no puedan ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie un procedimiento con las debidas garantías procesales ante el Congreso de la República y la consecuente acusación del propio Legislativo".

En línea con lo establecido por el propio Tribunal se concluye que, ante los casos de acusación por ilícitos penales, el antejuicio se reduce a la habilitación que decide el Congreso de permitir que la Corte Suprema juzgue y aplique la sanción penal que le corresponde conforme con la tipificación de delitos establecida para todos los ciudadanos en el Código Penal. Responde, en consecuencia, a la existencia de una prerrogativa que, de ser retirada por el Congreso, habilita la intervención del juez penal. Las funciones que al efecto cumple el Congreso se asimilan a las del Ministerio Público que acusa y a las del juez instructor -quien investiga en el modelo inquisitivo que mantenemos en el Perú y que está pronto a cambiar con la aplicación del Código Procesal Penal-. Pero allí termina la intervención congresal, pues en materia de delitos, la función de juzgador es exclusiva y excluyente del Poder Judicial que, en el caso del artículo 100 de la Constitución, actúa por excepción a nivel de la Corte Suprema.

El Congreso, mediante Ley N° 27399, ha precisado el procedimiento a seguir en las investigaciones preliminares y medidas limitativas de derechos a que dé lugar el procedimiento posterior al antejuicio por la presunta comisión de delitos, excluyendo a los congresistas del alcance de tales medidas limitativas y señalando facultades especiales para el Fiscal de la Nación.

6. Juicio político por infracción constitucional

La infracción constitucional-considerada como figura independiente de la comisión de delitos de función por parte de los altos funcionarios del Estado sujetos al control del Parlamento- sigue siendo una institución polémica en el Perú, a pesar de los deslindes hechos por el Tribunal Constitucional. Recogida en los artículos 99 y 100 de la Carta Magna de 1993 como mecanismo de control político del Congreso frente a los actos realizados por funcionarios del más alto rango en violación de la Constitución, da lugar a un proceso sancionatorio, de carácter puramente político, que puede concretarse en la suspensión del funcionario público infractor, su destitución o su inhabilitación hasta por diez años para el ejercicio de la función pública.

Como consecuencia de la aplicación -por demás arbitraria- de la infracción constitucional para justificar la destitución de tres destacados magistrados del Tribunal Constitucional por simple mayoría, por parte del Congreso fujimorista

en 1997, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²⁷ se pronunciaron advirtiendo sobre algunos aspectos contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos y exigiendo el respeto de los derechos consagrados a favor de los destituidos. Esto último solamente se cumplió en el marco de la transición que el Perú experimentó entre setiembre de 2000 y el 28 de julio de 2001, periodo en el que se consolidó la recuperación de la democracia en nuestro país. Se manifestó a través de la restitución en sus cargos de los tres magistrados constitucionales, ocurrida tres años después del despojo, en noviembre de 2001, por decisión del Congreso de la República, en respuesta a pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la opinión mayoritaria de las instancias democráticas nacionales.

7. Naturaleza jurídica del juicio político

Se admite que la infracción constitucional es una figura autónoma, de carácter fundamentalmente político, que forma parte de los mecanismos de control político que le corresponde ejercer al Congreso frente a los demás poderes del Estado. Es, en consecuencia, independiente de los ilícitos penales que puedan cometer los funcionarios a los que se refiere el artículo 99 de la Carta u otros que en el futuro sean incluidos en la lista. Atañe fundamentalmente a "faltas políticas" o "contravenciones que no constituyen delitos" y, en consecuencia, dan lugar a sanciones políticas antes que propiamente punitivas, pues como se dijo, pretenden separar del cargo al funcionario que irrespete la Constitución y las leyes, alejarlo obligadamente de la vida pública y preservar al Estado y la confianza en que se funda su legitimidad de sus instituciones. Por el contrario, la denuncia por los delitos de función que los altos funcionarios puedan cometer se encuentra ligada a los bienes jurídicamente protegidos por el Código Penal¹²⁸.

Esta es precisamente la posición que tomó el Tribunal Constitucional en la sentencia citada cuando reconoce, zanjando discusiones doctrinarias previas, que:

"19. (...) el juicio político (es) aquel que permite iniciar un procedimiento a los funcionarios enumerados en su artículo 99, en razón de las 'faltas políticas' cometidas en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de 'retirar el poder de quien hace mal uso de él e impedir que [...] pueda ser reinvestido de poder en el futuro'. (BROUSSARD, Paulo. O impeachment. Editora Saraiva. 2a ed, 1992, p. 77). Al respecto, Bidart Campos refiere que "se lo denomina juicio 'político' [...] porque no es un juicio penal; en él no se persigue castigar sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado" (BIDART CAMPOS, Germán. Manual de Derecho Constitucional argentino. Ediar, 1986. p. 612).

¹²⁷ Véase la sentencia del 31 de enero de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano vs. Pero).

¹²⁸) La propia sentencia del Tribunal cita como fuente a los tratadistas Broussard, brasilero, y Bidart Campos, argentino, este último con larga trayectoria académica en Latinoamérica y el Perú. En el Perú, Eguiguren Praeli citado más adelante, ha sido quien más ha enfatizado la autonomía de la figura de la infracción constitucional como distinta a la comisión de delitos de función.

"20. Esa es la manera como se debe interpretar la previsión constitucional según la cual está permitido acusar a los referidos funcionarios públicos por "infracción de la Constitución". Y es que toda falta política en que incurran los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política, compromete peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal. En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta".

"21. De esta manera, en el juicio político el funcionario es acusado, procesado y, de ser el caso, sancionado por el propio Congreso, por faltas únicas y estrictamente políticas".

De lo anterior se desprende, en todo caso, que la naturaleza jurídica autónoma de la infracción constitucional frente a la comisión de delitos no debe entenderse como totalmente desligada de la concurrencia de dicha "falta política" con delitos debidamente calificados por el Código Penal. Ante tal sumatoria de inconductas (políticas y delictivas) corresponderá que el Poder Judicial se avoque primeramente a conocer la materia punitivo-jurisdiccional-en el lenguaje de la sentencia del Tribunal Constitucional- para que, con posterioridad, el Congreso se aplique a cumplir la función políticopunitiva que de manera residual pueda corresponderle a este último¹²⁹.

8. Alcances de la infracción a la Constitución y su apego al principio de legalidad

La mayor polémica en torno a la institución de la infracción constitucional ha recaído en los alcances que ella tiene en relación con las conductas que en concreto pueden dar lugar a tal acusación. Desde posiciones discrepantes han participado activamente Paniagua Corazao¹³⁰ haciendo enérgica advertencia al carácter abierto e indefinido de la institución como fundamento de su posible aplicación abusiva; y, en el otro extremo, Eguiguren Praeli¹³¹, admitiendo que en realidad todos y cada uno de los artículos constitucionales podrían constituir el catálogo de posibles contravenciones susceptibles de acusación por infracción a la Constitución¹³².

¹²⁹ Véase los considerandos 14, 15, 16 Y especialmente el segundo párrafo del considerando N° 25 de la sentencia del Tribunal Constitucional de diciembre de 2003 y la precisión que hace el Tribunal de que en caso de sentencia condenatoria por delito impuesta por el Poder Judicial basta una decisión del pleno del Congreso adoptada por mayoría simple y no, como se verá más adelante, una mayoría calificada de los 2/3 del número legal de miembros del Congreso de la República

¹³⁰ PANIAGUA CORAZAO, Valennn. El sistema político en la Constitución de 1993. En: "Dereito". Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela. Volumen IV, N° 2, 1995, p. 18; e *Ibidem*, La acusación constitucional En: "Gaceta Jurídica", Tomo 45, agosto, 1997, pp. 53-A Y ss., en particular las páginas 69-A a n-A.

¹³¹ EGUIGUREN PREALI, Francisco. La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios. En: "Estudios Constitucionales". Ara Editores, Lima, 2002, p. 454.

¹³² BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Ob. cit. pp. 465-467 se pronuncia favorablemente a la tipificación de conductas previas a la aplicación de sanciones por infracción a la Constitución en

En este contexto, la falta de tipicidad de las conductas susceptibles de ser reputadas como infracción a la Constitución fue clamorosa en el caso de la abusiva destitución de los tres magistrados del Tribunal Constitucional a que se ha hecho referencia y que dio lugar a la sentencia de la Corte Interamericana del 31 de enero de 2001. En los considerandos de la sentencia internacional queda clara la situación que se presentó en aquella oportunidad en que los magistrados fueron inicialmente acusados de "usurpación" de las funciones que correspondían al pleno de dicho Colegiado Constitucional lo que constituiría más bien un delito y no una infracción)¹³³.

Finalmente, no fue demostrado ante la Corte cuáles fueron las conductas violatorias a la Norma Fundamental en las que pudieron haber incurrido los magistrados, pues la naturaleza arbitraria de la medida quedó evidenciada, entre otros, por la falta de tipicidad que hasta hoy subsiste.

Sin embargo, a pesar de la importancia del tema, la sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de diciembre de 2003 no ha abordado ni resuelto el problema de la adecuación de esta institución polémica al principio de legalidad, de conformidad con lo prescrito por el literal d) del numeral 24) del artículo 2 de la Constitución, al que debe quedar sometido toda actividad sancionadora del Estado, incluyendo la parlamentaria¹³⁴. Tampoco se ha procedido en el Perú a distinguir entre la acusación por infracción a la Constitución de autoridades cuyo mandato emana de elección popular (el Presidente de la República o los representantes al Congreso), del voto mayoritario del Congreso (los magistrados del Tribunal Constitucional o el Defensor del Pueblo) o se asienta en ratificación parlamentaria (el Contralor General de la República); de aquellos cuyo nombramiento proviene de órganos especializados (como los vocales de la Corte Suprema o los fiscales supremos) o emana de expresiones corporativas de la sociedad civil (como los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura), sin que en ninguno de los casos se precise la tipificación de conductas que dan lugar a la infracción ni los márgenes de diferenciación entre los actos infractorios o aquellos que pueden caber dentro de criterios de interpretación u opinión¹³⁵.

congruencia con el principio de legalidad consagrado en el artículo 2, inciso 24-d de la Constitución: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

¹³³ Resultan especialmente ilustrativos los peritajes realizados por los doctores Jorge Avendaño Valdez y Mario Pasco Cosmópolis que se insertan bajo el acápite "Prueba Pericial" de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de enero de 2001, en los que este tema queda especialmente destacado. En el mismo sentido abona la opinión técnica aportada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el doctor Enrique Bernalles Ballesteros a que se hace referencia en el considerando N° 50 de la misma sentencia internacional.

¹³⁴ Véase REY CANTOR, Ernesto. Principio de legalidad y derechos humanos. Análisis desde la perspectiva del Derecho Constitucional Procesal En: VEGA CORZO, Juan y CORSO SOSA, Edgar. "Instrumentos de tutela y justicia constitucional". Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional". Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D. F., 2002, pp. 529-582

¹³⁵ Si bien es cierto que el impeachment no se encuentra rigurosamente reglamentado, hay en el constitucionalismo latinoamericano la oportunidad de estudiar el proceso constitucional de pérdida de la investidura que en Colombia se aplica a los congresistas. Si bien este proceso tiene la peculiaridad de que está en manos del Consejo de Estado y no del Parlamento como

A este respecto, Landa¹³⁶ viene ensayando una primera propuesta de los supuestos que pueden dar lugar a dicha violación (infracción leve, intermedia y grave) del marco principista bajo el cual la aplicación de sanciones políticas pueda responder a los principios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Abre además este autor la posibilidad de que se admita -a título de declaración o advertencia previa- una amonestación pública emitida por una instancia competente del Congreso antes de la aplicación de alguna de las sanciones previstas en el artículo 100 de la Constitución.

Constituye, sin embargo, una tarea inmediata del Congreso el abocarse a elaborar las normas del caso para garantizar el apego de la institución de la infracción constitucional y su aplicación concreta al principio constitucional de legalidad¹³⁷.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha opinado sobre los alcances de la institución en relación con las personas a las que considera susceptibles de ser acusadas por ello¹³⁸. Ha contribuido el colegiado constitucional con mencionar la necesidad de que a la lista de altos funcionarios contenida en el artículo 99 de la Carta (que incluye al Presidente de la República, los representantes al Congreso, ministros de Estado, magistrados del Tribunal Constitucional,

ocurre con nuestra institución de la infracción a la Constitución, se sustenta dicha pérdida en estipulaciones precisas contenidas en los artículos 119 y 183 de la Constitución colombiana que incluyen hechos o conductas tales como inhabilidades, incompatibilidades, conflicto de interés, inasistencia a sesiones especiales en las que se voten reformas a la Constitución, demora o reticencia a asumir el cargo en los plazos establecidos, indebida destino a dineros públicos, tráfico de influencias e inducir al aporte de dinero para los partidos o movimientos políticos. Véase SIERRA PORTO, Antonio. El proceso constitucional de Pérdida de la investidura de los congresistas en Colombia. En: Cecilia Mora- Donatto (coordinadora). "Relaciones entre los Gobiernos y el Congreso". Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D. F., 2002, pp. 559-580. En todo caso la discusión que se ha planteado en el Perú al momento de redactar el presente artículo en torno a la posible acusación por infracción constitucional a vocales de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República por el sentido de su voto -más allá de la opinión que se tenga sobre la interpretación de la retroactividad penal en relación al reconocimiento de beneficios penitenciarios- exige que se preestablezca supuestos típicos de infracción que eviten confusiones con decisiones en materia opinable como las que toman los magistrados constitucionales, jueces, fiscales, Defensor del Pueblo u otros

¹³⁶ LANDA, César. Antejudio político. En: "Diálogo con la Jurisprudencia". Tomo 54, Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2004

¹³⁷ Véase el Informe de mayoría de la Subcomisión Investigadora de la Acusación Constitucional N° 226/2003 contra el ex ministro de Estado en la cartera de Economía, doctor Pedro Pablo Kuczynski Godard, por infracción constitucional y comisión de delitos de función, suscrito por los señores congresistas Adolfo Latorre López y Manuel Merino Lama, cuyas conclusiones fueron aprobadas por la Comisión Permanente del Congreso de la República en sesión del 10 de setiembre de 2003, sin debate, por 16 votos a favor y 2 en contra, sin que se hubiese admitido la reconsideración solicitada. En dicho Informe se concluye que el ministro acusado no ha cometido ni infracción a la Constitución ni delito de usurpación de funciones por el hecho de haber suscrito el decreto supremo que aprueba un Texto Único Ordenado conteniendo un error de tipo. Dicho Informe absolutorio -al que el autor de la presente exegésis tuvo acceso por haber sido el abogado defensor del ministro acusado- contiene un análisis sumamente completo de las figuras diferenciadas de infracción a la Constitución y delito de usurpación de funciones, y de la naturaleza de la responsabilidad aplicable a cada una de las instituciones

¹³⁸ Véase el considerando N° 27 de la sentencia del TC del 2 de diciembre de 2003 a este respecto

vocales de la Corte Suprema, fiscales supremos, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, Defensor del Pueblo y Contralor General de la República) debe añadirse -vía reforma constitucional a los integrantes del Jurado Nacional de Elecciones, el jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

9. Procedimiento aplicable y respeto al debido proceso

Se desprende de la sentencia sobre inconstitucionalidad emitida por el Tribunal Constitucional el 1 de diciembre de 2003 y del fructífero diálogo jurisprudencial que se produce con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito de la sentencia sobre el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional (de 31 de enero de 2001), que la reglamentación que adopte el Congreso a efectos de aplicar las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100 de la Constitución debe respetar rigurosamente las garantías del debido proceso contenidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos¹³⁹. El hecho de que se trate de un juicio propiamente político¹⁴⁰, que de lugar a sanciones de esta naturaleza, no lo exime del cumplimiento de tales garantías por razones de carácter tanto objetivo cuanto subjetivo. Efectivamente, la legitimidad que un régimen respetuoso del Estado democrático de derecho exige a las instituciones del Estado -incluido el Parlamento- que actúen en apoyo a tales principios¹⁴¹; como por igual lo reclaman las reglas del debido proceso, como derecho subjetivo de los funcionarios susceptibles de acusación y sanción, en el marco de los artículos 99 y 100 de la Constitución, en aplicación -como lo ha hecho reiteradamente el Tribunal Constitucional- de la cláusula abierta para el reconocimiento de los derechos fundamentales que contiene el artículo 3 de nuestra Carta.

10. Votación mínima requerida para aplicar las sanciones políticas

¹³⁹ Véase los considerandos N°s. 24 y 25 de la sentencia del TC de 1 de diciembre de 2003

¹⁴⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claramente establecido en su jurisprudencia que si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a las garantías judiciales en sentido estricto sino al conjunto de requisitos que debe observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en capacidad de defenderse "ante cualquier acto del Estado que pueda afectados", lo que a nuestro criterio incluye el caso del procedimiento parlamentario motivado por acusación de infracción a la Constitución en el marco de los artículos 99 Y 100 de la Constitución. En este orden de ideas, es relevante lo que ha dicho la Corte Interamericana en esta materia no solamente en la sentencia internacional tantas veces citada en este comentario, sino en la proferida el 2 de febrero de 2001 en el caso Baena Ricardo y otros contra el Estado de Panamá. Véase asimismo la definición de debido proceso de Rey Cantor en: REY CANTOR, Ernesto. Ob. cit., p. 532

¹⁴¹ El Capítulo X de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de enero de 2001 está íntegramente dedicado a analizar la violación al artículo 8 (garantías judiciales) de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como el Capítulo XI lo está a la violación del artículo 25 del mismo instrumento internacional (protección judicial), consignando los argumentos en esta materia de la Comisión y las consideraciones que sobre ellos retiene la Corte en el párrafo 110 de la sentencia en que se concluye que "el Estado violó los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, por lo que puede concluirse que no ha cumplido con su deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquella y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo dispone el artículo 1.1 de la Convención"

Otra de las anomalías que se han presentado en relación con la institución de la acusación constitucional y las sanciones políticas en ella concebidas ha sido la votación requerida para la aplicación de estas. En numerosas ocasiones la votación por mayoría simple ha dado lugar a la destitución, u otras sanciones, como ocurrió en el tan citado caso de la injustificada destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional. Al respecto, se advierte en la sentencia del 1 de diciembre de 2003 que, a juicio del colegiado constitucional, la omisión de la votación necesaria para la aplicación de sanciones "puede desencadenar aplicaciones irrazonables¹⁴² de estas, por lo que el Tribunal Constitucional opta por exhortar al Congreso a estipular expresamente en su Reglamento la mayoría requerida.

Como criterio general el Tribunal establece que, en aplicación del principio de congruencia, la sanción de destitución, o de inhabilitación hasta por 10 años, debe requerir el voto conforme de los 2/3 del número legal de miembros del Congreso, como la Carta lo exige para el caso de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y del Defensor del Pueblo. Argumentando que el juicio político por infracción a la Constitución es un procedimiento seguido en su totalidad ante el Congreso de la República para sancionar por razones estrictamente políticas, corresponde según el colegiado constitucional -en aras a la imparcialidad de la que debe estar premunida la aprobación de cualquier sanción- que esta sea producto del voto favorable de, por lo menos, los 2/3 del número de congresistas, sin participación de la Comisión Permanente. Llega a tal punto la convicción del Tribunal Constitucional en materia de esta votación calificada, que no duda en la sentencia que se comenta en hacerla aplicable al caso de vacancia presidencial, por incapacidad moral o física, previsto en el inciso 2) del artículo 113 de la Constitución.

II. Carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad política involucrada

Se discute en doctrina y en los estrados parlamentarios si la infracción constitucional tiene carácter objetivo, y en consecuencia, a quien la comete se le juzga por los resultados¹⁴³; o si, por el contrario, como ante cualquier procedimiento sancionatorio, se le juzga al funcionario por sus intenciones¹⁴⁴. Esto último exigiría el análisis del dolo o culpa para la comisión de la infracción, con la complicación de que -como ocurre típicamente en los actos de gobierno- la responsabilidad del alto funcionario acusado es compartida con sus subordinados, quienes no se encuentran sujetos a la misma responsabilidad políticas¹⁴⁵.

¹⁴² Considerando N° 23 de la sentencia de! TC del 1 de diciembre de 2003

¹⁴³ Evidentemente el Derecho Penal rechaza la responsabilidad objetiva. El Código Penal peruano en su artículo VII prescribe: "La pena requiere de la responsabilidad penal de! autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva". El problema se presenta en tomo a la determinación de si tal-principio general, admitido sin discusiones en el Derecho Penal, es aplicable a todo proceso sancionatorio, y más concretamente a uno de carácter político en el ámbito parlamentario.

¹⁴⁴ Ortecho Villena distingue entre el delito como acto antijurídico que resulta de ser cometido a título de dolo o culpa, en tanto que las infracciones son a su juicio transgresiones o quebrantamientos de la ley, de un pacto o de un convenio. Véase ORTECHO VILLENA, Víctor. Jurisdicción y procesos constitucionales. Rodhas, Lima, 2000, p. 262

¹⁴⁵ Véase GARCÍA MORILLO, Joaquín. Responsabilidad política y responsabilidad penal En: "Revista Española de Derecho Constitucional". N° 52, Centro de Estudios Políticos y Jurídicos,

Aun cuando viene ganando terreno el consenso a favor de considerar pacífico el tema de la autonomía de la figura de la "falta política" (infracción a la Constitución) con respecto al delito de función al que puede dar lugar un juicio político -en cuya línea se ubica el Tribunal Constitucional en su sentencia de 1 de diciembre de 2003- no ha quedado dilucidado aún el asunto del carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad por infracción a la Constitución¹⁴⁶. Las normas que al efecto se dicten y la aplicación e interpretación de la institución por parte del Congreso y las instancias jurisdiccionales tienen en ello una importante tarea por desarrollar.

12. Revisión judicial de las sanciones políticas aplicadas por el Congreso

Parte de la polémica en torno a la institución de la infracción a la Constitución radica en el viejo debate sobre la justiciabilidad de los actos políticos que sigue siendo discutido en la doctrina constitucional. Si la institución corresponde típicamente a los mecanismos de control político en manos del Parlamento, un sector de la doctrina¹⁴⁷ se pronuncia por la interdicción de la revisión judicial de tales decisiones como ha sido establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁴⁸. Sin embargo, por tratarse en definitiva de la aplicación de sanciones de envergadura tan importante como la inhabilitación para el ejercicio de función pública hasta por diez años, resulta¹⁴⁹, difícil admitir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se vea cercenado ante decisiones arbitrarias o desproporcionadas que puedan tomar los congresistas¹⁵⁰.

El propio caso de la destitución arbitraria de los destacados magistrados del Tribunal Constitucional en 1997 ilustra el derecho -siempre accesible a nuestro

Madrid, 1998, p. 88

¹⁴⁶ Véase ABA CATO IRA, Ana. La limitación de los derechos fundamentales por razón del sexo. Temos, Madrid, 2001, pp. 162 Y ss

¹⁴⁷ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Algunos alcances sobre la posibilidad de revisión judicial de aquellos actos calificados como "políticos" y "de discrecionalidad política": En: "Revista Jurídica del Perú" N° 14. Normas Legales, Lima, enero - marzo de 1998

¹⁴⁸ Efectivamente en el caso del juez Ritter, quien en 1936 fue destituido por el Congreso a consecuencia de un impeachment, recurrió a una Corte de Apelaciones para que revise algunos aspectos de tal decisión. La Corte concluyó que carecía de autoridad constitucional para hacerlo y la Corte Suprema declinó revisar dicha decisión, con lo que quedó consentida.

¹⁴⁹ La mayoría de constitucionalistas norteamericanos, a partir de ese momento, admiten que el Congreso debe tener la última palabra en asuntos de impeachment y destitución. Vid. BERKOVITCH, Boris S. Y SCHWARZ, Thomas J. (Committee on federal legislation, association of the bar of the city of New York). The law of presidential impeachment. En: "www.hcnycot.f./presimp.htm"

¹⁵⁰ Rubio Correa admite que la persona afectada por una sanción de esta naturaleza puede reclamar tutela jurisdiccional para que los tribunales digan el Derecho con respecto al asunto decidido por el Congreso. Concretamente concibe que se pueda recurrir a la vía del amparo para pedir la restitución de los derechos conculcados. Ob. cit., p. 127. En el caso concreto de afectación al debido proceso, Cairo se pronuncia por la nulidad de tal juicio político y por la competencia del Poder Judicial para declararla. Ob. cit., pp. 148-150. Bernal Ballesteros, por el contrario ha opinado que la Constitución asigna al Congreso competencia para administrar justicia concretamente en los artículos 99 y 100. Esta decisión del Congreso, dice este autor, "no está sometida a conocimiento de otros órganos jurisdiccionales" y corresponderá "al Congreso y solo al Congreso, mediante una ley interpretativa constitucional", precisar los alcances de los artículos 99 y 100 de la Constitución.

Vid. El Comercio, página editorial, edición del lunes 7 de febrero de 2005

juicio- a los recursos de protección internacional de los derechos humanos, a que se contrae el artículo 205 de la Constitución¹⁵¹. Ello permite encontrar amparo y remedio frente a violaciones flagrantes al debido proceso, o medidas abusivas y desproporcionadas, aun cuando emanen de decisiones de carácter discrecional sobre materias fundamentalmente políticas como las que son inherentes a los casos de infracción a la Constitución¹⁵².

Finalmente, a nuestro juicio, todo proceso sancionatorio debe estar sujeto a revisión por parte de las autoridades jurisdiccionales en la medida en que ignore el principio de legalidad, irrespete al debido proceso o se aleje en su aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

13. Razonabilidad y proporcionalidad

El mensaje ineludible de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 2003 tiene relación con la necesidad de adecuar los procedimientos de aplicación de sanciones por infracción a la Constitución a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que inspiran el orden constitucional. De aquí que sea imprescindible establecer las conductas típicas que den lugar a la comisión de infracción a la Constitución para lograr congruencia con los principios de razonabilidad y proporcionalidad que son inherentes al marco constitucional¹⁵³. Ello supone, de una parte, actividad normativa a nivel de modificaciones al Reglamento del Congreso en el ámbito marcado por el Supremo Intérprete de la Constitución, lo que se ha producido a través de la Resolución Legislativa del Congreso N° 030-2003-CR que modifica el texto del inciso i) del artículo 89 del Reglamento del Congreso estableciendo, entre otras modificaciones, una mayoría de la mitad del número legal de miembros del Congreso para aprobar la acusación por parte del Pleno; y una mayoría calificada de los dos tercios de número legal de miembros del Congreso para aplicar la sanción de suspensión, inhabilitación o destitución por infracción constitucional. En su momento, precisiones al propio texto constitucional para tratar de manera más puntual y congruente con el Estado democrático de derecho esta institución que ha venido siendo objeto de discrepancia en nuestro medio.

14. Efectos de una sentencia interpretativa y exhortativa en el marco de un proceso de inconstitucionalidad

Tanto en la sentencia propiamente dicha, cuanto en la resolución aclaratoria del 9 de diciembre de 2003, el Tribunal Constitucional reconoce la naturaleza objetiva del proceso de inconstitucionalidad destinado exclusivamente a

¹⁵¹ El artículo 205 de la Constitución establece que: "Agotada la jurisdicción interna, quien se considera lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú sea parte".

¹⁵² La amplitud de consideraciones que hoy se presentan en cuanto a la revisión de distinto tipo de decisiones, a través de los procesos constitucionales que se encuentran denominados como "garantías constitucionales" en el artículo 200 de la Carta, puede verse en SAENZ DÁVALOS, Luis R. Los procesos constitucionales como mecanismos de protección frente a resoluciones judiciales arbitrarias. En: Susana Castañeda Otsú (coordinadora). "Derecho Procesal Constitucional". Jurista Editores, Lima, 2003, pp. 133-157

¹⁵³ Véase LANDA, César. Ob. cit., nota 12

determinar la admisibilidad o rechazo de las normas con rango de ley del sistema jurídico regido por la Constitución. Sobre esta base, se ve obligado a declarar¹⁵⁴ que en este contexto de inconstitucionalidad, las decisiones del Tribunal no están destinadas a evaluar la constitucionalidad de actos concretos que en aplicación de normas espurias puedan haber ocasionado desmedro en el pasado a los derechos de las personas.

En la misma dirección, la resolución aclaratoria advierte que no puede derivarse ningún efecto retroactivo de la sentencia emitida el 1 de diciembre de 2003, no solamente porque así lo dispone la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sino porque en rigor no se ha declarado como resultado de ella ninguna norma inconstitucional. Se ve precisado el Colegiado Constitucional al señalar que se ha producido un cambio en la interpretación de la Constitución en relación con los artículos 99 y 100 de la Carta por lo que ha procedido a dictar una sentencia con un doble carácter: interpretativo y exhortativo fundamentalmente en cuanto recurre al principio de congruencia para ponderar el mínimo de votos de los 2/3 del número legal de los miembros del Congreso para aplicar válidamente sanciones -como se ha señalado anteriormente- previstas en el artículo 100 de la Norma Fundamental. Ello supone que la sentencia no se pronuncia ni prejuzga sobre casos o actos del pasado en los que se aplicaron tales sanciones a la luz de una interpretación constitucional diferente. Sin perjuicio de ello, no puede dejar de reconocerse que como resultado de la sentencia comentada y su aclaración posterior se abre un espacio de cuestionamiento y reinterpretación inesquivable en relación a la siempre polémica institución de la acusación constitucional.

DOCTRINA

ABA CATOIRA, Ana. La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto. Tecnos, Madrid, 2001; BERKOVITCH, Boris S. y SCHWARZ, Thomas J (Committee on federal legislation, Association of the bar of the city of New York). The Law of Presidential Impeachment. En: www.abcnyc.org/presimp.htm; EL COMERCIO. Editorial, edición del lunes 7 de febrero de 2005; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Lima, ICSRAo, 1999; CAIRO ROLDÁN, Ornar. Justicia constitucional y proceso de amparo. Palestra Editores, Lima, 2004; CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993.

Lectura y Comentario. Peidul, Lima, 1995; EGUIGUREN PRAELI, Francisco. La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios. En: "Estudios Constitucionales". Ara Editores, Lima, 2002; ESPINOSA-SALDAÑA B. Eloy. Algunos alcances sobre la posibilidad de revisión judicial de aquellos actos calificados como "políticos" y "de discrecionalidad política". En: "Revista Jurídica del Perú". N° 14, Normas Legales, Trujillo, enero-marzo, 1998; GARCIA BELAUNDE, Domingo. ¿Antejudio, acusación constitucional, juicio político? En: "Revista Jurídica del Perú". Año LIV, N° 55, Trujillo, 2004; GARCÍA CHÁVARRI, M. Abraham. Juicio político, antejudio, acusación constitucional en el sistema de gobierno peruano. En: www.bahaidream.com (publicado originalmente en la Revista Jurídica de

¹⁵⁴ Véase el considerando N° 26 de la sentencia del TC del 1 de diciembre de 2003, así como los considerandos N°s. 4 y 5 de la resolución aclaratoria de 9 de diciembre del mismo año

Cajamarca); GARCÍA MORILLA, Joaquín. Responsabilidad política y responsabilidad penal. En: "Revista Española de Derecho Constitucional". N° 52, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Jurídicos, 1998; LANDA, César. Antejudio Político. En: "Diálogo con la Jurisprudencia", Tomo 54. Gaceta Jurídica. Lima, enero, 2004; ORTECHO VILLENA, Víctor. Jurisdicción y procesos constitucionales. Rodhas, Lima, 2000; P ANIAGUA CORAZAO, Valentín. ¿Acusación constitucional, antejudio o juicio político? En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios". Tomo II, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995; P ANIAGUA CORAZAO, Valentín. El sistema político en la Constitución de 1993. En: "Dereito". Volumen IV, N° 2, Revista Jurídica da Univerddade de Santiago de Compostela, 1995; PANIAGUA CORAZAO, Valentín. La acusación constitucional. En: "Gaceta Jurídica", tomo 45, Lima, 1997;

REY CANTOR, Ernesto. Principio de legalidad y Derechos Humanos. Análisis desde la perspectiva del Derecho Constitucional Procesal. En: Juan Vega Corzo y Edgar Corso Sosa (coordinadores). "Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional". México D.F. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas 2002; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución de 1993. Tomo 4, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999; SAENS DÁVALOS, Luis R. Los procesos constitucionales como mecanismos de protección frente a resoluciones judiciales arbitrarias. En: Susana Castañeda Otsú (coordinadora), "Derecho Procesal Constitucional". Jurista Editores, Lima, 2003; SIERRA PORTO, Antonio. El Proceso constitucional de pérdida de la investidura de los congresistas en Colombia. En: Cecilia Mora-donatto (coordinadora). "Relaciones entre los Gobiernos y el Congreso". Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F. 2002.

Artículo 101

Comisión permanente: elección y atribuciones

Los miembros de la Comisión Permanente del Congreso son elegidos por éste. Su número tiende a ser proporcional al de los representantes de cada grupo parlamentario y no excede del veinticinco por ciento del número total de congresistas.

Son atribuciones de la Comisión Permanente:

1. Designar al Contralor General, a propuesta del Presidente de la República.
2. Ratificar la designación del Presidente del Banco Central de Reserva y del Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. (*)
3. Aprobar los créditos suplementarios y las transferencias y habilitaciones del Presupuesto, durante el receso parlamentario.
4. Ejercitar la delegación de facultades legislativas que el Congreso le otorgue. No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.
5. Las demás que le asigna la Constitución y las que le señala el Reglamento del Congreso.

(*) Texto del numeral 2 según modificatoria efectuada por la Ley N° 28484, publicada el 05 de abril de 2005

CONCORDANCIAS:

C: arts. 57, 80, 81, 86, 94, 95, 96, 100, 102, 108, 134" 137, 15' D.ET.;
T.U.O. Rgmto. Congreso: arts. 5, 6, 22 ine d), 42 Y ss., 82, 93;
Ley 27594: art 1 ine 6);
Res. Leg.: 0182002-CR;
C.A.D.H.: art 23. La;
D.U.D.H.: arto 21.2;
P.I.D.C.P.: arts. 25.a y 25.c

Natale Amprimo Plá

1. Introducción

En nuestra historia constitucional, la Comisión Permanente aparece con la Constitución de 1860. De igual manera, la encontramos en la Constitución de 1979 y en la que rige actualmente, si bien con características distintas.

Jorge de Esteban y Pedro Gonzales-Trevijano¹⁵⁵ establecen que en el Derecho Comparado se han adoptado tres modelos diferentes en cuanto a las reuniones parlamentarias. Si bien estos modelos no son incompatibles entre sí, surgen con la finalidad de preservar la continuidad de la institución parlamentaria. Estos tres modelos son:

¹⁵⁵ DE ESTEBAN, Jorge y GONZALES-TREVIJANO, Pedro. Curso de Derecho Constitucional español. Tomo III, Universidad Complutense, Madrid

a) Las Cámaras se reúnen automáticamente en casos de crisis constitucional. Un ejemplo es el caso de la Constitución belga, cuyo artículo 90 dispone la convocatoria de las Cámaras a la muerte del Rey y en el plazo de diez días.

b) Las Cámaras prorrogan sus poderes hasta la instalación del nuevo Parlamento.

Artículo 61 de la Constitución italiana.

c) Las Cámaras delegan sus poderes a las Comisiones ultrapermanentes. El precedente se encuentra en la Constitución francesa de 1848. Fue asumido por la Constitución de Weimar de 1919 y adoptado por la Constitución española para establecer la Diputación Permanente. La doctrina española señala como características de la Diputación Permanente: su origen constitucional, su procedencia parlamentaria, y su limitación temporal y funcional.

Al analizar las Constituciones peruanas de 1860 y de 1979 sobre la regulación de esta institución, hemos creído necesario señalar que mientras en la Constitución de 1860 la Comisión Permanente estaba conformada por 17 Senadores y 8 Diputados, los cuales eran elegidos en Cámaras reunidas al final de cada legislatura ordinaria, en la Constitución de 1979 la Comisión Permanente estaba constituida por 5 Senadores y 10 Diputados, los cuales eran elegidos por sus respectivas Cámaras y por los Presidente de estas, como miembros natos. Su Presidente era el del Senado, y en su ausencia era presidida por el Presidente de la Cámara de Diputados.

Por otro lado, debemos citar también a la Constitución de 1993, la cual establece que los miembros de la Comisión Permanente son elegidos por el Congreso y su Presidente es el del Presidente del Congreso.

2. Atribuciones de la Comisión Permanente

En cuanto a las atribuciones de esta Comisión, la Constitución de 1860 señala las siguientes:

a) Vigilar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes.

b) Dar cuenta al Congreso y pedir que la Cámara de Diputados acuse al ministro infractor.

c) Declara si ha o no lugar a formación de causa y poner a disposición del juez competente a los Senadores o Diputados.

d) Resolver competencias entre las Cortes Superiores y la Corte Suprema y entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo.

e) Autorizar al Ejecutivo para que negocie empréstitos, designando la cantidad; y, para que aumente la fuerza pública en caso de transtorno del orden o sea invadido el territorio nacional.

f) Dar al Presidente de la República los permisos mencionados en los artículos 95 Y 96.

En cuanto a las atribuciones de la Comisión Permanente, la Constitución de 1979 señala que estas se encuentran en la misma Constitución y en el Reglamento del Congreso. Durante el receso del Congreso, el Poder Ejecutivo está obligado a dar cuenta a la Comisión Permanente de los estados de excepción. Además, acusa a funcionarios sometidos a antejuicio y autoriza la participación de Congresistas en comisiones extraordinarias internacionales, previa solicitud del Ejecutivo.

Nuestra actual Constitución señala entre sus atribuciones, la designación y ratificación de los altos funcionarios del Estado como son el Contralor General de la República y el Presidente del Banco Central de Reserva, así como también el Superintendente de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Además, durante el receso parlamentario, aprueba los créditos suplementarios y las transferencias y habilitaciones del Presupuesto. Del mismo modo, ejerce la delegación de facultades legislativas que el Congreso le otorga.

No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

3. Características de la actual Comisión Permanente

a) La actual Comisión Permanente presenta las siguientes características:

Tiene su origen en el propio Congreso, al ser el Pleno quien elige a sus integrantes.

b) Mantiene una conformación interna proporcional a la participación de cada grupo parlamentario.

c) El número máximo de sus miembros es de 30, número que corresponde al 25% del total de congresistas.

La Constitución de 1993 se ocupa de la Comisión Permanente en varios artículos, como son el 99, 101, 134 Y el 135.

Cabe resaltar que el Congreso peruano, al ser unicameral, otorga funciones especializadas a la Comisión Permanente, funciones que antes eran realizadas por el Senado y por la Cámara de Diputados, independientemente.

Asimismo, durante los periodos de receso del Congreso, este organismo asegura que la función legislativa y la de fiscalización continúen en pleno ejercicio.

La crítica a este organismo ha sido basada en que no se han respetado nuestros antecedentes constitucionales ni la doctrina comparada, puesto que se le ha otorgado una calidad de ente propio; y que si bien responde a la necesidad de reemplazar al Senado eliminado por el Congreso unicameral, la Comisión Permanente adquiere funciones propias y estables. Una de ellas es

que puede sesionar mientras lo hace el Congreso y no solo durante el receso parlamentario de este último.

4. Composición de la Comisión Permanente

La Comisión Permanente está presidida por el Presidente del Congreso y conformada por no menos de veinte congresistas propuestos por sus propios grupos parlamentarios, guardando la proporcionalidad de los representantes de cada grupo parlamentario, elegidos por el Pleno. La nómina de los congresistas propuestos para conformarla es sometida por el Presidente a consideración del Pleno del Congreso.

Los Vicepresidentes del Congreso lo son también de la Comisión Permanente.

Una vez instalado el primer periodo ordinario de sesiones, a más tardar dentro de los quince días útiles posteriores, lo hace la Comisión Permanente.

5. Convocatoria a Comisión Permanente

La Comisión Permanente se reúne durante el receso del Congreso. Sin embargo, también puede ser convocada dentro del periodo ordinario o extraordinario de sesiones, cuando deba cumplir con el trámite de acusación constitucional señalado en el artículo 99 de nuestra Constitución. De igual manera, puede reunirse cuando un tercio del número legal de sus miembros lo solicite. Durante el receso del Congreso, la Comisión Permanente cumple funciones de control, conforme a la Constitución Política y al Reglamento del Congreso.

Resulta importante señalar que, según el artículo 134 de la actual Constitución, la Comisión Permanente mantiene sus funciones, en caso que el Congreso sea disuelto.

Una función adicional de la Comisión Permanente es la de ejercer el control político sobre la legislación de urgencia, en caso que el Congreso se lo delegue durante el receso parlamentario.

6. La Constitución española

El artículo 78.1 de la Constitución española señala: "En cada Cámara habrá una Diputación Permanente compuesta por un mínimo de veintiún miembros, que representarán a los grupos parlamentarios, en proporción a su importancia numérica".

Asimismo, señala que la Diputación Permanente es presidida por el Presidente de la Cámara (artículo 78.2 de la Constitución) y elige de entre sus miembros, dos Vicepresidentes y dos Secretarios (artículos 56.3 RC y 47.1 RS). Se respeta su condición de senador, con todos los derechos y prerrogativas inherentes a la misma, aun después de expirado su mandato o de disuelto el Senado.

Sobre las funciones desempeñadas por las Diputaciones Permanentes, debe resaltarse dos momentos: a) cuando las Cámaras no se encuentran reunidas

por estar en periodo de vacaciones parlamentarias, y; b) cuando han expirado sus mandatos, sea porque ha transcurrido el plazo de cuatro años para el que fueron elegidas o porque han sido disueltas anticipadamente. En el primer supuesto, las Cámaras solo son competentes a lo que es el despacho de los asuntos corrientes, preservando así los poderes parlamentarios. En el segundo supuesto, las funciones son más amplias.

Su convocatoria es realizada por el Presidente, sea por iniciativa propia o a petición de dos grupos parlamentarios, o de una quinta parte de sus miembros. En el Senado, esta se reúne cuando el Presidente lo considera oportuno. Las funciones de los Diputados en el Congreso se realizan durante los intervalos entre períodos de sesiones, y son dos: la convocatoria extraordinaria de la Cámara y la de velar por sus poderes.

Las funciones que cumple la Comisión Permanente española durante los períodos interlegislativos se concretan en tres: velar por los poderes de la Cámara, intervenir en la convalidación o derogación de los decretos ley, y participar en los supuestos de excepción.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique, RUBIO CORREA, Marcial y otros. La Constitución de 1993: análisis y comentario. En: "Lecturas sobre temas constitucionales". N° 10. Lima, 1994; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: análisis comparado. Ciedla. Lima, 1996; CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993: lectura y comentario. Cuarta edición. Antonella Chirinos Montalbetti. Lima, 1997; DE ESTEBAN, Jorge y GONZALES- TREVIJANO, Pedro. Curso de Derecho Constitucional español. Tomo III. Universidad Complutense.

Madrid; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

Artículo 102

Atribuciones del Congreso

Son atribuciones del Congreso:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.
2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.
3. Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución.
4. Aprobar el Presupuesto y la Cuenta General.
5. Autorizar empréstitos, conforme a la Constitución.
6. Ejercer el derecho de amnistía.
7. Aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo.
8. Prestar consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República, siempre que no afecte, en forma alguna, la soberanía nacional.
9. Autorizar al Presidente de la República para salir del país.
10. Ejercer las demás atribuciones que le señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 54, 56, 78, 79, 81, 92, 101, 107, 113 inc. 4), 118 inc. 5), 139 inc. 13) y 184;

C.P.: arts. 78 incs. 1,85 incs. 1),89;

T.U.O. Rgto. Congreso: arts. 5, 30, 32, 38, 54 inc. e), 67, 72,76; Ley 26656: arts. 1 y ss.;

Ley 27795;

C.A.D.H.: arto 24;

D.D.D.H.: arto 7;

P.I.D.C.P.: arto 26;

P.I.D.E.S.C.: arto 2

Natale Amprimo Plá

Sobre este artículo se puede decir que la Constitución de 1979 ya recogía la gran mayoría de los incisos que este contempla. Las novedades que brinda la Constitución de 1993 se refieren al consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras y a la autorización congresal que necesita el Presidente de la República para salir del país.

Al Congreso le compete una pluralidad de funciones, las cuales han sido delimitadas constitucionalmente en este largo artículo. A continuación un detalle de ellas:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes

Al Congreso se le ha identificado con la función legislativa en particular, a tal punto que se le conoce como Poder Legislativo. Hoy en día es reconocido, por tratadistas y por la doctrina, que las funciones básicas del Congreso son: legislar, fiscalizar y representar. La primera de ellas, legislar, no es ya una exclusiva atribución, puesto que actualmente no se puede hablar de "un monopolio parlamentario de la emisión de normas jurídicas de naturaleza legislativa, esto es, 'con fuerza de ley'"¹⁵⁶, ya que esta facultad puede ser ejercida -bajo determinados requisitos- por el Poder Ejecutivo, en los casos de delegación de facultades legislativas, y en los decretos de urgencia.

También legislan los gobiernos regionales, los gobiernos locales, los organismos autónomos y otros. Incluso, se habla de una sobrerregulación en muchas instancias. Sin embargo, la facultad normativa del Congreso es fundamental en su actividad diaria, sea esta la dación de leyes o de resoluciones legislativas.

Del mismo modo, se establece las facultades de interpretar, modificar o derogar las leyes existentes.

En tal sentido, el Congreso dicta leyes y ningún otro organismo puede hacerlo sin estar autorizado. Dicta resoluciones legislativas que aprueban tratados, y resoluciones legislativas del Congreso, que son normas con rango de ley que modifican el Reglamento del Congreso, entre otros. La facultad de interpretar, denominada interpretación auténtica, tiene por objeto expresar el real significado de una norma expedida por el mismo Congreso a través de una ley interpretativa.

Respecto de la modificación y derogación de una ley, el Congreso está facultado para efectuarlas por ser el que tuvo el poder originario para dictarlas.

2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, así como disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores

El Congreso, al representar a la población en general, es titular de la obligación y el derecho de velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, poniendo en práctica los mecanismos que la misma Carta Magna le otorga, como son: expidiendo las leyes respectivas, solicitando información a entidades públicas, inhabilitando a malos funcionarios públicos, entre otros.

3. Aprobar los tratados, el presupuesto y la cuenta general. Autorizar empréstitos, conforme a la Constitución

Estas facultades del Congreso tienen por objeto conocer al detalle los compromisos que el Estado asume en representación de la población; por ello, el debate que se haga de los mismos está sujeto a unos requisitos especiales (plazos, publicidad y otros), señalados en el Reglamento del Congreso y que deben cumplirse a cabalidad.

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. Dykinson, 1992, p. 619

4. Ejercer el derecho de amnistía

Entre las atribuciones políticas que tiene el Congreso se menciona a la amnistía, que es una institución jurídica cuyo origen lo encontramos en Grecia, según lo refiere el constitucionalista español Fernández Segado. Es el olvido a una conducta penalmente sancionada, cuyos efectos inmediatos son extinguir los procesos en curso o condenas ya pronunciadas y ejecutadas, por mandato de la ley. Una vez otorgada la amnistía, esta supone la derogación de una norma penal o representa una variación en su eficacia para los casos particulares hacia los cuales va dirigida.

El ejercicio de la potestad discrecional del Congreso se circunscribe -a decir de Enrique Bernales- solamente a los delitos políticos, mas no a los comunes, para los cuales existe el indulto. Entre los delitos que afectan al Estado se encuentran la sedición, la rebelión, el desacato, el motín, entre otros. Si bien se trata de conceptos amplios, no se incluye delitos que tipifican violaciones a los derechos humanos.

Las críticas a esta facultad del Congreso se sustentan en que la finalidad pacificadora de la amnistía se vería afectada por el apasionamiento de una discusión parlamentaria, y precisamente, por el carácter político de la amnistía, el Ejecutivo tendría mejores elementos de juicio para su oportunidad política.

5. Aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo

Se precisa que la propuesta provenga del Poder Ejecutivo en consideración a análisis técnicos y no políticos. Pero la facultad de aprobar o rechazar la iniciativa la conserva el Congreso.

6. Prestar consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República, siempre que no afecte, en forma alguna, la soberanía nacional

Ante la solicitud para el ingreso de tropas extranjeras, el Congreso analiza los argumentos de la solicitud y procede a su aprobación o no.

7. Autorizar al Presidente de la República para salir del país

Este numeral está en concordancia con el artículo 113, que señala las causales de vacancia de la Presidencia de la República, siendo el numeral 4 el que menciona:

"salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado". En tal virtud, presentada la solicitud de autorización de salida -regulado por la Ley N° 28344- el Congreso de la República, mediante una resolución legislativa, concede su autorización. En los periodos de receso parlamentario, esta función la cumple la Comisión Permanente.

Así también, si el Pleno no puede reunirse y por razones impredecibles y de urgencia el Presidente de la República debe ausentarse del país, la Comisión Permanente podrá autorizar la salida.

8. Ejercer las demás atribuciones que le señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa

Las facultades que le son inherentes al Congreso no se limitan a las establecidas en el presente artículo, se encuentran en todo el Texto Constitucional.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique, RUBIO CORREA, Marcial y otros. La Constitución de 1993: análisis y comentario. En: "Lecturas sobre temas constitucionales". N° 10. Lima, 1994; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: análisis comparado. Ciedla. Lima, 1996; CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993: lectura y comentario. Cuarta edición. Antonella Chirinos Montalbetti. Lima, 1997; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. Dykinson. España, 1992; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

CAPÍTULO II

DE LA FUNCION LEGISLATIVA

Excepción a la generalidad de la ley

Artículo 103

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. (...)

CONCORDANCIAS:

C: arts. 2 incs. 2), 24)a, 51, 74, 79, 109, 139 inc. 11), 200 inc. 4) y 204;
C.C: arts. 1, 11, III T.P., 924, 2120, 2121;
C.P.: arts. 1, 2, 6, 7, 8, 10; C.P.C: art. 685;
C.T.: arts. VI, 168;
Ley 26435: art. 40;
Ley 27454;
C.A.D.H.: arts. 9, 24;
D.U.D.H.: art. 11.2;
P.I.D.C.P.: art. 15.1

Manuel Muro Rojo Juan Manuel Sosa Sacio

1. Introducción

La igualdad constitucional tiene diversas manifestaciones. En efecto, es reconocida: (a) como un valor superior del ordenamiento¹⁵⁷, en la medida que fundamenta y orienta el ordenamiento jurídico, y sirve de criterio para calificar diversos hechos y conductas¹⁵⁸; (b) como un principio constitucional¹⁵⁹, ya que se trata de un mandato que debe hacerse efectivo por todos los medios jurídicamente posibles; y (c) como un derecho fundamental¹⁶⁰, debido a que se trata de un derecho subjetivo del máximo rango, reconocido y tutelado para todas las personas.

Si bien la Carta Fundamental reconoce diversos derechos especiales de igualdad (iguales derechos y deberes de los hijos, igualdad de oportunidades en el empleo, igualdad en el valor del voto, tratamiento igual de las inversiones

¹⁵⁷ Una primera aproximación en la STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC, fundamento jurídico 3

¹⁵⁸

(2) Sobre los valores superiores, además de la parte que corresponde a la diferenciación entre valores y principios en el texto clásico de Enrique PEREZ LUÑO -Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución- citado por el Tribunal Constitucional, consúltese a PECES-BARBA, Gregario. Los valores superiores. Tecnos, Madrid, 1984; y DIAZ REVORIO, Francisco Javier. Valores superiores e interpretación constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

¹⁵⁹ Al respecto, la STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC, fundamento jurídico 25

¹⁶⁰ Así en la STC Exp. N° 0018-2003-AA/TC, fundamento jurídico 2

y propiedad nacionales y extranjeras, igualdad frente a la potestad tributaria), únicamente dos de sus artículos permiten construir la cláusula general que contiene el derecho-principio de igualdad: los artículos 2, inciso 2, referido a la igualdad ante la ley y a que nadie puede ser discriminado; así como el artículo 103, primera parte, que proscribía la expedición de leyes especiales, salvo que se encuentre justificado por la "naturaleza de las cosas".

El análisis del primero de los artículos mencionados, por encontrarse en el listado de derechos fundamentales -contenido en el artículo 2-, suele vincularse a los derechos constitucionales de las personas y, específicamente, al derecho de igualdad.

Por su parte, el artículo 103, ya que está referido a la función legislativa (Título IV; Capítulo II de la Constitución), se encuentra emparentado con la idea de igualdad como principio rector de las funciones del Estado y como valor supremo inserto en las actividades de los agentes públicos y privados. Con mayor precisión, este artículo desarrolla el concepto de "igualdad en el contenido de la ley". Y será sobre este tema, principalmente a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que versará el presente comentario.

2. Un primer significado de la "igualdad en el contenido de la ley": la ley como norma de carácter general

Uno de los principales logros del constitucionalismo inicial (liberalismo revolucionario del siglo XVIII) fue la desaparición de estamentos, privilegios y fueros especiales, que distinguen a las personas según su origen o ubicación social.

En torno a ello, una de las principales manifestaciones del constitucionalismo liberal fue la comprensión de la ley como norma general, abstracta y atemporal. Así, las prerrogativas y arbitrariedades de la monarquía, el clero y la nobleza habrían quedado abolidas, para ser sometidas a una supuesta voluntad general representada en el Parlamento.

La sede legislativa, entonces, queda vinculada al mandato de igual tratamiento de la ley. Los parlamentarios quedan ligados a los valores inspiradores de las revoluciones antimonárquicas, por lo cual no podrían contravenir los ideales de igualdad, libertad y solidaridad. De allí que se haya entendido, con sensualmente, que las leyes tienen vocación general y universal, de aplicación general para todos los individuos.

Esta concepción de la ley, no obstante, es insuficiente porque no reconoce que las personas en la realidad tienen diferencias que pueden colocarlos en situación de desventaja frente a otros¹⁶¹, lográndose a través de esta "igualdad formal" un efecto contrario al deseado: una mayor desigualdad. Por ello es que el artículo 103 de la Constitución, en su primera oración admite la posibilidad

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. Igualdad y diferencia. En: "Derechos y garantías. La ley del más débil". Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 75

de que se expidan leyes especiales, que sean una excepción para la generalidad y la abstracción de las normas¹⁶².

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que "[u]n texto normativo es coherente con los alcances y el sentido del principio de igualdad cuando, ab initio, su imperio regulador se expande a todas las personas en virtud de no acreditar ningún atisbo de discriminación"¹⁶³, sin embargo, ello no significa que no puedan establecerse diferencias atendiendo a las singularidades de los sujetos que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las normas. Efectivamente, el mandato de igualdad, visto desde la realidad, debe satisfacer la exigencia de "tratar igual a los iguales" y "desigual a los desiguales"¹⁶⁴.

Con esto, la igualdad en el contenido de la ley significaría una "proscripción constitucional dirigida al legislador de introducir al ordenamiento diferencias de trato entre personas que se encuentran en situación sustancialmente análoga, sin base razonable o proporcional"¹⁶⁵, de tal forma que se deje abierta la posibilidad de que se dicte una regulación diferenciada, en caso que fuera necesario, y siempre satisfaciendo los exámenes de razonabilidad y proporcionalidad¹⁶⁶. En consecuencia, una norma que atiende al principio de

¹⁶² Vide el fundamento jurídico 2 de la STC Exp. N° 0018-2003-AA/TC, que será muchas veces citado en este artículo debido a que desarrolla diversos aspectos de la igualdad constitucional. Ha anotado el Alto Tribunal que: "el artículo 103° de la Constitución prescribe que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.

Este principio general del Derecho -cuyo origen se retrotrae a la Revolución Francesa- afirma implícitamente que las normas jurídicas protegen y obligan por igual a todos los habitantes de la República.

¹⁶³ La normas se caracterizan por tener un mandato impersonal; ergo, no tienen en cuenta la singularidad de las personas obligadas a su cumplimiento.

La ley debe contener pautas de carácter general que sean de interés común y resultante de la convivencia social, cuyo cumplimiento sea obligatorio para todos, es decir, erga omnes. Dentro de ese contexto, solo por excepción es viable la creación de una regla especial, la misma que no se ampara en el arbitrio caprichoso de quienes poseen el poder político, sino en la naturaleza o razón de los hechos, sucesos o acontecimientos que ameriten una regulación particular o no genérica".

¹⁶⁴ STC Exp. N° 0018-2003-AA/TC, fundamento cito Señala el Tribunal Constitucional que "el principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de 'tratar igual a los que son iguales' y 'distinto a los que son distintos', de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución" (STC Exp. acum. N° 0001/0003-2003-AI/TC, fundamento jurídico 11).

¹⁶⁵ Cfr. STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC, fundamento jurídico 44

¹⁶⁶ Que no sería el caso de aquellas leyes especiales dadas de manera arbitraria, sin tomar en cuenta la razonabilidad de las diferencias; así tenemos, como ejemplos arquetípicos: la ley de "reelección presidencial", cuya finalidad era "interpretar auténticamente" el artículo 112 de la Constitución, referido a la prohibición de reelección inmediata de la Primera Magistratura del Estado (al respecto, véase la STC Exp. N° 002-96-I/TC); la ley de "auto amnistía", que tenía como finalidad relevar de sanción a aquellos hechos derivados de la lucha contra el terrorismo (véase la STC Exp. N° 01369-I/TC, especialmente el voto singular del magistrado Manuel Aguirre Roca; asimismo, la sentencia del Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de

igualdad en la ley no se limita a un tratamiento idéntico de los individuos, sino que, a partir de la propia Constitución, "adjudica beneficios o castigos, diferenciadamente, a partir de rasgos distintivos relevantes"¹⁶⁷.

3. Las leyes especiales como expresión de la "igualdad en el contenido de la ley": la igualdad material

De acuerdo a lo anotado, la igualdad formal -a través de la cual se impide al Estado establecer diferencias de carácter discriminatorio en las leyes- no es suficiente para garantizar una verdadera igualdad. Y es que el Estado liberal, en el cual se forjó esta noción, valoraba positivamente la limitación de toda intromisión del poder público en la vida de los ciudadanos (a pesar de que esta pudiera ser para contrarrestar situaciones de inequidad), y apreciaba sobremanera además la actuación del Parlamento como representante del pueblo (entendiendo que las leyes que expedían debían de ser justas). Visto así, la igualdad abstencionista y la ley como norma abstracta y general calzaba perfectamente con los postulados del constitucionalismo liberal.

No obstante, esta concepción varía con la llegada del Estado social¹⁶⁸. En este sentido, el constitucionalismo social constata las desigualdades realmente existentes y promueve una equiparación fáctica en las condiciones de vida de los individuos, cometido que involucra activamente al propio Estado¹⁶⁹.

Los poderes públicos, entonces, no podrán mantenerse al margen de injusticias y disparidades, sino que actuarán en la protección y promoción de las personas débiles o que se encuentran en situación de exclusión¹⁷⁰. Las Constituciones, al respecto, no solo permitirán la intervención del Estado ante las inequidades y abusos, sino que obligarán a que el Estado practique "acciones positivas" o de "discriminación inversa"¹⁷¹.

Lima, emitido por la jueza Antonia Saquicuray Sánchez, el 16 de junio de 1995; y, recientemente, la "ley Wolfenson" o del "uno por uno", que equiparó un día de arresto domiciliario a un día de pena privativa de libertad (cfr. STC Exp. W 0019-2005-PI/TC).

¹⁶⁷ STC Exp. W 0018-2003-AA/TC, loc. cit. (q)

¹⁶⁸ STC Exp. N° 0002-2005-AI/TC, fundamento jurídico 80

¹⁶⁹ Así el fundamento jurídico 17 de la STC recaída en el Exp. N° 0020-2005-PI/TC Y N° 0020-2005PI/TC: "En efecto, el tránsito del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho supone alejarse de una concepción de ley como fuente meramente abstracta, impersonal y generalizada, y aceptar la posibilidad de que ésta tenga alcances bastante más restringidos y concretos, procurando estrechar las distancias económicas, políticas y sociales entre los diferentes sectores poblacionales y logrando una igualdad no sólo formal sino también sustancial, lo cual se evidencia en el tránsito de la ley general a la ley especial."

¹⁷⁰ STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC, fundamento jurídico 15: "Debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador con los derechos fundamentales, de forma que los poderes públicos sean capaces de revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, reponer las condiciones de igualdad que pudieran estarse manifestando en la realidad social, a contracorriente de las aspiraciones constitucionales".

¹⁷¹ También llamadas "acciones afirmativas"; sobre esto véanse las STC Exp. N° 0018-2003-AA/TC, loc. cit.; STC Exp. N° 0048-2004-AA/TC, fundamento jurídico 63 y la STC Exp. acum. N° 00502004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI /TC y 0009-2005-AI/TC, fundamento jurídico 144

Las Cartas Fundamentales de los Estados constitucionales contemporáneos mantienen la faz positiva de la igualdad¹⁷², admitiendo no solo la posibilidad de establecer regulaciones diferenciadas en torno a la naturaleza de las cosas, sino dando una dirección específica a los actos estatales. En este sentido, la Constitución peruana no solo permite la dación de normas especiales -bajo el amparo del artículo que venimos comentando-, sino postula además que "El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren desigualdad"¹⁷³.

Pero la existencia de normas específicas no significa que la regla en materia legislativa deba ser el tratamiento diferenciado, pues es posible que esta distinción se base únicamente en el arbitrio caprichoso de quienes poseen el poder político¹⁷⁴. Por el contrario, en la norma que venimos analizando se mencionan dos conceptos que ayudan a explicar cuándo una regulación especial estaría conforme a la Norma Máxima, y cuándo no. Efectivamente, la Constitución acepta la existencia de un tratamiento peculiar cuando así lo exige "la naturaleza de las cosas", en tanto que se encuentra proscrito si la singularidad responde a "la diferencia de las personas". A ambas nociones nos referiremos a continuación.

3.1. ¿Qué es la "diferencia de las personas"?

En primer lugar, debemos partir afirmando que tanto "la diferencia de las personas" como "la naturaleza de las cosas" son frases-cliché, a las cuales se les debe otorgar un sentido para que adquieran utilidad, ya que por sí mismas dicen muy poco.

De esta forma y de acuerdo a lo señalado hasta el momento, es claro que atendiendo a algunas características o condiciones de ciertas personas desfavorecidas, sí amerita que se legisle especialmente, por ello, esta prohibición de que se legisle por razón de las "diferencias de las personas" no parece ser una idea suficientemente acabada. En muchos casos es constitucionalmente posible, y hasta deseable, que se legisle atendiendo a la diferencia entre las personas (sobretudo en lo que concierne a las "acciones positivas").

En todo caso, consideramos que las diferencias entre las personas a las que se refiere la Constitución implican la imposibilidad de legislar atendiendo a diferenciaciones contrarias a la dignidad humana¹⁷⁵; es decir, diferenciaciones basadas en motivos discriminatorios o que refuercen estadios de exclusión¹⁷⁶.

¹⁷² STC Exp. acurn. N° 0001-2003-AI/TC y N° 0003-2003-AI/TC, fundamento jurídico 11

¹⁷³ Como es puesto de relieve en las STC Exp. N° 0020-2005-PI/TC y N° 0020-2005-PI/TC, fundamento jurídico 17 in fine, y la STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC, fundamento jurídico 15

¹⁷⁴ STC Exp. N° 0018-2003-AA/TC, *Ibíd*

¹⁷⁵ STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC, fundamento jurídico 161

¹⁷⁶ No podemos compartir con el Tribunal Constitucional la afirmación de que: "Nuestro ordenamiento permite la expedición de leyes especiales siempre y cuando no hayan sido elaboradas tomando como referencia el status de la persona o personas sobre las que recae su mandato" (STC Exp. N° 0026-2004-AI/TC, fundamento jurídico 7), pues si con el término status se alude a una diferencia intrínseca o natural entre las personas ello nos resulta absolutamente inadmisibles e inconstitucional, en la medida en que todos somos radicalmente iguales en dignidad; y si por status se hace referencia a posiciones o roles sociales que detentan las personas, si vale la pena realizar distinciones con la finalidad de lograr una igualdad sustantiva

Ello es compatible con lo señalado en el artículo 2, inciso 2 de la Carta, en el que se veta cualquier acto discriminatorio, en la medida que se trata de distinciones insufribles para los individuos, y execrables en el marco del ordenamiento constitucional.

3.2. ¿Qué es la "naturaleza de las cosas"?

La Constitución presenta a las leyes especiales como excepciones a la generalidad de las normas en nuestro ordenamiento jurídico, las cuales solo son posibles si se basan "en las específicas características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos no generales en el seno de la sociedad". A estos motivos de distinción hace referencia la denominada "naturaleza de las cosas"¹⁷⁷.

En tal sentido, por "cosas" no se entienden objetos materiales, sino situaciones y relaciones personales, institutos o instituciones jurídicas, así como facultades, principios, valores o bienes de relevancia jurídica¹⁷⁸. El Tribunal Constitucional ha anotado, con mayor densidad, que "el término 'cosa' significa todo elemento vinculado a la juricidad, es decir es inmanente pero real, y objetivo pero intrínsecamente vinculado a las relaciones interpersonales". Es un dato jurídicamente relevante e inscrito en la realidad.

Adicionalmente, por la "naturaleza" del elemento regulado debe entenderse tanto al contenido o sustancia de la cosa, como a su finalidad. De hecho, la esencia del objeto regulado constituye -prima facie- su naturaleza, y en función a ella merece una regulación específica; sin embargo, es cierto también que el dinamismo o energía de la materia jurídica normada se proyecta hacia su finalidad, la cual también forma parte de su naturaleza, en otras palabras, el propósito que cumple la "cosa" regulada forma parte de su naturaleza y sirve también de referente para su regulación.

Así, la "naturaleza de las cosas" comprendería tanto el contenido como la finalidad de los objetos regulados, siendo estos social y jurídicamente importantes. En atención a estas condiciones (o naturaleza) de las cosas es que podrían establecerse diferencias en el contenido de las leyes.

Empero, lo apuntado hasta el momento solo indica en qué casos el legislador se encuentra constitucionalmente habilitado para dictar leyes especiales, sin resolver todavía bajo qué supuestos el legislador hace un uso correcto de la referida habilitación. En buena cuenta, la naturaleza de una cosa es siempre diferente a la de otra, por tanto lo importante es saber si la naturaleza del objeto regulado justifica la expedición de leyes especiales y si el nivel de distinción es constitucionalmente tolerable.

¹⁷⁷ En otros términos ha dicho el Alto Tribunal: "Las leyes especiales hacen referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia. Su denominación se ampara en lo sui géneris de su contenido y en su apartamiento de las reglas genéricas. En puridad, surgen por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas esencialmente distintas a aquellas que contemplan las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas" (Exp. N° 0018-2003-AI/TC, fundamento cit.).

¹⁷⁸ Con matices, STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC, loe. cit

4. Criterios para analizar la constitucionalidad de las leyes especiales y normas de acción positiva

¿Cuándo una distinción contenida en la leyes conforme a la Constitución?

¿Bajo qué criterios se puede determinar que una diferenciación establecida legalmente no llega a ser discriminatoria? Al respecto, quizá convenga iniciar esta parte anotando que la Constitución admite y reconoce las diferencias, pero repele y combate las discriminaciones.

Como puede colegirse, los conceptos "diferencia" y "discriminación" son completamente diferentes. Mientras el primero se refiere simplemente al reconocimiento de las particularidades de una "cosa", la segunda implica una distinción principalmente subjetiva, contraria a la naturaleza digna de la persona, identificable por ser irrazonable y desproporcionada¹⁷⁹.

Sobre este tema, ha recordado el Tribunal Constitucional que "la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables"; por el contrario, "cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos ante una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable" (resaltado nuestro)¹⁸⁰.

Visto así, para determinar "cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio"¹⁸¹ se han formulado a nivel jurisprudencial algunos exámenes o test.

A estos efectos, se ha venido utilizando el test de razonabilidad y proporcionalidad¹⁸², que permite analizar, a través de pasos sucesivos a seguir, si una regulación especial es compatible con la Constitución. Tenemos, entonces los siguientes pasos o subtests que integran el examen de razonabilidad y proporcionalidad: el subtest de razonabilidad exige analizar si la decisión estatal tiene sustento en la protección de algún bien constitucional; con el análisis de adecuación (o idoneidad) evaluamos si esta medida es útil para satisfacer el bien invocado; el juicio o subtest de necesidad se determina si la acción adoptada es la menos gravosa para los derechos implicados, en otras palabras, si se ha optado -de entre diversas medidas que pretenden obtener lo mismo- por aquella que permita un mejor ejercicio de los derechos; con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se deberá evaluar si los beneficios obtenidos con la medida interventora es mayor que los perjuicios ocasionados al ejercicio de los derechos que se reclaman afectados.

El Colegiado Constitucional, de manera un poco desordenada, había señalado que el derecho-principio de igualdad no se vería afectado por la existencia de

¹⁷⁹ STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC, fundamento jurídico 61

¹⁸⁰ STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC, fundamento jurídico 62

¹⁸¹ STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC, fundamento jurídico 64

¹⁸² Sobre este examen vide: Exp. acum. N° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI /TC y 0009-2005-AI/TC, fundamento jurídico 109, STC Exp. N° 0048-2004PI/TC, fundamento jurídico 64 y STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC, loe. cito

normas diferenciadoras, siempre que estas medidas cumplieran con requisitos de razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad. Dejó sentado que se requerirá:

"(a) La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación;

(b) La acreditación de una finalidad específica;

(c) La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales;

(d) La existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad; y,

(e) La existencia de racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho el medio empleado y la finalidad que se persigie"¹⁸³.

Solo recientemente el Tribunal ha anotado con claridad que el test de razonabilidad o proporcionalidad (de acuerdo con el contenido que expusimos líneas arriba) sirve como "guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y violatorio del derecho-principio a la igualdad". Se refirió a tres subprincipios¹⁸⁴:

"1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo;

y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

2. Subprincipio de necesidad Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

3. Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental".

¹⁸³ STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC, fundamento jurídico; STC Exp. N° 3533-2003-AA/TC, fundamento jurídico 5; y STC Exp. N° 0261-2003-AI/TC, fundamento jurídico 3,2

¹⁸⁴ STC Exp. N° 0048-2004-AI/TC, fundamentos jurídicos 65 y ss

Adicionalmente a este test, se ha reconocido que algunos grupos específicos merecen un trato especial, sobre todo aquellos con integrantes débiles, desprotegidos, pertenecientes a minorías o excluidos del sistema. Se trata de las denominadas "acciones positivas", a las que ya nos hemos referido, y que, según el Tribunal Constitucional, detentan "un amplio margen de presunción de constitucionalidad en las medidas que favorecen a los colectivos minoritarios y/o socialmente postergados, que puedan considerarse dentro de estos criterios específicos. Por ejemplo, las mujeres, determinados grupos étnicos, religiosos, extranjeros, y otros de diversa naturaleza".

En tal sentido -y como sucede en la doctrina constitucional comparada-, el Tribunal Constitucional estaría insinuando la existencia de un test judicial estricto¹⁸⁵ ("control material estricto" alemán o "escrutinio estricto de igualdad" estadounidense) para analizar la constitucionalidad de las "discriminaciones positivas" en el contenido de las leyes, otorgándoles cierta ventaja, en cuanto a su constitucionalidad, en caso que se cuestione la pertinencia de la diferenciación.

DOCTRINA

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Valores superiores e interpretación constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; FERRAJOLI, Luigi. Igualdad y diferencia. En: "Derechos y garantías. La ley del más débil". Editorial Trotta, Madrid, 1999; PECES-BARBA, Gregorio. Los valores superiores. Tecnos, Madrid, 1984; PEREZ LUÑO, Enrique. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Temas, Madrid, 1999.

¹⁸⁵ Al respecto puede verse la STC Exp. N° 2579-2003-HD/TC, fundamentos jurídicos 6 y 7

Aplicación de la ley en el tiempo

Artículo 103

(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.(...*)

(*) Texto del artículo según modificatoria efectuada por la Ley N° 28389, publicada el 18 de noviembre de 2004

CONCORDANCIAS:

C: arts. 2 incs. 2), 24) a, 51, 74, 79, 109, 139 inc. 11), 200 inc 4) y 204;

C.C: arts. 1, II, III TP., 924, 2120, 2121;

C.P.: arts. 1, 2, 6, 7, 8, 10;

C.P.C: art 685;

C.T.: arts. VI, 168:

Ley 26435: art. 40;

Ley 27454; C.A.D.H.: arts. 9, 24;

D.U.D.H.: art 11.2;

P.I.D.C.P.: art 15.1

Manuel Muro Rojo

El texto original del artículo 103 de la Constitución de 1993 no contenía -como tampoco la Carta de 1979- una regla relativa a la aplicación inmediata de la ley en materia de conflictos de normas en el tiempo, cuya fórmula - "La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos (...), con semejante tenor, ya se hallaba consagrada en el artículo ni del Título Preliminar del Código Civil de 1984 y estaba ratificada en el artículo 2121 del Título Final del mismo cuerpo de leyes. Dicho texto fue incorporado (o elevado a rango constitucional) luego de más de 10 años de vigencia de la actual Constitución, en virtud de la modificatoria introducida por la Ley N° 28389, de reforma constitucional, publicada el 17 de noviembre de 2004.

La citada ley de reforma del artículo 103 (y otros) de la Constitución, no se produjo con motivo de una propuesta de carácter general que hubiera parado mientes en semejante vacío en la Constitución y que, con ánimo de perfeccionamiento, sugiriera elevar a rango constitucional la norma en cuestión con la finalidad de dotar de mayor seguridad al ordenamiento jurídico y resolver en forma explícita, a ese nivel, la duda o conflicto que pudiera surgir en cualquier caso en que se discutiera la aplicación de la ley en el tiempo. Después de más de 10 años de vigencia de la Constitución de 1993 parecería extraño que surgiera una iniciativa de tal naturaleza, máxime si ya el Código Civil se ocupaba del tema en los artículos antes mencionados.

La Ley N° 28389, modificatoria del artículo 103, se dio, por el contrario, a propósito de una situación de coyuntura, que fue la necesidad de regular adecuadamente el sistema de protección previsional y resolver los problemas

generados por la aplicación de los Decretos Leyes N°s 19990 y 20530 sobre pensiones y particularmente el tema de la "cédula viva". Efectivamente, hacia mediados del año 2003 y según datos oficiales de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), del Ministerio de Economía y Finanzas, de la Superintendencia de Banca y Seguros, y de la Cámara de Comercio de Lima, la deuda pensionaria a cargo del Estado peruano ascendía a US\$. 40,000 millones de dólares, es decir, cuatro veces el monto del presupuesto de la República de dicho año. En uno de los fundamentos del primer proyecto sustentatorio de la reforma se afirmaba que "tan o más grave que las cifras], es la escandalosa brecha existente entre las pensiones que se pagan por ambos sistemas previsionales [19990 y 20530] Y que se origina por el mecanismo de nivelación o 'cédula viva' que favorece a los incorporados al Decreto Ley N° 20530".

En tal escenario, tanto por iniciativas promovidas en el seno del Congreso de la República como propuestas por el propio Poder Ejecutivo (además de las fuertes críticas de diversos sectores de la sociedad civil), se tuvo por conveniente establecer una regulación adecuada del sistema pensionario nacional que pasaba por modificar, en principio, el artículo 11 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente. Al efecto se formularon hasta tres proyectos de ley (el N° 07860 del 15 de agosto de 2003; el N° 09953 del 8 de marzo de 2004; y el N° 10344 del 14 de abril de 2004), sobre la base de los cuales se redactó la Ley N° 28389 de reforma constitucional, publicada recién en noviembre de 2004.

Cabe señalar que en las fórmulas legales de los dos primeros proyectos no se proponía la modificatoria del artículo 103 de la Constitución, no obstante que entre los fundamentos del primero de ellos se aludía a que la teoría de los derechos adquiridos o "legalmente obtenidos" en materia de seguridad social, consagrada en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, hacía inviable cualquier modificación o derogatoria de los regímenes de los Decretos Leyes N°s 19990 y 20530 "con eficacia sobre el nivel de las pensiones ya otorgadas y que se perciben, y sin lo cual la solución de la crisis es imposible. Este criterio de los derechos adquiridos ha sido consagrado uniforme y reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, al punto que sus fallos, en especial del primero, han agravado la carga financiera estatal derivada de la vigencia de la 'cédula viva' y obliga a plantear la enmienda constitucional. Por lo tanto, se hace indispensable la reforma constitucional parcial en esta materia, reconociendo la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos que informa el artículo 2121 del Código Civil que permitirá que la reestructuración del sistema previsional público también alcance a las pensiones existentes". Recién en el tercer proyecto (de abril de 2004) se propuso la respectiva fórmula legislativa para modificar también el artículo 103 de la Constitución, con el texto que tiene actualmente.

De cualquier forma, y al margen del tema previsional que dio origen a la reforma que venimos comentando, es claro que el actual texto normativo del artículo 103 -en el que se incorpora la regla de la aplicación inmediata de la ley en caso de conflictos de normas en el tiempo- no solo ha pasado a tener rango constitucional, sino que obviamente su aplicación es general para todos los

casos, habiéndose seguido de esta manera la línea impuesta hace más de 20 años por el Código Civil de 1984¹⁸⁶.

Así las cosas, el texto actual del artículo 103 de la Constitución se adhiere, pues, a la teoría de los hechos cumplidos -desdeñando la de los derechos adquiridos-, estableciendo que "la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes"; y, adicionalmente, ratifica el carácter irretroactivo de las normas legales, salvo en materia penal cuando la nueva norma es más favorable al reo.

Al respecto, Marcial Rubio -desarrollando este tema a propósito de la norma contenida en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil- opina que la problemática que encierra el conflicto de normas en el tiempo ha pretendido ser solucionada a través de diversas teorías -principalmente la teoría de los derechos adquiridos y la teoría de los hechos cumplidos- ninguna de las cuales ha podido realmente zanjar el problema (Vid. RUBIO CORREA, p. 25).

Explica este autor que la primera de estas teorías, basada en un criterio de seguridad jurídica, plantea que los derechos adquiridos por las personas en virtud de hechos, situaciones o relaciones jurídicas generados bajo la vigencia de una normativa determinada y que entran a formar parte de su dominio, ya no pueden ser objeto modificación en caso que se dé una nueva normatividad, por lo que los efectos de tales derechos se siguen rigiendo por la legislación precedente, lo que en buena cuenta significa atribuir a esta última carácter ultraactivo. A esta postura, se contraponen la teoría de los hechos cumplidos, basada en un criterio de innovación legislativa, según la cual las leyes posteriores se suponen mejores, por lo que es conveniente propugnar su aplicación inmediata a las consecuencias de las situaciones y relaciones existentes al tiempo de su entrada en vigencia (Ibídem, pp. 29 Y 31).

A esta última corriente se adhiere nuestro ordenamiento jurídico y así ha quedado plasmado en los artículos III y 2121 del Código Civil, y también, desde noviembre de 2004, en el artículo 103 de la Constitución. Sobre el particular, Walter Gutierrez manifestaba, antes de la modificatoria introducida por la Ley N° 28389, que el principio de la aplicación inmediata de la norma se desprendía del texto del artículo 109 de la Constitución, agregando que dicho principio supone inevitablemente la inmediata derogación de la ley anterior y lleva implícita la convicción de que la nueva leyes mejor que la abrogada, siendo tal conclusión de una lógica irrefutable, pues de lo contrario el legislador no hubiera dado una nueva ley (GUTIERREZ, p. 35).

¹⁸⁶ La jurisprudencia nacional ha reconocido también la vigencia de esta postura en nuestro ordenamiento jurídico, señalando que: "El Código Civil vigente ha asumido como principio general que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivo salvo la excepción prevista en la Constitución Política del Estado. De este modo, los artículos tercero del Título Preliminar y dos mil ciento veintiuno del citado Código sustantivo consagran el principio de la aplicación inmediata de la ley, el que cuenta con la posición dominante en doctrina y se conoce con el nombre de la teoría de los hechos cumplidos" (Cas. N° 300-96; ver también la CaSo N° 2861-98, entre otras).

Es pertinente precisar, en cuanto a la postura recogida en la norma que comentamos, que la aplicación inmediata de la nueva normatividad se da respecto de las "consecuencias" de los hechos, situaciones y relaciones jurídicas existentes, con lo que se distingue a estos "en sí mismos" de sus "efectos", de modo que la norma del artículo 103 constitucional-lo mismo que los artículos III y 2121 del Código Civil indica que deben distinguirse cada uno de los efectos o consecuencias derivadas de los hechos, situaciones y relaciones, a fin de determinar cuáles son los efectos o consecuencias que aún subsisten y a las que habrá de aplicarse la nueva legislación, entendiéndose que esta no alcanzará a los efectos o consecuencias ya producidas, las cuales se habrán regido por la ley anterior, tornándose en inmodificables.

DOCTRINA

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol 1. Octava edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1995; GUTIERREZ CAMACHO, Walter. Aplicación de la ley en el tiempo (Comentario al arto III del Título Preliminar del Código Civil). En: AA.W. "Código Civil comentado", Tomo 1. Gaceta Jurídica, Lima, 2003; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil.

Tomo 1. Título Preliminar y Derecho de las Personas. WG Editor. Lima, 1991; MOISSET DE ESPANÉS Luis. Irretroactividad de la ley y el nuevo arto 3 (Código Civil). Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba, 1976; RUBIO CORREA, Marcial. Retroactividad, irretroactividad y ultractividad. En: "Para leer el Código Civil". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1986; RUBIO CORREA, Marcial. Aplicación de la ley en el tiempo. En: "Tratado de Derecho Civil". Tomo 1. Universidad de Lima. Lima, 1990.

Artículo 103

Derogación de la ley

(...) La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

(...)

CONCORDANCIAS:

C: arts. 2 incs. 2), 24)a, 51, 74, 79, 109, 139 inc. 11), 200 inc. 4) y 204;

C.C: arts. 1, n, III T.P., 924, 2120, 2121;

C.P.: arts. 1, 2, 6,7,8, 10; C.P.C: art. 685;

C.T.: arts. VI, 168:

Ley 26435: art. 40;

Ley 27454;

C.A.D.H.: arts. 9, 24;

D.U.D.H.: art. 11.2;

P.I.D.C.P.: art. 15.1

Carlos Cárdenas Quirós

El primer párrafo infine del artículo 103 de la Constitución de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley N° 28389, se ocupa de la derogación de la ley. Inicialmente, reitera lo señalado por el primer párrafo del artículo I del Título Preliminar del Código Civil de 1984 al indicar que "la ley se deroga solo por otra ley". La parte final del párrafo amplía los alcances del artículo I al establecer que la ley "también queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad". Ello concuerda con lo señalado en el artículo 204 de la Constitución, referido a los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia por la inconstitucionalidad de una norma.

Teniendo en cuenta que la materia relativa a la derogación (y a la modificación) de las normas legales afecta el sistema jurídico en su totalidad, habría estado absolutamente justificado que su regulación estuviera limitada solo al texto constitucional, máxime cuando ella regula el proceso de formulación y promulgación de las leyes, su publicación, así como la vigencia y obligatoriedad de ellas, y contempla la competencia exclusiva del Congreso para dar leyes, interpretadas, modificadas y derogadas. En este sentido, es correcto que se haya incluido la cuestión en la Constitución de 1993, a pesar de la duplicidad que ello origina con la norma del artículo I del Título Preliminar del Código Civil. Sin perjuicio de ello, resulta criticable la extrema parquedad del primer párrafo infine del artículo 103.

Son múltiples las limitaciones que afectan dicho texto:

La ley puede ser derogada también por un decreto legislativo, que es una norma de rango equivalente a la ley, si bien con denominación distinta, y que se origina en el poder Ejecutivo previa la correspondiente habilitación legislativa, conforme al artículo 104 de la Constitución.

Igualmente, si bien la ley no puede ser derogada por una norma de inferior jerarquía, sí puede acontecer que su vigencia cese por una de rango superior como la Constitución.

De otra parte, tanto el artículo I como el texto constitucional se refieren solo a la "ley", es decir, stnctu sensu, a aquella norma jurídica aprobada por el Congreso de acuerdo con el trámite fijado en la Constitución. Sin embargo, nada impide entender la expresión con alcances amplios y, por tanto, comprensiva de otras normas de rango equivalente (decretos legislativos, por ejemplo) o inferior (decretos y resoluciones supremas, por ejemplo).

Cabe agregar otras limitaciones: el párrafo primero in fine del artículo 103 no se ocupa de la derogación de una ley por efecto de un tratado, salvo para dejar establecido en el párrafo final de su artículo 56 que los tratados que exijan modificación o derogación de alguna ley deben ser aprobados por el Congreso. Tampoco se refiere a la derogación por efecto de un decreto de urgencia (inciso 19 del artículo 118 de la Constitución).

Lo expuesto revela que el vocablo "sólo" utilizado en el Texto Constitucional, así como en el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, no tiene el carácter terminante, categórico, que aparentemente quiso atribuírsele. Lo que está claro, ciertamente, es que la ley no puede ser derogada por el desuso o la costumbre, adquiriendo sentido, en ese ámbito, la expresión "sólo" mencionada.

Igualmente, se ha omitido brindar regulación a la modificación de las normas legales.

No se contempla las modalidades que puede revestir la derogación, ni los conflictos que pueden plantearse entre las normas generales y las especiales. No se pronuncia tampoco sobre las causas intrínsecas de cesación de vigencia de una norma.

El Texto Constitucional no se refiere a la no reviviscencia de la norma derogada por otra como consecuencia de la derogación de la segunda. Menos aún al caso del no restablecimiento de la norma modificada por efecto de la derogación de la modificatoria.

Ahora bien, la cesación de vigencia de una norma legal puede deberse a dos tipos de causas: una extrínseca, es decir, exterior a la propia norma, y otra intrínseca, esto es, inherente a ella misma.

La derogación está comprendida dentro de las causas extrínsecas de cesación de vigencia de la ley. También debe incluirse el caso de la modificación, en la medida en que esta supone la sustitución de una norma por otra (salvo en el caso de la modificación que corresponde calificar como aditiva, donde lo que ocurre es que se agrega algo nuevo a una norma, sin alterar en lo demás el texto original que se mantiene incólume), lo que necesariamente importa la supresión previa de la norma original.

En cambio, constituyen causas intrínsecas de cesación de vigencia de las normas legales el transcurso del plazo fijado expresa o tácitamente por ella misma para su vigencia, la realización (o no) del propósito por el cual fue dictada y la terminación del estado de cosas que constituía su objeto (por ejemplo, una situación de guerra).

Se ha generalizado el empleo de la expresión "derogación" como comprensiva de la "abrogación". Esta importa, conforme a las fuentes romanas, la eliminación total de la norma, en oposición a la primera ("derogación") que se refiere a la supresión solo de una parte de la norma.

Es preciso aclarar que cuando se habla de derogación, se hace referencia a aquellos casos en que una norma legal se extingue sin ser sustituida por otra, ya sea en forma total o parcial.

Empero, es posible que la norma correspondiente no se limite exclusivamente a suprimir una anterior, sino que además formule una nueva que sustituya esta, también en forma total o parcial. En ese caso, hablamos de modificación total o parcial de las normas legales.

La derogación puede revestir distintas modalidades.

Teniendo en cuenta la extensión o amplitud de la derogación, esta puede ser total o parcial.

La derogación total o abrogación se producirá cuando la supresión afecta totalmente a una norma. La derogación parcial o derogación propiamente dicha, en cambio, la afecta solo en parte, conservando vigencia en lo restante.

Luego, la derogación puede ser expresa o tácita. Habrá derogación expresa cuando hay un pronunciamiento explícito, individualizado, concreto de la norma derogante acerca de la norma o normas objeto de derogación. A ese caso se refiere la primera parte del segundo párrafo del artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil.

En la derogación tácita no hay una manifestación explícita acerca de las normas que quedan derogadas, sino una de carácter implícito.

Así, habrá derogación tácita por la simple incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior, conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 1 referido. Este también contempla otra situación: cuando la materia de la ley anterior es íntegramente regulada por la nueva ley. Sin embargo, éste no es propiamente un caso de derogación tácita, sino de modificación total tácita, pues no se presenta simplemente un supuesto de supresión total de la norma sino también la sustitución completa de ella.

Por ello, es más propio considerar que la derogación tácita resulta solo de la existencia de una incompatibilidad absoluta entre la norma nueva y la antigua,

que determina la supresión de ésta, sin mediar un pronunciamiento explícito en torno a su derogación.

Vinculado con el tema de la derogación tácita se encuentra el de la llamada derogación expresa genérica -en oposición a la específica, que supone la indicación precisa de las normas que resultan derogadas-.

Es frecuente el uso de fórmulas derogatorias (y también modificatorias) en las leyes en las que se indica: "Quedan derogadas (o modificadas) todas las disposiciones que se opongan a la presente ley".

¿Cabe tipificar ello como un caso de derogación (o modificación) expresa, pero de carácter genérico?

Esa declaración genérica es en verdad innecesaria en la medida en que no agrega nada a los efectos derogatorios resultantes de la simple incompatibilidad entre la nueva norma y la anterior y es además inconveniente pues genera muy serias dudas acerca de las normas que efectivamente se ven afectadas por la nueva. Se presentan así las mismas dificultades de interpretación que suscita la derogación (y también la modificación) tácita, a la que corresponde asimilarla. No es un supuesto de derogación (o modificación) expresa, por cuanto no contiene una manifestación explícita, pormenorizada, exhaustiva de las normas que quedan derogadas (o modificadas), lo que permite excluir toda duda acerca de cuáles dejan de tener vigencia (o son objeto de modificación).

Como una modalidad de derogación tácita puede considerarse el caso de la así llamada derogación indirecta, la que se produce cuando se deja sin vigencia una norma en función de la cual otras cobraban sentido. En otras palabras, derogada la norma principal, el efecto derogatorio alcanza automáticamente a las que se encuentran supeditadas a ella (accesorias o dependientes) aun cuando no 'se haga mención expresa a estas.

Este concepto no se aplica solo al caso de normas jerárquicamente inferiores respecto de otras (caso de los decretos supremos reglamentarios frente a las leyes que reglamentan), sino también al supuesto de leyes que desarrollan conceptos o instituciones establecidas por otras leyes.

Según se ha señalado anteriormente, la extinción de las normas jurídicas puede operar en razón de una causa exterior (extrínseca) a la propia norma: una ley posterior, por ejemplo, deroga una anterior en forma expresa.

Distinto es el caso de aquellas normas que pierden vigencia en razón de una circunstancia inherente a ella misma. Por consiguiente, no será necesaria su derogatoria formal para que concluya su vigencia. En ese caso se habla de causas intrínsecas de cesación de vigencia.

Ello acontece cuando la ley establece un término de vigencia, sea en forma expresa o tácita (normas temporales).

La norma podrá perder su vigencia por causas intrínsecas, en forma expresa, cuando haya transcurrido el término final de duración que ella mismo fijó explícitamente (lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de las leyes anuales de presupuesto), o tácitamente, cuando habiéndose dictado en función de una determinada circunstancia de carácter pasajero (calamidad pública, guerra, revolución, por ejemplo) o encontrándose ligada a cierto propósito o finalidad o resultando del objeto mismo de la norma su carácter temporal-como sucede, por ejemplo, en el caso de las disposiciones o normas transitorias-desapareciera tal circunstancia o se lograra (o no) su propósito: cesante razione legis, cessat et ipsa lex o se cumpliera su objeto.

La temporalidad de tales normas, en consecuencia, responderá a un criterio de plazo o de materia.

Finalmente, corresponde indicar que la derogación de la norma que derogó otra no implica que esta recobre automáticamente su vigencia. Así lo contempla el artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil en su párrafo final, que no se refiere al caso del no restablecimiento de la norma modificada por efecto de la derogación de la modificatoria. No obstante, cabe la aplicación por analogía de lo dispuesto en el párrafo en cuestión a esa hipótesis.

La derogación implica la extinción definitiva de una norma por efecto de otra posterior. Por tal razón, el restablecimiento de vigencia de la derogada, su reviviscencia, puede producirse solo a partir de un pronunciamiento explícito del legislador. En tal caso, no será necesario que se publique nuevamente el texto de la ley restaurada.

Ahora bien, precisa aclararse que el asunto de la no reviviscencia de la norma derogada por efecto de la derogación de la norma derogante, se plantea solo en la medida en que la supresión de la norma derogante se haya producido después de su entrada en vigencia. Si tal derogación debe operar después de un transcurso de tiempo (vacatio legis) y la norma que la contiene es suprimida antes de que la derogación produzca consecuencias jurídicas, es evidente que la primera norma no será alterada en lo más mínimo.

DOCTRINA

ALZAMORA V ALDEZ, Mario. Introducción a la Ciencia del Derecho. Lima, 1965;

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Modificación y derogación de las normas legales. Ara Editores. Urna, 1999; DíEZ PICAZO, Luis / GULLÓN, Antonio. Instituciones de Derecho Civil. Tecnos. Madrid, 1995; DU PASQUIER, Claude. Introducción al Derecho. Edinaf. Lima, 1990; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho \ Civil. WG Editor / Gaceta Jurídica. Lima, 1991; PUIG BRUTAU, José. Introducción al Derecho Civil. Bosch. Barcelona, 1981; RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico. Introducción al Derecho. PUCP. Urna, 1984; RUBIO CORREA, Marcial. El Título Preliminar del Código Civil. PUCP. Lima, 1986.

Artículo 103

Abuso del derecho

(...)

La Constitución no ampara el abuso del derecho.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 2 incs. 2), 24)a, 51, 74, 79, 109, 139 inc. 11), 200 inc. 4) y 204;

C.C: arts. 1, n, III TP., 924, 2120, 2121;

C.P.: arts. 1, 2, 6, 7, 8, 10;

C.P.C: art 685;

C.T.: arts. VI, 168:

Ley 26435: art 40;

Ley 27454;

C.A.D.H.: arts. 9, 24;

D.U.D.H.: art 11.2;

P.I.D.C.P.: art 15.1

Carlos Fernández Sessarego

1. El último párrafo del artículo 103 de la Constitución de 1993 -norma modificada por Ley N° 28389, publicada el 17 de noviembre del 2004- prescribe, genéricamente, que "La Constitución] no ampara el abuso del derecho". A su tratamiento se contrae también el numeral II del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. En realidad, de lo que se trata no es el prohibir el "abuso" de un derecho subjetivo, considerado en sí mismo, sino impedir constitucionalmente el "ejercicio o la omisión abusivos" del derecho subjetivo. El derecho subjetivo es amparado por el ordenamiento jurídico, mas se prohíbe que en su ejercicio se afecte el interés de un tercero. De ahí que sea criticable la expresión "abuso del derecho" desde que ella no es descriptiva de la realidad existencial a la que se refiere.

2. La prescripción constitucional antes referida se encuentra ubicada en el Capítulo II del Título N que se contrae a la regulación de la "función legislativa". Consideramos que, por tratarse de un principio general del Derecho, la materia debería incorporarse en un Título Preliminar. La sistemática constitucional, sin embargo, carece de dicho Título, por lo que es de suponer que los constituyentes hicieron del artículo 103 de la Constitución un dispositivo que recogiese, aparte del "abuso del derecho", otros principios generales del Derecho.

3. El artículo II del Título Preliminar del Código Civil de 1984 desarrolla la temática referida al ejercicio abusivo del derecho en los siguientes términos:

"La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso".

Como se advierte, el texto del Código Civil antes glosado corrige el error conceptual contenido en el último párrafo del artículo 103 de la Constitución de 1993, al señalar que lo que la ley no ampara no es el "abuso de un derecho", sino su ejercicio o su omisión abusivos.

4. Como lo señala Rescigno, el tema del "abuso del derecho" no es un problema exclusivamente de carácter dogmático, sino que es una cuestión que "emerge históricamente del desarrollo y de las contradicciones de la sociedad liberal y de su sistema económico". Se trata de una reacción frente a los excesos cometidos bajo el equivocado entendido de que la propiedad es un derecho "absoluto", en cuyo ejercicio se podía abusar del mismo sin límite alguno, por lo que, aunque se afectase a terceros, se trata de un proceder considerado lícito. Por ello, como lo anota el mencionado autor, el instituto del "abuso del derecho" surge de "la necesidad de confiar al juez un medio para corregir las más estridentes desigualdades" (L'abuso del diritto. "Rivista di Diritto Civile", Parte, I, 1995, pp. 218-219).

5. No existe unanimidad de pareceres sobre los dos temas centrales concernientes al tema bajo comentario. Es así que no se ha logrado consenso sobre la naturaleza del instituto, ni tampoco en lo que se refiere a los criterios que deben utilizarse para su determinación. Las imprecisiones y dudas, que aún subsisten, no han impedido, sin embargo, que el denominado "abuso del derecho" se constituya en un principio general admitido, con autonomía, en el Derecho actual y de común aplicación jurisprudencial. Son numerosos los códigos civiles que lo recogen, así como son varios aquellos que se refieren a él de manera indirecta o implícita, sin designarlo por su nombre.

6. Es necesario, antes de afrontar la materia, efectuar el deslinde conceptual del "abuso del derecho". Ello es necesario desde que un sector de la doctrina no aclara suficientemente el tema, lo que ha traído como consecuencia que, por lo general, se desnaturalice dicha noción aplicándola, indebidamente, a casos de controversia entre dos antagónicos derechos subjetivos. Por ello resulta importante establecer, con la mayor precisión posible, que el concepto denominado "abuso del derecho" no es de aplicación en casos de colisión de dos derechos subjetivos.

El ejercicio o la omisión abusivos de un derecho se presenta únicamente en el caso en que se produzca una injusta o indebida agresión en contra de un tercero, que si bien posee un legítimo interés existencial que esgrimir en su favor frente a tal agresión, carece sin embargo de una expresa norma del Derecho positivo que le permita, en este nivel del Derecho, fundamentar su posición. En esta situación, la persona afectada debe recurrir al principio general bajo comentario, es decir, al que significa que la ley no ampara el ejercicio o la omisión abusivos de un derecho subjetivo cuando se afecta antisocialmente un legítimo interés que no se encuentra protegido por norma expresa del Derecho positivo.

7. En los ordenamientos jurídicos existen dos tipos de tratamiento del "abuso del derecho". En un6s, como es el caso del peruano, el fenómeno ha sido

asumido normativamente a través de un expreso principio general ubicado tanto en la Constitución como en el Código Civil. La explícita prohibición del "abuso del derecho" la encontramos, además, en los ordenamientos jurídicos suizo, español y argentino.

En otros casos, los ordenamientos jurídicos no han recogido expresamente la figura del "abuso del derecho". Ante esta situación, la jurisprudencia creativa, adelantándose a la legislación, condena el ejercicio o la omisión abusivos de un derecho subjetivo. El caso de Francia es emblemático al respecto. En esta hipótesis corresponde a la doctrina exponer los fundamentos jurídicos y los criterios que deberían sustentar su control judicial. Dicho fundamento suele hallarse en los principios generales de "no dañar", en la buena fe, la moral, las buenas costumbres o, en términos más amplios, en la llamada "conciencia jurídica colectiva".

8. La determinación de la naturaleza del "abuso del derecho" es un tema controvertido. En lo que atañe a esta figura se debate si nos encontramos ante un acto lícito, aunque irregular, por lo que solo debe ser objeto de una "limitación" en cuanto a su ejercicio o si, por el contrario, se trata de una situación de ilicitud, generada por la trasgresión de un genérico deber a cargo del titular de un derecho subjetivo.

Para comprender los alcances de este "genérico deber" debemos precisar que los derechos subjetivos no son absolutos desde que lo jurídico surge de la relación entre dos o más personas, es decir, de conductas humanas intersubjetivas. El derecho es estructuralmente coexistencial desde que el ser humano, por naturaleza, es un ente social, creado para vivir necesariamente en sociedad. Es por ello que en todo derecho subjetivo subyacen deberes, y éstos, a su vez, conllevan derechos. Dentro de los deberes que surgen de cada derecho subjetivo cabe distinguir uno que es genérico, por lo que aparece en cualquier derecho subjetivo. Se trata del deber de "no dañar" al ejercitarse el respectivo derecho. Pero, simultáneamente, cada derecho subjetivo posee el deber o los deberes que son inherentes a su particular naturaleza. Este plexo de derechos y deberes se suele conocer en el Derecho contemporáneo con la denominación de "situación jurídica subjetiva".

El "abuso del derecho" resulta ser la concreción del genérico deber de "no dañar a otro en el ejercicio de un derecho" en el caso específico en que, a través de dicho ejercicio, se afecte un interés no protegido por una expresa norma jurídica.

9. Consideramos, con un sector de la doctrina, que la conducta antisocial relativa al ejercicio abusivo de un derecho subjetivo -una vez producida- deja de ser lícita para convertirse en ilícita. Ello es el resultado de la manifiesta trasgresión de un genérico deber que, como se ha señalado, se encuentra en toda situación jurídica subjetiva, como es el de no afectar el interés de un tercero a través del ejercicio o la omisión abusivos de un derecho subjetivo patrimonial. Lo ilícito es lo que, en concreto, atenta contra la conducta jurídicamente permitida por justa y debida. El incurrir en una conducta antisocial de este tipo comporta, por consiguiente, la ejecución de un acto

injusto no permitido por la ley y, por lo tanto, caracterizado como ilícito. En el caso peruano, la situación descrita se ve precisada y reforzada mediante un expreso principio general que condena el ejercicio o la omisión abusivos de un derecho.

La tesis de la ilicitud es avalada por Mazeaud, Carbonnier, Julliot de la Morandiere, Marty y Raynaud, entre otros.

10. El "abuso del derecho" se presenta como un caso especial o sui géneris de acto ilícito. No se confunde, por lo tanto, con el genérico acto ilícito. Es del caso señalar aquello que distingue uno del otro.

a) En el "abuso del derecho" se parte siempre de la preexistencia de un derecho subjetivo del cual es titular el actor. El agente del ejercicio o la omisión abusivos posee, siempre y necesariamente, un derecho subjetivo.

b) En el ejercicio u omisión abusivo s de un derecho no se lesiona un preexistente derecho subjetivo. Lo que se afecta, de alguna manera y medida, es un interés patrimonial ajeno no protegido por norma jurídica expresa.

c) Tratándose del "abuso del derecho" no es necesario que se produzca un daño, que es el indispensable presupuesto de la genérica responsabilidad civil. El daño no es un elemento esencial de dicha figura.

d) En la responsabilidad genérica, a diferencia del "abuso del derecho", el agente actúa sin poseer derecho subjetivo alguno, causando un daño como resultado de una colisión de dos o más derechos subjetivos.

e) Si el acto ilícito sui géneris en que consiste el denominado "abuso del derecho" se identificara, sin más, con el genérico acto ilícito, debería tratarse dentro de los principios y dispositivos que rigen la responsabilidad civil, por lo que podría pretenderse, según el caso, la exigencia de dolo, culpa, riesgo u otro factor de atribución de parte del agente. Ello, sin embargo, no es así en el caso del "abuso del derecho", donde no es indispensable indagar por tales factores de atribución sino centrar la atención en el uso o ejercicio irregular de un derecho en detrimento del interés de un tercero.

Como lo hemos expresado en otra sede (El abuso del derecho. 23 edición, Grijley, Lima, 1999), es importante insistir en la sutil distinción entre lo que es un acto ilícito, que es regulado por los dispositivos de la responsabilidad civil, de lo que constituye un acto ilícito sui géneris, como es el caso del "abuso del derecho". Este "abuso del derecho" adquiere, así, autonomía jurídica frente a la culpa aquiliana; por ello, al igual que el fraude a la ley, no constituye un capítulo de la responsabilidad civil. De ahí que se le regule en los Títulos Preliminares de los cuerpos legales.

Si bien objetivamente el concepto de ilicitud es unitario, en cuanto es lo opuesto a la licitud, puede presentar diversos matices tales como lo ilícito genérico doloso o culposo, o el específico que fluye del fraude a la ley o del "abuso del derecho".

11. Existen tres distintos criterios para la determinación de la figura bajo comentario.

a) Según la concepción subjetivista, el "abuso del derecho" resulta ser el ejercicio o la omisión abusivos de un derecho subjetivo con la intención de afectar a otro sujeto o, en cualquier caso, sin que su actuación genere un beneficio propio. Según esta posición, no se presenta un interés serio y legítimo que pudiera perseguir el agente. La principal crítica a esta posición es la dificultad de la probanza que conlleva.

b) La corriente objetiva se sustenta en el manifiesto accionar anormal, por antisocial, de un derecho subjetivo. Este se constituye como una conducta contraria a la función social-económica inherente a cada derecho subjetivo. Es decir, se debe atender a un elemento objetivo como es la función o finalidad de cada derecho subjetivo. Dentro de esta corriente son numerosos los autores que vinculan el ejercicio abusivo de un derecho con la transgresión del principio de la buena fe, de la moral o de las buenas costumbres.

c) Frente a las dos anteriores posiciones surge aquella que puede calificarse de mixta o ecléctica. Como su nombre lo deja entrever, para la determinación de los criterios del "abuso del derecho" sus sostenedores combinan elementos de las dos anteriores posiciones, desde que son elementos que no se contraponen sino que se complementan, advirtiéndose, según el caso, la preponderancia de uno o del otro.

Desde nuestra perspectiva, el fundamental de los elementos tanto subjetivos como objetivos que permiten configurar el "abuso del derecho" es el que se contrae a la moral social que, jurídicamente, se traduce en el valor solidaridad. Lo antisocial, lo anormal, es lo contrario a la vigencia de este valor, cuya raíz es moral y se refleja en los principios de la buena fe y las buenas costumbres.

12. Corresponde al Tribunal francés de Colmar, mediante sentencia del 2 de mayo de 1855, establecer el germen de lo que -al limitar el anormal ejercicio del derecho de propiedad- se constituiría, con el transcurrir del tiempo, en la figura del "abuso del derecho". En dicho pronunciamiento se expresa que "si es cierto que el derecho de propiedad es un derecho en algún modo absoluto, autorizando al propietario el uso y el abuso de la cosa, sin embargo, el ejercicio de ese derecho, como el de cualquier otro, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo.

De donde se deduce que, a pesar de reconocerse en aquel momento histórico la capacidad del propietario para no solo el uso sino el abuso de su derecho de propiedad, cuando su ejercicio carece de un interés legítimo no debe ser tolerado.

La mencionada sentencia se refería al caso de un propietario que edificó sobre su casa una falsa, voluminosa e inútil chimenea delante de la ventana de un vecino, con la intención de causarle un perjuicio quitándole la luz. Este comportamiento, si bien se sustentaba en un reconocido derecho subjetivo, carecía en su actuación de un interés serio y legítimo y, al mismo tiempo, no

producía ningún beneficio para el titular del derecho. El Tribunal ordenó la demolición de lo construido, dejándose a salvo el derecho del vecino al resarcimiento del perjuicio que se le habría causado.

DOCTRINA

DIÉZ-PICAZO y GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. 1. Tecnos. Madrid, 1982; ESPINOZA ESPINOZA. Una aplicación de "los abusos de derecho" en la experiencia jurídica: el problema del abuso de la personalidad jurídica. en Gaceta Jurídica. Tomo 17. WG Editores. Lima, 1995; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El abuso del derecho. 2ª edición. Grijley, Lima, 1998; RESCIGNO. L' abuso del diritto. En: "Rivista di Diritto Civile". Parte 1. 1995; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE. El abuso del derecho. Ejea. Buenos Aires, 1971; RUBIO CORREA. Para Leer el Código Civil. m, Título Preliminar. PUCP. 1986.

Artículo 104

Facultad legislativa delegada

El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 74, 80, 81, 101 inc. 4), 102, 108, 123 inc. 3), 125 inc. 2), 135, 200 inc. 4);

C.P.Ct.: art. 75;

T.U.O.Rgto.Congreso: arts. 64 inc. a), 81 inc. t), 90;

C.A.D.H.: art. 32.2;

P.I.D.C.P.: art. 1.1;

P.I.D.E.S.C.: art. 1.1

Edgar Carpio Marcos Fernando Velezmoro Pinto

1. Introducción

Lo primero que hay que señalar es la referencia que el presente artículo hace a otras disposiciones al interior del propio texto constitucional. Completando la idea del constituyente, puede decirse que son materias indelegables, a tenor del último párrafo del artículo 101, las siguientes: las leyes de reforma constitucional, la aprobación de tratados internacionales, la Ley de Presupuesto y de Cuenta General de la República. Y aquí precisamente radica la diferencia con su antecesora. La Carta de 1979 estipulaba, en su artículo 188, la posibilidad de delegar en el Ejecutivo la facultad de dictar decretos legislativos¹⁸⁷ y la obligación de este de "dar cuenta" al Congreso¹⁸⁸.

En general, la literatura jurídica, tanto sobre su consagración en el texto del '79 como el del actual de 1993, ha centrado sus planteamientos en denunciar la tendencia parlamentaria hacia una demasiada proclividad a autorizar la expedición de decretos legislativos por parte del Ejecutivo, así como los casi nulos mecanismos de control. Más aun, existe quien evaluando su uso en nuestras Constituciones propone la eliminación de toda atribución para legislar del Ejecutivo¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Constitución de 1979: Artículo 188.- El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre las materias y por el término que especifica la ley autoritativa. Los decretos legislativos están sometidos en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley

¹⁸⁸ Constitución de 1979: Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República: Inciso 10.- Dictar decretos legislativos por fuerza de ley, previa delegación de facultades por parte del Congreso, y con cargo a dar cuenta a este

Sin embargo, más allá de la constatación fáctica sobre la incorrecta y excesiva aplicación de esta facultad, un comentario constitucional acorde con la teoría jurídica contemporánea debe centrarse en la explicación del enunciado constitucional, sin caer en la mera labor de exégesis, y para el caso específico de los decretos legislativos, señalando la naturaleza jurídica del acto de delegación, la finalidad de su consagración, su posición frente al resto de fuentes del derecho, así como las posibilidades interpretativas que el texto permite al operador jurídico.

2. Naturaleza jurídica de la delegación

Las teorías sobre la naturaleza jurídica de la legislación delegada pueden reducirse a dos: por un lado están quienes consideran la delegación de poderes como una transmisión de funciones de parte del Poder Legislativo al Ejecutivo para expedir normas con rango de ley y, por el otro, quienes negando tal posibilidad, afirman que la supuesta delegación es en realidad una orden emitida por el Legislativo para que el Ejecutivo emita una norma específica, en principio reglamentaria, pero que anticipadamente se le ha dado el mismo rango que una ley.

La primera de las tesis ha sido formulada en España por Ignacio De Otto, refiriendo que en la delegación el órgano legislativo hace entrega de su poder originario al Gobierno para que emita una norma con el mismo valor como si él mismo lo hubiera hecho. En términos generales, se trata de "un acto dispositivo mediante el cual un sujeto, fundándose en su propia competencia para proveer acerca de un determinado objeto, atribuye a otro los poderes necesarios para que provea de modo tan legítimo y eficaz como él mismo acerca de una determinada materia"¹⁹⁰.

Por su parte, García de Enterría parte de la concepción de que en el Estado de Derecho rige el principio de indelegabilidad de potestades porque estas, antes bien, son en realidad deberes u obligaciones de actuar de los cuales su titular no puede sustraerse. Así, la Administración dictará siempre reglamentos, como el órgano legislativo dictará siempre leyes. En ese sentido, ha sostenido, la norma que habilita al Ejecutivo es en realidad un requerimiento de actuación a la Administración para que complemente su labor normativa utilizando su poder reglamentario. Sin embargo, el producto normativo tiene rango de ley pero no en razón del pretendido traslado de poderes, sino porque se trata de un efecto asignado anticipadamente¹⁹¹.

La tesis de García de Enterría, que por lo demás es la mayoritaria en la Península, obedece a una realidad concreta y sería difícilmente trasladable al Perú. Así, en España la facultad de dictar normas con rango de ley está vedada

¹⁸⁹ Cfr. GUZMAN, Christian. ¿Es realmente necesario que el Gobierno legisle? Apuntes acerca del uso de la legislación delegada y la legislación de urgencia en el Perú. En: "Revista Jurídica del Perú" N° 21. Trujillo 2001, pp. i-x, en especial la p. ix.

¹⁹⁰ DE OTTO y PARDO, Ignacio. Derecho Constitucional Sistema de fuentes. Arie1. Bucelona 1990, p.183

¹⁹¹ Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Volumen I. Civitas. Madrid 1999, pp. 244-261, en especial 245 y 246

al Ejecutivo por su falta de legitimidad democrática (recordemos que el Jefe del Gobierno español es elegido por el Parlamento), cuestión que no está presente en el Perú, donde el Presidente de la República es elegido directamente por sufragio popular. Sin embargo, este solo dato no nos debe apresurar en equiparar a ambos órganos en su legitimidad para dictar normas rango de ley. Además de la tradición histórica, abogan a favor del Parlamento la pluralidad política del que carece el Ejecutivo. Por ello, como dirían Rubio y Bernal, al corresponderle al Congreso la facultad de dictar leyes, la delegación de atribuciones legislativa debe hacerse en vía de excepción¹⁹².

Que la ley autoritativa sea un requerimiento a la Administración para que complete la labor normativa del Legislativo, como afirma García de Enterría, parece ser algo correcto en el contexto español, en donde la norma habilitadora debe contener los criterios y principios que le regirán. El margen sobre el que se mueve la Administración española es estrecho, limitándose a especificar y concretizar lo establecido por el Legislativo. Tal situación no ocurre en el Perú, puesto que nuestro artículo 104 constitucional exige únicamente que la ley autoritativa señale la materia y plazo específicos. La diferencia entre uno y otro contexto es pues evidente. En el caso peruano goza la Administración de una amplísima discrecionalidad política sobre el sentido de la regulación que se le ha encargado, sin exceder límites de la materia y el plazo.

Así, estando determinada la materia sobre la cual debe normar, el Ejecutivo puede optar, de acuerdo a su parecer o conveniencia, por una u otra orientación política sin que ello pueda ser objetado. En otras palabras, la ley autoritativa debe señalar el aspecto específico de la realidad (social, jurídica, etc.) sobre el cual debe normar el Ejecutivo, pero no la forma como debe hacerlo (es decir, qué criterios o principios aplicar), gozando para este aspecto de discrecionalidad¹⁹³.

Finalmente, coincidimos con De Otto en señalar que si bien las funciones son deberes a los cuales no se puede renunciar, la delegación de la potestad de dictar normas con rango de ley supone un quebrantamiento legítimo del principio de indelegabilidad de potestades respaldado por el propio texto constitucional¹⁹⁴. Así, conforme hemos señalado, las razones por las cuales cabe hablar en el ordenamiento peruano de un auténtico traslado de poderes son aún más fuertes que en el contexto español, sin que este hecho -el traslado o delegación- pueda reputarse ilegítimo.

3. El decreto legislativo. Posición en el sistema de fuentes

¹⁹² Cfr. RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. Constitución y sociedad política. Mesa Redonda Editores. Lima 1983, quienes al referirse al Congreso señalan: "En él están representados las diversas posiciones políticas, constituyendo el foro por esencia de la participación de las minorías, del pluralismo democrático y, en virtud de ello, de la posibilidad de una amplia representación de posiciones" (p. 337).

¹⁹³ Sobre los mecanismos de control de la legislación delegada nos referiremos infra en el apartado 5 de nuestro comentario

¹⁹⁴ DE OTTO y PARDO, Ignacio. Ob. Cit. P 183. En donde además afirma que: "Al negar que haya una verdadera delegación en el sentido técnico del término lo que se hace es contraponer al derecho constitucional positivo una teoría construida al margen de él" (p. 184).

El producto normativo del Ejecutivo en virtud a la delegación del órgano legislativo se denomina decreto legislativo. Pérez Royo afirma que el sustantivo decreto obedece a la procedencia de la, norma y el adjetivo legislativo a la fuerza de ley de la que está investido¹⁹⁵. Sin embargo, en el ordenamiento peruano el adjetivo legislativo no implica siempre fuerza de ley para el sustantivo que lo acompaña; así por ejemplo, todas las resoluciones legislativas del Congreso¹⁹⁶. Por ello, cabe suponer que la denominación "decreto legislativo" haga referencia a los dos órganos que intervienen en su elaboración: el Legislativo en su autorización y el Ejecutivo en la fijación de su contenido. Aboga a favor de ello el hecho de que los decretos de urgencia, según el artículo 118 inciso 19, tienen fuerza de ley y son elaborados exclusivamente por el Ejecutivo.

Contra lo que comúnmente se cree, la fuerza de ley de los decretos legislativos no se deduce del hecho de que este tipo de normas sean incluidas dentro de la lista de aquellas pasibles de acción de inconstitucionalidad, según el artículo 200 inciso 4 constitucional. Más bien, es el propio artículo 104 el que nos dice que "los decretos legislativos están sometidos en cuanto a su (...) vigencia y efectos a las mismas normas que rigen para la ley". Equiparados a la ley, gozan del mismo rango que ella y por lo tanto están por debajo de la Constitución y por encima del resto de normas del ordenamiento¹⁹⁷. Asimismo, rigen para ellos principios de generalidad, vigencia inmediata e irretroactividad¹⁹⁸.

Ahora bien, cabe agregar aquí que asumir el rango y la fuerza de ley de los decretos legislativos no rompe con el principio de la primacía de la ley propio del Estado de Derecho. En efecto, si bien estas normas del Ejecutivo son equiparadas a la ley, la potestad legislativa reside, en última instancia, en el Parlamento, ya que se necesita siempre de la habilitación parlamentaria a través de una ley. Así, la potestad normativa con rango legal del Ejecutivo no es autónoma¹⁹⁹.

4. Las razones del fenómeno de la legislación delegada

Acaso convenga reflexionar ahora, antes de entrar en la problemática de los mecanismos de control, sobre las razones por las cuales los Parlamentos en general tienden a delegar, con o sin respaldo en el texto constitucional, la facultad de emitir normas con rango de ley²⁰⁰.

¹⁹⁵ Cfr. PEREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons, Madrid 2000, p. 807.

¹⁹⁶ Una excepción a dicha regla, por ejemplo, son aquellas resoluciones legislativas mediante las cuales se ratifican los tratados internacionales

¹⁹⁷ Cfr. el artículo 51 de la Constitución peruana vigente

¹⁹⁸ Cfr. los artículos 103, modificado por Ley N° 28389, Y 109 de la Constitución

¹⁹⁹ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis. Concepto de Ley y tipos de Leyes. En: "Revista Española de Derecho Constitucional" N° 24, Madrid 1988, p. 88. Pudiera señalarse contra ello la existencia en el Perú de los denominados Decretos de Urgencia que no necesitan de habilitación legislativa alguna, sin embargo la limitada vigencia que estas normas deben tener o a veces no tienen) no innovan de manera permanente el ordenamiento sino tan solo lo suspenden temporalmente permitiendo la aplicación de verdaderas normas de excepción.

²⁰⁰ Durante la vigencia de la Constitución de 1933, el Congreso utilizó la figura de la legislación delegada sin respaldo en el texto constitucional. Cfr. EGUIGUREN, Francisco. La delegación de

El fenómeno de la legislación delegada sobrepasa al del decreto legislativo. En efecto, se constata también un acto de delegación en el traslado de facultades del Congreso a la Comisión Permanente, de acuerdo al artículo 101 constitucional²⁰¹.

Pues bien, ello no hace más que demostrar que el constituyente ha sido consciente de que la realidad social necesita de normas rápidas y especializadas, características que el procedimiento legislativo ordinario no puede asegurar.

Por un lado, el Parlamento es un órgano en donde prima el debate de ideas y la adopción de decisiones bajo el principio mayoritario. Por el otro, al ser el Congreso el foro de la representación ciudadana, los congresistas no son gente con conocimientos técnicos y especializados, que sí lo tiene la tecnocracia de la administración estatal. En virtud de ello, rapidez y especialización son dos de las razones esbozadas para explicar el fenómeno de la legislación delegada tanto a favor de la Comisión Permanente como del Ejecutivo.

Se ha argumentado que detrás del fenómeno de la delegación subyace la complejidad de las tareas del Estado social²⁰². Efectivamente, el Estado se vuelve más complejo, más técnico, y se requiere respuestas más expeditivas en el marco de políticas públicas. Sin embargo, tal aseveración sería del todo convincente si se demostrara que las materias propias de legislación del Estado social (igualdad material, redistribución de la riqueza, justicia social, derechos económicos y sociales, etc.) son legisladas por el Ejecutivo y, contrario sensu, las materias que no le son propias no podrán ser delegadas a él. La realidad nos demuestra que, en el contexto peruano, las materias a delegar son diversas, sin importar si corresponden o no al contenido del Estado social²⁰³.

Ahora bien, la posibilidad de que el Congreso pueda delegar parte de sus funciones no debe suponer en absoluto una renuncia general a su función legislativa.

Por ello, el constituyente ha establecido una reserva negativa, es decir, una serie de materias que tienen que ser necesariamente debatidos y votados al interior del Congreso sin que quepa posibilidad alguna de delegación, y ello justamente porque tales materias o requieren de un paciente debate o

facultades legislativas al Poder Ejecutivo: el modelo constitucional y sus problemas de aplicación; en "Los retos de una democracia insuficiente. Diez años de régimen constitucional en el Perú: 1980-1990". Comisión Andina de Juristas. Lima 1990, p 176.

²⁰¹ Al margen de que sea un órgano interno del propio Congreso ello no desvirtúa de que se trate de un auténtico acto de delegación puesto que la potestad legislativa ha sido conferida al Pleno o totalidad del órgano legislativo y no a parte de él, como lo es la Comisión Permanente

²⁰² Cfr. DONAYRE, Patricia. Los decretos legislativos en el Perú. Fondo Editorial del Congreso del Perú.

Lima 2001. pp. 59 Y ss. Y la bibliografía allí citada, en especial la p. 73

²⁰³ Paradójicamente dos de los decretos legislativos más controvertidos, posteriormente dejados sin efecto por el Tribunal Constitucional (fC), estuvieron referidos a la seguridad ciudadana contra la delincuencia común que maneja atmas de guerra, tema lejos de los pretendidos ribetes "sociales".

Cfr. Decretos Legislativos N° 895 Y 897

requieren de una legitimidad democrática de tal grado que no admite su aprobación sin el debate en el Parlamento²⁰⁴.

5. Control de la legislación delegada

Un rasgo que caracteriza al decreto legislativo peruano es, como manifestamos supra, la amplia discrecionalidad política que goza el Ejecutivo al momento de elaborarlos. En nuestro país no ocurre como en España y Francia, la obligatoriedad de que la norma delegante contenga los principios y criterios²⁰⁵ que deberán ser desarrollados vía decreto legislativo. Tal discrecionalidad de nuestro Ejecutivo hace necesario centrar la atención sobre los mecanismos de control de esta institución.

Si la delegación supone en principio una renuncia voluntaria del Congreso a su función de legislar, debe comprenderse que los mecanismos de control se centren en el producto normativo del Ejecutivo, vale decir, en el decreto legislativo como tal.

Por ello, no parecen admisibles los controles anteriores a la expedición de dicha norma. Proponer el control anterior a su publicación para que su contenido sea analizado y discutido con el Ejecutivo atenta no solo con la pretendida rapidez que la justifica, sino que convierte al Gobierno en un mero presentador de proyectos al Congreso. Si la norma elaborada por el Ejecutivo no goza de vigencia inmediata la delegación de facultades tendría escasa utilidad.

Tampoco parece ser admisible la fijación previa de criterios y principios que el Ejecutivo debe desarrollar a través del decreto legislativo. Si lo que se quiere es que el Ejecutivo emita normas de desarrollo, lo que se debe hacer es aprobar una ley en trámite ordinario -en esto podría influenciar el Gobierno a través de proyectos de ley de tramitación urgente- y ordenar que sea reglamentada vía decreto supremo. La fijación de criterios específicos, o "bases" a la usanza española, impone más límites al Ejecutivo que la materia específica y el plazo²⁰⁶. Así también, si tenemos en cuenta que el acto de delegación se expresa a través de una ley y, consecuentemente, discurre por todo el trámite parlamentario ordinario, la discusión y aprobación de las bases, criterios generales o principios contenidos en la norma delegante y que deben guiar la actuación del Ejecutivo, hacen que la pretendida rapidez en la expedición de los decretos legislativos sea más aparente que real. Teniendo en cuenta ello, nada obsta pues para que se discuta y vote la totalidad de la ley o por lo menos los aspectos más relevantes o que innoven el ordenamiento. Lo

²⁰⁴ Una excepción a lo dicho está contenida en el artículo 80, que expresa que si el proyecto de Ley de Presupuesto no es aprobado y remitido al Ejecutivo para su promulgación antes del 30 de noviembre entra en vigencia su proyecto original promulgado por decreto legislativo. De la misma manera opera la Cuenta General de la República en virtud del artículo 81 constitucional

²⁰⁵ Las normas delegantes son denominadas en el Derecho comparado "leyes de bases" o "leyes marco" porque contienen los límites dentro de los cuales se expedirán los decretos legislativos. Sin embargo, las normas aprobadas con tal denominación en el Perú no guardan relación alguna con este concepto. Así, puede verse la Ley Marco del Sistema Tributario, que es justamente un decreto legislativo, o la Ley de Bases de la Descentralización, norma del Congreso que no contiene delegación alguna al Ejecutivo.

²⁰⁶ En contra, por lo menos en lo atinente a la materia tributaria EGUIGUREN, Francisco. Ob. cit. pp. 196 Y 197

demás, lo específico y de desarrollo, será completado posteriormente por el Ejecutivo en el nivel reglamentario de la norma. En tal razón, o se permite la discrecionalidad y libertad del Gobierno en la configuración de los decretos legislativos como ocurre en la actualidad, o simplemente se suprime dicha institución de nuestro sistema jurídico.

De ahí, pues, que el control de los decretos legislativos debe ser siempre posterior, y ello a través de dos mecanismos: el parlamentario y el jurisdiccional. El control posterior supone la entrada en vigencia del decreto legislativo, aun cuando este adolezca de excesos en la materia delegada o de incompatibilidades con la Constitución.

Sin embargo, es esta una característica de la ley en general en el Perú, por muy incompatible que esta sea con el orden vigente, pues seguirá existiendo y rigiendo hasta que sea dejada sin efecto por el Tribunal Constitucional o derogada por otra ley.

El control jurisdiccional se desenvuelve en diversos aspectos. Por un lado, el control de la constitucionalidad supone también un juicio de adecuación del decreto legislativo a su norma delegante en tanto que una violación a esta supondría un vicio de inconstitucionalidad en la medida que es la Constitución la que establece la inviolabilidad de la materia delegada. La ley autoritativa o norma delegante es, pues, una norma interpuesta entre el decreto legislativo y la Constitución²⁰⁷.

Respecto al órgano encargado de dicha evaluación, conforme al sistema dual o paralelo de jurisdicción constitucional, corresponde tanto al Poder judicial como al Tribunal Constitucional. En efecto, en virtud del artículo 51 los jueces ordinarios pueden inaplicar el decreto legislativo que consideren inconstitucional sin que ello importe su derogación. Del mismo modo, de acuerdo al artículo 200 inciso 4, el Tribunal Constitucional conoce las acciones de inconstitucionalidad promovidas contra los decretos legislativos, sea por vicios de fondo o de forma.

Por otra parte, está el control parlamentario, que se traduce en un control político. La derogación posterior del decreto legislativo, aun cuando esté basado en criterios jurídicos, por ejemplo inconstitucionalidad o exceso en la materia o plazo delegado, será siempre un control político porque se expresa en un acto de la misma naturaleza: la ley. El control político propiamente dicho se centra en la evaluación de la opción política del Ejecutivo, es decir, en un juicio acerca de la oportunidad o conveniencia política en la tarea normativa encargada.

²⁰⁷ Las características de las normas interpuestas como elementos en el parámetro del control de la constitucionalidad han sido puestas de relieve por CARPIO, Edgar. Normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad (el caso peruano). En: Juan Vega y Edgar Corzo (Coordinadores) "Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional". UNAM, México 2002, pp. 106 Y ss. Ha expresado el Tribunal Constitucional que la inconstitucionalidad de una ley autoritativa importa la inconstitucionalidad originaria del decreto legislativo al que ha dado origen. Cfr. Exp. N° 0005-2001-AI/TC.

Finalmente, para operativizar la expresión "dar cuenta" de los decretos legislativos aprobados, se modificó el Reglamento del Congreso de la República, contemplando en su artículo 90 el envío por parte del Ejecutivo, dentro del tercer día posterior a su publicación oficial, para su estudio a la Comisión de Constitución o a la que señale la ley autoritativa. Con el dictamen de este órgano termina el trámite de control, pudiendo recomendar la derogación o modificación del decreto legislativo y la responsabilidad política de los ministros intervinientes. Sin embargo, no parece ser justa la posibilidad de sancionar políticamente a los ministros por refrendar un decreto legislativo inconstitucional puesto que, además de suponer un sesudo análisis de la constitucionalidad para el que ambos, congresistas y ministros, no necesariamente tienen que estar capacitados, el vicio de inconstitucionalidad en la redacción de la norma no supone una sanción para sus infractores, con excepción de aquellos supuestos de manifiesto exceso de poder legislativo. Creemos que si en efecto ocurre un traslado de facultades políticas, como lo es el de aprobar normas con rango legal, debe extenderse, consecuentemente, el privilegio de la irresponsabilidad política a los ministros solo para los casos de expedición del decretos legislativos inconstitucionales.

DOCTRINA

CARPIO, Edgar. Normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad (el caso peruano). En: Juan Vega y Edgar Corzo (coordinadores) "Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional". UNAM, México 2002; DE OTIO y PARDO, Ignacio. Derecho Constitucional. Sistema de fuentes. Ariel. Barcelona 1990; DIEZ-PICAZO, Luis.

Concepto de ley y tipos de leyes. En: "Revista Española de Derecho Constitucional" N° 24, Madrid 1988; DONA YRE, Patricia. Los decretos legislativos en el Perú.

Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima 2001; EGUIGUREN, Francisco. La delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo: el modelo constitucional y sus problemas de aplicación; en "Los retos de una democracia insuficiente. Diez años de régimen constitucional en el Perú: 1980-1990". Comisión Andina de Juristas.

Lima 1990; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Volumen I. Civitas. Madrid 1999; GUZMAN, Christian. ¿ Es realmente necesario que el Gobierno legisle? Apuntes acerca del uso de la legislación delegada y la legislación de urgencia en el Perú. En: "Revista Jurídica del Perú" N° 21. Trujillo 2001; PEREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons, Madrid 2000; RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. Constitución y sociedad política. Mesa Redonda Editores. Lima 1983.

Artículo 105

Aprobación de los proyectos de ley

Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 106, 107, 125, 160, 162, 178;

T.U.O.Rgto.Congreso: arts. 29,73 Y ss.

Gerardo Eto Cruz

1. Introducción: las fases del procedimiento legislativo

En el Capítulo n, Título IV de la Constitución, correspondiente a la "Función Legislativa" -que le es consustancial a todo Parlamento- este tiene como atribuciones, entre otros aspectos y fuera de la fiscalizadora, la aprobación de las normas jurídicas que son de eficacia general y cuya heterodoxa tipología normativa van desde la aprobación de leyes ordinarias, leyes de reforma de la Constitución, leyes orgánicas, leyes presupuestales y financieras, leyes autoritativas de legislación delegada, leyes de amnistía, leyes demarcatorias, resoluciones legislativas, tratados y reglamento interno del Congreso, etc.

Todos estos aspectos que enmarcan a los "proyectos de ley" van a girar en torno al procedimiento legislativo que, en rigor, se le define como la sucesión de actos necesarios para la elaboración de la ley²⁰⁸. Y es que, frente a las otras formas de procedimiento, el legislativo tiene características específicas que explican su propia estructura, en tanto se trata de un organismo colegiado y de naturaleza representativa, en donde se tiene que tamizar las distintas posiciones político-partidarias, a fin de que el producto acabado -la ley- salga integrando la voluntad de sus miembros en una decisión conjunta.

El procedimiento legislativo comprende hasta tres etapas²⁰⁹ que podríamos sintetizarlas en las siguientes: La primera fase es la de iniciativa, que en nuestro caso se encuentra ubicado en el artículo 107, el cual prescribe el derecho de iniciativa a los congresistas, al Presidente de la República, a los otros "Poderes del Estado" y a muchas entidades más. La segunda fase es la constitutiva, que es el debate y la aprobación de la ley; y la tercera fase es la integradora de eficacia, que abarca la sanción, promulgación y publicación, que lo comentaremos en el artículo 109.

Dentro de la fase constitutiva se ubica el artículo 105 de la Constitución, cuyo tenor empieza enunciando que: "Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin

²⁰⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español Dykinson, Madrid, 1992, p. 620

²⁰⁹ BIGLINO CAMPOS, Paloma. Procedimiento legislativo. En: "Enciclopedia Jurídica Básica". Volumen n, A. Montoya Melgar (director), Civitas, Madrid, 1995, pp. 3183-3187.

haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso".

Dentro de las funciones constitucionalmente conferidas al Parlamento, este actúa "en Pleno" (artículos 80, 100 v.gr.) y por "comisiones"; esto es, dentro del Derecho Parlamentario, los Congresos desarrollan su actividad a través de la reunión plenaria de toda la Asamblea o mediante la reunión de órganos colegiados o menores denominados "comisiones"²¹⁰.

2. Una norma de naturaleza infraconstitucional

Se ha sostenido que el funcionamiento predominante se da a través del Pleno, lo que constituye una característica de los parlamentos decimonónicos, mientras que el empleo institucionalizado de las comisiones resulta típico de los parlamentos contemporáneos²¹¹. No obstante esto, la primera fórmula normativa de la Constitución, en rigor, no necesariamente corresponde estar a nivel de un tratamiento constitucional, pues esta primera parte del texto debió estar simplemente ubicado dentro de la normativa infraconstitucional o, específicamente, en el Reglamento Interno del Congreso²¹².

Analizando más específicamente la fórmula normativa en su primera parte del artículo 105, debemos reconocer que no tiene precedentes en nuestro constitucionalismo; y la pretensión de esta norma es que, cualquier proyecto de ley, para que pase a la "fase integradora de eficacia", esto es, la sanción, promulgación y publicación, debe previamente haber sido aprobada por la comisión dictaminadora. Las comisiones hoy son las que conocen de las iniciativas de los proyectos, proposiciones o asuntos que se les encomienda, en función a su competencia. Actualmente, el Reglamento Interno prevé tres clases de comisiones:

a) Comisiones Ordinarias.- Que son las encargadas del estudio y dictamen de los asuntos ordinarios de la agenda del Congreso, con prioridad en la función legislativa y de fiscalización. Dentro de estas comisiones deben existir cuando menos 24 que están reguladas en el artículo 35 del Reglamento Interno del Congreso²¹³.

²¹⁰ AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. Consideraciones sobre las comisiones parlamentarias. En: "Parlamento y sociedad civil". Miguel Aparicio Pérez (coordinador), U. de Barcelona, Barcelona, 1980.

²¹¹ PUNSET BLANCO; Ramón. Comisiones de las cámaras. En: "Temas básicos de Derecho Constitucional". Manuel Aragón Reyes (coordinador), Civitas, Madrid, 2001, p. 152.

²¹² BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Ciedla, Lima, 1996, p. 440

²¹³ Estas Comisiones son: Agraria; Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera; Comercio Exterior y Turismo; Constitución y Reglamento; Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos; Defensa Nacional, Orden Interno, Inteligencia, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas; Descentralización, Regionalización y Modernización de la Gestión del Estado; Economía; Educación, Ciencia, Tecnología, Cultura y Patrimonio Cultural; Energía y Minas; Fiscalización y Contraloría; Gobiernos Locales; Justicia y Derechos Humanos; Juventud y Deporte; Mujer y Desarrollo Social; Presupuesto y Cuenta General de la República; Producción y Pymes; Pueblos Andinoamazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología; Relaciones Exteriores; Salud, Población, Familia y Personas con Discapacidad; Seguridad Social; Trabajo; Transportes y Comunicaciones; Vivienda y Construcción

b) Comisiones de Investigación.- Que son las encargadas del estudio, la investigación y el dictamen de los asuntos puestos en su conocimiento en aplicación del artículo 97 de la Constitución; y,

c) Comisiones Especiales.- Que están constituidas con fines protocolares o ceremoniales o para la realización de cualquier estudio especial o trabajo conjunto con comisiones del Gobierno, según acuerdo del Pleno a propuesta del Presidente del Congreso.

3. Proyecto de ley y propuesta de ley

El artículo 105 en su primera parte, debe complementarse en su análisis, con ver si existe en rigor o no una distinción entre lo que es un "proyecto de ley" y la "proposición de ley", aunque esta última no figura con este nomen iuris en la Constitución de 1993; y si en cambio en el Reglamento Interno del Congreso (vid. artículos 75 y ss.). En algunos sistemas, como el español por ejemplo, se distinguen ambas situaciones, siendo la característica del proyecto de ley que es un texto articulado de prescripciones normativas aprobadas por el Consejo de Ministros y presentada al Parlamento para su estudio, enmienda, votación y, en su caso, transformación en leyes.

En buena cuenta, los proyectos de ley no son más que los textos producto de la iniciativa legislativa ejercida por el Poder Ejecutivo, conforme en nuestro caso, se observa al hilo de los textos constitucionales como el propio artículo 105, el artículo 78 regulador del proyecto de Ley del Endeudamiento, el artículo 80 regulador del proyecto de Ley del Presupuesto, el artículo 125 en sus incs. 1 Y 2, entre otros aspectos. En cambio, la "proposición de ley" constituye textos articulados de prescripciones normativas que presenta al Congreso, para su tramitación y su hipotética transformación en leyes, un congresista o un número determinado de congresistas. Estamos aquí ante textos presentados al Parlamento por sus propios miembros, que están investidos de la facultad de iniciativa legislativa (artículo 107).

Sin embargo, más allá de esta sutil distinción, en nuestro ordenamiento constitucional, bien cabe afirmar que los proyectos de ley, en rigor, pueden identificarse como propuestas de ley, en términos genéricos. Empero, si hay diferencias, estas son más bien formales; puesto que los proyectos de ley no constituyen un coto de caza solo y exclusivamente del Ejecutivo, pues en el artículo 106 existe la iniciativa parlamentaria como materia reservada propia e indelegable de los propios "proyectos de ley orgánica". Por lo demás, como ya se ha indicado, en el Reglamento Interno del Congreso se involucra dentro de la iniciativa legislativa el derecho que tienen todos los ciudadanos y las instituciones señaladas por la Constitución para presentar "proposiciones de ley" (artículo 74).

4. La preferencia de los proyectos de ley con carácter de urgente

En su segundo párrafo, el artículo 105, expresa que: "Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia".

En el seno del Congreso Constituyente Democrático, hubo dos posiciones al respecto, una expresada por Roger Cáceres Velásquez (Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos - FNTC) que había expresado que este enunciado "ha sido prácticamente declarativo y romántico. Esa preferencia no se ha hecho valer", por lo que planteaba que la norma debía tener un énfasis "más fuerte". Alegaba que la expresión "tienen preferencia" era un poco vaga. La otra posición fue esgrimida por Enrique Chirinos Soto quien, por el contrario, afirmaba que este artículo "se ha convertido en una corruptela del Ejecutivo, que a todo le pone urgente". "Y, en parte, esta última posición es la que más se acerca a la dinámica constitucional peruana, pues al Ejecutivo le basta calificar unilateralmente que su proyecto de ley tiene tal carácter de "urgente" para que el Congreso se obligue a darle "preferencia".

Sin embargo, y más allá de estas inevitables manipulaciones que pueden presentarse, lo cierto es que a nivel comparado existe una heterodoxa gama de aspectos relacionados a las iniciativas legislativas del Ejecutivo.

Por principio y tal como lo estipula el artículo 107, cuya fórmula expresa que: "El Presidente de la República (...) tienen derecho de iniciativa en la formación de leyes", el hecho es que este numeral conecta con el artículo 105 objeto de comentario. Así por un lado mientras el Presidente de la República es el que tiene el derecho de iniciativa, en rigor, este tiene que contar con la aprobación de los proyectos de ley por el Consejo de Ministros (artículo 125 inc. 1). Y es en este contexto que mientras en el artículo 107 se precisa que es el Presidente de la República el que tiene el derecho de iniciativa, como efectivamente lo tiene, en el artículo 105 in fine se establece que dicha iniciativa lo tiene "El Poder Ejecutivo" y que tendrá "preferencia" por la naturaleza urgente del proyecto de ley.

La fórmula constitucional del artículo 105 in fine, en rigor, no hace más que reforzar el protagonismo del Ejecutivo, ya que la propia Constitución le habilita, como ha quedado prefigurado en la redacción, a expresar su iniciativa de forma privilegiada cuando califique que tal proyecto de ley resulta ser de "urgencia".

Una breve ojeada en la legislación constitucional latinoamericana ofrece varios matices sobre la iniciativa legislativa del Ejecutivo. Por principio, en todas las Constituciones se le otorga este derecho al Ejecutivo, mas no todos tienen el estatus privilegiado que la Constitución le acuerda a los proyectos con carácter de urgentes para que tenga la preferencia que se le asigna.

Así, por ejemplo, el texto de Brasil establece que el Presidente de la República "podrá solicitar tramitación de urgencia para los proyectos de iniciativa" (artículo 64.1). Igual temperamento tiene el texto colombiano (artículo 163), el chileno (artículo 72), el ecuatoriano (artículo 66) y el de Paraguay (artículo 210). De este mosaico de iniciativas con carácter de urgencia, se presentan a su vez los siguientes matices:

a) La primera es la de reconocer que el Ejecutivo tiene derecho de iniciativa, pero no todas las Constituciones acuerdan otorgarle el privilegio de dar preferencia a la iniciativa, aunque fuere de naturaleza "urgente" su proyecto de ley.

b) La petición de trámite de urgencia para los proyectos de iniciativa del Ejecutivo no siempre el Parlamento lo asume como tal, es decir, no es de carácter obligatorio que el Parlamento le dé dicho trámite preferente.

c) Existe cierto plazo para que el Parlamento se pronuncie en torno a dichas iniciativas urgentes. Así, en el caso de Brasil, si la Cámara de Diputados y la del Senado Federal no se manifiestan sobre la propuesta en un plazo de 45 días, dicha iniciativa será incluida en el siguiente orden del día. En el caso de Colombia, el trámite de urgencia del proyecto de ley del Ejecutivo es decidido dentro del plazo de treinta días; igual es la posición del texto chileno y el de Paraguay; es decir, el legislativo tiene un plazo de treinta días para pronunciarse sobre la tramitación urgente. En el caso de Ecuador, si el proyecto de ley fuere sobre materia económica y calificado de "urgente" por el Ejecutivo, el Congreso o el Plenario de la Comisión Legislativa "deberá aprobarlo, reformarlo o negarlo, dentro del plazo de 15 días"²¹⁴.

DOCTRINA

AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. Consideraciones sobre las comisiones parlamentarias. En:

"Parlamento y sociedad civil". Coordinador Miguel Aparicio Pérez, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1980; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Ciedla, Lima, 1996; BIGLINO CAMPOS, Paloma. Procedimiento legislativo. En: "Enciclopedia Jurídica Básica", Volumen II, Director A. Montoya Melgar, Civitas, Madrid, 1995; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. Dykinson, Madrid, 1992; PUNSET BLANCO, Ramón. Comisiones de las cámaras. En: "Temas básicos de Derecho Constitucional". Coordinador Manuel Aragón Reyes, Civitas, Madrid, 2001; UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO- UNAM. Las Constituciones latinoamericanas. (Estudio introductor de: Humberto Quiroga Lavié). Volumen II, México, 1994.

²¹⁴ UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO - UNAM. Las Constituciones latinoamericanas. (Estudio introductor de: Humberto Quiroga Lavié). Volumen 11, México, 1994

Leyes orgánicas

Artículo 106

Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución. Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 31, 66, 82, 84, 101 inc. 4), 104, 108, 143, 150,161,196,198,200 inc. 4);
C.P.Ct.: arto 75;
T.U.O.Rgmto.Congreso: arto 81;
Ley 26303: arto 1;
C.A.D.H.: arto 32.2;
P.I.D.C.P.: arto 1.1;
P.I.D.E.S.C.: arto 1.1

Claudia del Pozo Goicochea

El antecedente directo de esta norma constitucional se encontraba regulado en el artículo 194 de la Constitución de 1979. Dicho artículo constitucional señalaba que: "Los proyectos de leyes orgánicas se tramitan como cualquier ley. Sin embargo, para su aprobación, se requiere el voto de la mitad más uno del número legal de los miembros de cada Cámara".

No obstante, la Constitución de 1979 no era clara en señalar qué materias se encontraban reservadas a regulación por ley orgánica, lo que produjo discusiones acerca de la utilización de las leyes orgánicas²¹⁵.

Cabe señalar que en la experiencia comparada, las leyes orgánicas regulan también ciertas materias especiales que no son necesariamente aquellas estipuladas por nuestra Constitución. Por ejemplo, en la legislación española se consideran como reservadas a la regulación por ley orgánica, el desarrollo de los derechos fundamentales, así como los Estatutos de Autonomía, entre otras materias²¹⁶,

En nuestro sistema de fuentes del Derecho, la ley orgánica es una norma legal que tiene ciertas particularidades, tanto por la materia sobre la que debe versar una ley orgánica, como por la forma agravada de votación que se requiere para su aprobación y posterior modificación.

²¹⁵ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo IV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 211

²¹⁶ Artículo 81 de la Constitución española: "Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, a los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral y las demás previstas en la Constitución".

Por consiguiente, las leyes orgánicas son leyes que pueden ser estudiadas desde dos puntos de vista: a) desde un aspecto material/, y b) desde el aspecto formal.

Desde el punto de vista material, la propia Constitución prevé la existencia de materias específicas que deben ser reguladas por ley orgánica. En primer lugar, la norma constitucional reserva expresamente para la regulación por ley orgánica lo referido a la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado, tales como:

- La Contraloría General de la República (artículo 82).
- El Banco Central de Reserva del Perú (artículo 84).

- El Poder Judicial (artículo 143).
- El Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150).

- La Defensoría del Pueblo (artículo 161).
- Las Municipalidades (artículo 198).

Asimismo, la Constitución señala materias que deben ser reguladas por ley orgánica, tales como:

Ley orgánica de elecciones (artículo 31).

Ley de utilización y de otorgamiento a particulares de los recursos naturales (artículo 66).

Ley orgánica que regula las anteriormente denominadas garantías constitucionales (artículo 200).

Desde el punto de vista formal, la aprobación de leyes orgánicas requiere de una votación agravada; es decir, que para la aprobación se requiere del voto de la mitad más uno del número legal de los miembros del Congreso²¹⁷.

Resulta interesante observar que en el caso específico de las leyes orgánicas se configura un límite constitucional a la potestad legislativa del propio Congreso. Así, si bien el Congreso de la República tiene una reserva de dominio de la potestad legislativa, puede delegar dicha potestad al Poder Ejecutivo, y en su fuero interno, a la Comisión Permanente del Congreso, de conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la Constitución.

Ello no ocurre en el caso de las leyes orgánicas, que no pueden ser materia de delegación al Poder Ejecutivo, pues la forma establecida para la legislación delegada es el decreto legislativo, el mismo que no podría versar sobre las materias propias de la ley orgánica.

²¹⁷ La disposición constitucional de votación agravada para el caso de leyes orgánicas también se encuentra consignada en el artículo 81 literal b) del Reglamento del Congreso de la República

En cuanto a la delegación a la Comisión Permanente del Congreso, la propia Constitución señala en su artículo 104, numeral 1 que: "No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a la reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República".

Se puede observar que la ley orgánica tiene una posición especial en el sistema de fuentes del Derecho. Lo que no quiere decir que la ley orgánica tenga una mayor jerarquía normativa que las leyes ordinarias.

Ello es así en la medida que por su forma de aprobación, la ley orgánica se encuentra más cercana al poder constituyente que al poder constituido. La ley orgánica tiene como condición una forma de aprobación rígida, que hace que esta se posicione sobre la ley ordinaria, en función a la materia. Por tanto, la relación de la ley orgánica con la ley ordinaria es una relación de competencia y no de jerarquía normativa.

Por ello, para la modificación de una ley orgánica se requiere de la votación reservada para la aprobación de las mismas. Es decir, que la modificación de las leyes orgánicas solo puede ser aprobada mediante el voto de la mitad más uno del número legal de los miembros del Congreso.

Si se produjera el caso que se pretendiera efectuar una modificación a una ley orgánica mediante una ley ordinaria, ésta no podría surtir efecto modificadorio alguno en la ley orgánica. Ello es así en la medida que la ley orgánica tiene fuerza de ley activa y pasiva.

Mediante la fuerza de ley activa, toda norma que ingresa al sistema jurídico puede modificar a las normas de igual rango. Mediante la fuerza de ley pasiva, la norma legal puede soportar pasivamente la modificación posterior que se efectúe mediante la aprobación de una norma de igual rango.

Como ya hemos visto, tanto las leyes ordinarias como las leyes orgánicas tienen el mismo rango, ya que ambas se encuentran en el nivel normativo legal del sistema de fuentes del Derecho. Ambas son normas con rango de ley y no existe una relación de jerarquía entre ambas. Por tanto, en términos generales, esto podría llevar a confusión acerca de la posibilidad de modificación de una ley orgánica por otra de su mismo rango. Dicha confusión desaparece cuando se recuerda que la reserva de ley orgánica es una reserva de tipo material y formal. En consecuencia, solo una ley orgánica puede modificar a una ley orgánica.

La ley ordinaria que pretendiese modificar una ley orgánica sería pasible de que su constitucionalidad sea cuestionada mediante el proceso de inconstitucionalidad establecido en el artículo 200 numeral 4 de la Constitución.

DOCTRINA

RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

CAPÍTULO III

DE LA FORMACION Y PROMULGACION DE LAS LEYES

Artículo 107

Iniciativa legislativa

El Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes.

También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley. (*)

(*) Texto del artículo según modificatoria efectuada por la Ley N° 28390, publicada el 17 de noviembre de 2004

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 me. 17), 20, 31, 159 inc. 7), 162;

T.D.O. Rgto. Congreso: arts. 67, 73,74;

L.O.P.]: arts. 21, 76 Y 80 incs. 1) y 7);

L.O.M.P.: arts. 4, 66;

Ley 25397;

Ley 26300: arts. 11, 16,41, 47;

Ley 26520: arto 9 inc. 4);

C.A.D.H.: arto 23.1.a;

D.U.D.H.: arto 21.1;

P.I.D.C.P.: arto 25.a

Fernando Velezmoro Pinto

1. Consideraciones generales

La norma bajo comentario señala las personas legitimadas jurídicamente para presentar iniciativas o propuestas que luego del trámite respectivo se convertirán en las leyes que regirán al país. En buena cuenta el artículo enumera a los sujetos que pueden motivar el mecanismo legislativo a través de la presentación de proyectos de ley.

La iniciativa legislativa debe diferenciarse de la iniciativa de reforma de la Constitución consagrada en su artículo 206. En primer lugar, en cuanto a los alcances, mientras la iniciativa legislativa es ilimitada -es decir, para aprobar una ley en materia no regulada antes, reformar una ley existente, para abrogarla e incluso, para interpretar cualquier norma preexistente sin afectarla formalmente-la iniciativa de reforma constitucional se refiere únicamente a la modificación de la Constitución. Ahora bien, sobre lo que significa la expresión "modificación de la Constitución" y los alcances que tiene es algo que fue y

será muy discutido, de lo cual no nos ocuparemos en este momento²¹⁸. Por otro lado, el porcentaje de la población electoral autorizada para presentar iniciativa de reforma constitucional está determinada en el propio texto de la Constitución y por lo tanto no es modificable por el legislador ordinario, mientras que los porcentajes para la iniciativa legislativa son de libre configuración para el legislador.

El hecho de que la iniciativa no sea acogida no constituye un acto ilícito, ya que el derecho de iniciativa legislativa, del cual son titulares los sujetos que el presente artículo 107 enumera se agota con la presentación de la propuesta, no garantiza que se transforme obligatoriamente en ley, sino que únicamente sea debatida al interior del Congreso²¹⁹. Por ello, el ejercicio de tal derecho es satisfecho con independencia del destino final de la propuesta.

Debe aclararse que aun cuando la expresión "iniciativa legislativa" parezca referirse a todo acto de legislación, es decir, de emitir y aprobar cualquier norma sin más, el artículo 107 está dedicado únicamente a la iniciativa en la formación de leyes, y así está señalado literalmente en su propio texto, pero también ello es deducible del conjunto de artículos que le siguen en el mismo capítulo.

El concepto de ley al que se refiere este numeral es sin duda el formal, vale decir, la ley como expresión del órgano legislativo o, en nuestra realidad y en el marco de la actual Carta del 93, únicamente el Congreso de la República. y es que el concepto de ley formal no se troca por el hecho de que se amplíen el número de sujetos legitimados para presentar iniciativas. Así cada una de estas propuestas son presentadas al Congreso que las debatirá, de acuerdo a su Reglamento y, en su momento, las aprobará o rechazará. Por eso decimos que la ley, en sentido formal, es expresión de la voluntad del Congreso que puede o no recoger la iniciativa presentada desde diversos sectores de la sociedad y del Estado.

Por esta misma razón no debe confundirse los conceptos de ley en sentido formal y material. Lo que ocurre es que, hoy por hoy, en el constitucionalismo contemporáneo los Parlamentos no tienen la exclusividad legislativa: ni en el plano de las iniciativas ni en el plano de la aprobación de normas con rango de ley. En este último caso, y bajo supuestos contemplado en las Cartas Constitucionales, el Gobierno puede expedir decretos legislativos y decretos de urgencia, ambos con mismo rango y fuerza que la ley. Así también, en el plano de la formación de la ley, la iniciativa no recae en el ejercicio exclusivo de los miembros del Congreso, sino en una serie de sujetos e instituciones que la Constitución se encarga de enumerar.

²¹⁸ La posición del Tribunal Constitucional respecto a lo que significa "reforma" de la Constitución ha sido expresada en la sentencia del Expediente N° 0014-2002-AIJTC

²¹⁹ Es una característica que comparte con el derecho de tutela jurisdiccional. Ambas, al margen de las evidentes diferencias (como la forma de su ejercicio), tienen el rasgo común de que se agotan en que el hecho de haber sido atendidas por el correspondiente órgano del Estado sin que esto equivalga a que la pretensión sea amparada en el ámbito jurisdiccional ni que la propuestas de ley sea efectivamente aprobada en el ámbito legislativo

La característica antes reseñada es muestra del fenómeno de interdependencia de poderes que un Estado tan complejo como el contemporáneo ha tenido que sufrir. Y es justamente el grado de complejidad social lo que ha ocasionado que los congresistas no sean en determinados casos las personas más idóneas para legislar sobre tal o cual tema y, por lo tanto, los que mejores propuestas al respecto puedan hacer. Peor aún, el constitucionalismo reconoce, implícitamente, la posibilidad de que el alto grado de preparación técnica que ciertos temas requieren puedan siquiera ser comprendidos por los propios congresistas, dado su origen plural y democrático, al extremo de que se permita delegar la potestad legislativa (en la formulación y aprobación de leyes), al órgano ejecutivo o Gobierno, el que por el hecho de estar organizado sectorialmente se encuentra en capacidad para formular las políticas específicas necesarias en ciertos casos²²⁰.

2. Clases de legitimación: general y específica

La Constitución separa en dos párrafos la enumeración de los sujetos legitimados a presentar propuestas de ley. Tal separación no es inocente, según veremos. En el primer párrafo menciona sin más al Presidente de la República y a los congresistas, mientras que en el segundo, antes de mencionar a la serie de órganos constitucionales, especifica que solo les es extensible el derecho a iniciativa legislativa en las materias que le son propias. Esto nos lleva a la conclusión de que la potestad de iniciativa legislativa del Presidente de la República y de los congresistas es casi ilimitada y de alcance general, es decir, que puede versar sobre cualquier materia. Solo una restricción es mencionada en el texto de la Constitución a las iniciativas legislativas presentadas por los Congresistas. En efecto, el primer párrafo del artículo 79 limita su iniciativa para crear o aumentar gastos públicos. El mismo carácter ilimitado parece contener las iniciativas populares para la presentación de proyectos de ley, sin embargo la Ley N° 26300, Ley de Participación y Control Ciudadanos, les reconoce las mismas restricciones ya señaladas para los congresistas.

Por otro lado están los órganos que tienen la potestad de presentar proyectos de ley de manera restringida, limitando a aquellos temas relacionados con las materias sobre las cuales gira su funcionamiento. En este grupo se encuentran los gobiernos regionales y locales, el Poder Judicial, y los demás órganos constitucionalmente autónomos, a saber: el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, el Banco Central de Reserva, la Defensoría del Pueblo, el Consejo Nacional de la Magistratura, así también los órganos del sistema electoral: el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), todos de acuerdo a su respectiva ley orgánica. En la misma línea, se encuentran los colegios profesionales.

3. Expresión de la voluntad de iniciativa según los sujetos legitimados

²²⁰ No nos estamos refiriendo aquí a la potestad del Presidente de la República para expedir medidas extraordinarias, vía Decreto de Urgencia, en materias económica y financiera, por obedecer estas a consideraciones de rapidez y urgencia normativa, en contraposición con la complejidad y consecuente lentitud del trámite legislativo ordinario

Las formas en que los sujetos legitimados expresan su voluntad de iniciativa legislativa dependen de su naturaleza jurídica y, en gran medida, de la organización interna que ellos presenten de acuerdo a la Constitución, exclusivamente, y a su ley orgánica.

a) El Presidente de la República²²¹ tiene potestad de presentar iniciativa de proyectos de ley de acuerdo al artículo 107 bajo comento. Nótese que la Constitución habla de una potestad del Presidente en particular, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo 125 inciso 1. de la Constitución señala que corresponde al Consejo de Ministros "aprobar los proyectos de ley que el Presidente de la República somete al Congreso".

b) Los congresistas de la República, individualmente considerados, tienen derecho a presentar las respectivas iniciativas legislativas en cualquier materia, con la excepción prevista en el artículo 79 ya señalado. Ahora bien, de acuerdo al Reglamento del Congreso de la República²²² las proposiciones de ley deben estar firmadas cuando menos por un Congresista o por el vocero autorizado del Grupo Parlamentario. .

c) Las proposiciones de ley no pueden versar sobre viajes al exterior del Presidente de la República ni prórroga de Estado de sitio, ni de aprobación de tratados internacionales, ni autorización del ingreso de tropas extranjeras, ni la declaración de guerra o paz²²³ ya que estas materias son aprobadas mediante Resolución Legislativa.

d) Poder Judicial: cuando la Constitución señala en el artículo 107 bajo comentario que "los otros poderes del Estado" gozan del derecho de iniciativa legislativa, no puede hacer alusión más que al Poder Judicial, en el sentido de que según el propio tenor literal de los distintos capítulos de nuestra Norma Constitucional solo existen tres Poderes: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial²²⁴,

²²¹ Una diferencia, de orden formal, entre las redacciones de los correspondientes artículos referidos a la iniciativa legislativa en la Constitución de 1993 con la de 1979 esta en el hecho de que en esta última, la potestad del Presidente de la República aparecía en segundo lugar luego de la mención a los congresistas. Al respecto ver a BERNALES, Enrique. La Constitución de 1993: Análisis comparado.

²²² Ciedla, Lima, 1996, pp. 445 Y ss. Quien pone de relieve este hecho como sintomático de la vocación autoritaria y presidencialista de los constituyentes del 93. Sin embargo, la principal diferencia, como también lo expresa Bernales es la ampliación de los sujetos legitimados para presentar proyectos de ley (Ibídem).

²²³ Reglamento del Congreso de la República fue aprobado el 30 de junio de 1995, una sustancial reforma fue introducida el 30 de mayo de 1998. Para el caso de la iniciativa legislativa de los congresistas es necesario mencionar la modificación introducida por la Resolución Legislativa N° 032-2003-CR, del 21 de julio de 2004. Cfr. Artículo 76, inciso 2, literal b) del Reglamento del Congreso de la República.

²²⁴ Más allá de la incongruencia de señalar una separación del poder del Estado en vez de una división de funciones del mismo, tal apreciación se condice con el texto de nuestra Constitución

e) Al órgano de máxima deliberación del Poder Judicial, es decir, a la Sala Plena de la Corte Suprema, le corresponde ejercer el derecho de iniciativa legislativa de acuerdo al artículo 80 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²²⁵, Ahora bien, no debe confundirse el ejercicio del derecho a iniciativa legislativa con la obligación de la Corte Suprema de Justicia de dar cuenta al Congreso de la República de los vacíos o defectos de la legislación consagrada en el artículo X del Título Preliminar del Código Civil²²⁶, La diferencia radica no solo en la naturaleza potestativa de la iniciativa legislativa frente a la obligación de dar cuenta de los defectos en la legislación sino, principalmente en la forma de presentación de estos. Así, mientras que el hecho de dar cuenta supone un mero señalamiento de las deficiencias que talo cual norma trae o puede traer en su aplicación a través del Poder Judicial, la iniciativa legislativa, conforme lo veremos mas adelante, debe contener los textos propuestos de reforma o sustitución de la ley.

f) Órganos constitucionalmente autónomos: los órganos autónomos señalados en la Constitución tienen también derecho a la iniciativa legislativa en materias que son propias de su competencia. Esta es ejercida de conformidad a su normativa interna de conformidad con la Constitución y las leyes orgánicas que rigen su composición y funcionamiento.

La Constitución solo menciona expresamente el derecho de iniciativa legislativa del Ministerio Público (artículo 159, inciso 7), de la Defensoría del Pueblo (artículo 162) y del Jurado Nacional de Elecciones (artículo 178), Los demás órganos constitucionalmente autónomos como la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal Constitucional, la Contraloría General de la República, el Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones tienen regulado el ejercicio de iniciativa legislativa en sus respectivas leyes orgánicas.

Los gobiernos regionales y locales. La Constitución señala en su artículo 192 inciso 9 la competencia de los gobiernos regionales para presentar iniciativas legislativas en materias que son propias de la administración regional. La misma competencia es atribuida a los gobiernos municipales en similar norma consagrada en el artículo 195 inciso 9 de la Carta Magna.

Los colegios profesionales son instituciones con personalidad de Derecho Público. Sus normas de organización interna y funcionamiento son de carácter privado, pero su reconocimiento jurídico solo se logra a través de una ley expedida por el Congreso. La especialización en determinadas materias que los colegios profesionales tienen constituye la razón principal por la que la Constitución les otorga el derecho de iniciativa legislativa.

La distinta organización que puede tener cada uno de los colegios profesionales hace que la decisión de presentar un proyecto de ley dependa de sus propios órganos internos.

²²⁵ Aprobado por Decreto Legislativo N° 767, con múltiples modificatorias

²²⁶ El mismo deber recae sobre el Tribunal Constitucional y la Fiscalía de la Nación, de acuerdo con la misma norma legal

g) Los ciudadanos son titulares del derecho a la iniciativa legislativa. Sin embargo, a diferencia de cualquiera de los sujetos antes mencionados legitimados para el mismo fin, constituye para los ciudadanos un derecho fundamental, conforme lo establecen los artículos 2 (inciso 17) Y 31 de la Constitución.

La correspondiente norma de desarrollo constitucional, Ley N° 26300 ha establecido que el número de firmas necesarias para hacer ejercicio de la iniciativa legislativa ciudadana sea de no menos del 0.3% de la población nacional electoral²²⁷.

Que el constituyente de 1993 haya querido dejar al arbitrio del legislador las formas de su ejercicio no importa la posibilidad de su desnaturalización como derecho fundamental que es. Un ejemplo reciente nos demuestra los peligros de la intervención del legislador en la regulación de los derechos fundamentales. Así, la Ley N° 26300 fue modificada por la Ley N° 26592 supeditando el ejercicio del derecho de referéndum en los casos en que las iniciativas legislativas ciudadanas sean rechazadas por el Congreso. Hoy esta última norma es parte de la historia constitucional y no rige más.

f) Sin embargo, creemos que estamos ante el mismo peligro cuando se prohíbe, en virtud del artículo 12 de la Ley N° 26300, que las iniciativas legislativas de la ciudadanía versen sobre materias tributarias y presupuestarias. Dicha prohibición parece razonable en el caso de los congresistas ya que ellos mismos son quienes debaten y aprueban las leyes que proponen, pero en el caso de la ciudadanía no se comprende si se tiene en cuenta que es el Congreso quien juzgará su conveniencia o no. Después de todo, lo mismo ocurre en caso de que la propuesta en materia financiera y tributaria provenga de cualquier otra institución legitimada como es el caso del Colegio de Economistas del Perú, en la que la propuesta pasará siempre por el filtro del Congreso.

En caso de que la iniciativa legislativa de los ciudadanos sea rechazada por el órgano legislativo no procederá someterlo a referéndum toda vez que dichas materias están prohibidas por el artículo 32 de la Constitución. Con esta prohibición se deja de lado los aportes que un grupo de ciudadanos (0.3%) pueda presentar y se limita innecesariamente su derecho fundamental a la iniciativa legislativa.

4. La presentación de la propuesta

²²⁷ Ahora bien, que la redacción actual del artículo 11 de la Ley N° 26300, de Derechos de Participación y Control Ciudadanos, exija la adhesión del mismo porcentaje de la población electoral que una iniciativa reforma constitucional (0.3%,) es una opción nacida del propio arbitrio del legislador, sin embargo, un razonamiento lógico nos aconsejará que el porcentaje debiera ser menor en atención a la importancia y al diverso rango jerárquico de ambas normas. Tal vez sea comprensible tan elevado porcentaje en los casos de iniciativa de leyes de interpretación de la Constitución

El Reglamento del Congreso de la República estipula en su artículo 75 que las proposiciones de ley deberán contemplar los siguientes requisitos de presentación:

Contener Exposición de Motivos que exprese los fundamentos sobre la propuesta de aprobación, modificación o derogación de la ley.

Debe señalar los efectos de la vigencia de la norma propuesta sobre el ordenamiento jurídico vigente, a saber si conlleva la modificación de una o varias normas legales, sean legales o administrativas (p.e. reglamentos).

El análisis costo-beneficio de la futura norma legal, es decir los argumentos a favor y en contra de determinada opción legislativa propuestas y su influencia en el presupuesto nacional.

Su presentación formal, de ser posible, dividida en títulos, capítulos y artículos.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: Análisis comparado. Ciedla, Lima, 1996.

Artículo 108

Promulgación y observación de las leyes

La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda. Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días.

Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 106,107, 109, 118 inc. 24), 206;

T.U.O. Rgmto.Congreso: arts. 32 inc d), 78 al 80;

Ley 25397

César Delgado Guembes

1. Introducción

Este artículo reproduce el artículo 193 de la Constitución de 1979. La innovación principal que introduce es la conceptualización del texto que aprueba el Congreso como una ley. Se cambia la perspectiva de la Constitución de 1979, para la que el texto aprobado por las Cámaras era, más bien, un proyecto de ley.

El cambio no es intrascendente. Equivale a cerrar el proceso constitutivo de la ley en el Congreso y a circunscribir el proceso integrativo en el Poder Ejecutivo. Por lo tanto, se estructura la facultad de observar o vetar una ley dentro del proceso de integración de la misma. La distinción que introduce el artículo 108, respecto del artículo 193 de la Constitución de 1979 es una marca que separa la identidad de ambos órganos, el Congreso y la Presidencia de la República. Dentro de la figura anterior el concebir ese instrumento legislativo como proyecto de ley disminuía la separación entre poderes del Estado, integrando en mayor grado la participación del Poder Ejecutivo dentro del proceso de constitución de la ley. Curiosamente, como se verá en la sección en la que se estudia la práctica de esta institución, la marca que lleva a distinguir y a separar más, uno y otro órganos del Estado ha representado a la vez una coincidencia: que se constata una mayor cantidad de observaciones y de reconsideraciones respecto de las leyes. Separación de poderes y uso más intenso de la institución se han hecho más notables.

Definido el proceso integrativo como sucesión de pasos exclusivamente enderezados a la incorporación de la ley en el ordenamiento jurídico, no se condeciría con su naturaleza el comprender el acto de revisión -y de control- que realiza el Presidente de la República sobre la legislación aprobada por la

asamblea de representantes. La definición por la que opta la Constitución de 1993 incluye a la revisión material del texto legal dentro de la fase de integración de la ley.

El hecho que la Constitución de 1993 tome posición sobre la polémica de si lo que el Congreso envía al Presidente de la República es un "proyecto de ley aprobado", o una "ley", supone el re forzamiento de la posición del Legislativo diferenciándolo e independizándolo más en sus relaciones funcionales con el Gobierno. El efecto de esta medida de diferenciación y distanciamiento funcional es que el régimen se endurece y rigidiza al estilo de un régimen presidencial antes que parlamentario (caracterizado por la mayor integración entre Parlamento y Gobierno). Es un paso a favor del Congreso y por lo tanto es un plano adicional en el que las relaciones interorgánicas entre ambos poderes del Estado encuentran al Legislativo en una posición conceptual y normativamente más firme.

El hito importante a mantener registrado es que el texto de la Constitución de 1979 restituye el reconocimiento constitucional de la facultad de veto del Presidente de la República, que aparecía en Constituciones anteriores a la de 1933. La Carta de 1933 excluyó la observación como atribución del Presidente de la República y, por el contrario, postuló la promulgación como una obligación suya. Esta prescripción dio al régimen de gobierno de dicha Constitución un rasgo que lo aproximó a los regímenes de asamblea, en los que su característica central es la minimización de la participación o influencia de otro órgano del Estado con posterioridad a la aprobación de la ley por la asamblea de representantes.

Desde 1933 hasta 1979, sin embargo, existió una controversia resultante del plebiscito que convocó el Presidente Oscar Benavides en 1939 para restablecer el veto presidencial, controversia cuya solución logró parcialmente la declaratoria de inconstitucionalidad que impuso el régimen de 1945-1948. Lo políticamente espinoso y normativamente incierto de la situación derivó en que los Presidentes de la República no vieran en el veto una institución ventajosa como medio ni como modal en las relaciones con el Congreso. Solo con la sanción del artículo 193 de la Constitución se renueva la constitucionalidad de la observación, de la que se precisa que puede ser tanto total como parcial de la ley. Desde 1980, por lo tanto, su práctica ha tenido solvente sustento constitucional.

En general, los Presidentes de la República no han sido muy asiduos en el uso de la observación durante buena parte del siglo XX. Definitivamente los períodos en que mayor uso comparativo se ha hecho de ella han sido de 1990 a 1992, y dentro del siglo XXI el del 2001 al 2006, hecho que lleva a pensar que las observaciones se usan con mayor frecuencia relativa en períodos en los que las mayorías del Congreso y del Poder Ejecutivo no coinciden.

Finalmente, un aspecto que va presupuesto en el manejo de la interacción en el eje de relaciones legislativas entre Presidente de la República y Congreso, es que la observación tiene como objeto, en principio, una ley y, por extensión, otros productos normativos del Congreso cuya materia no se expresa en una

ley. Solo aquellas resoluciones del Congreso sobre materia normativa excluyente y privativa, como son el Reglamento del Congreso, y la aprobación o modificación del Código de Ética Parlamentaria y el Estatuto del Servicio Parlamentario, no son instrumentos que requieren control por el Presidente de la República. Tampoco requieren control mediante la observación de actos aprobados mediante Resolución del Congreso, los casos de declaración de vacancia de cargos como el de la presidencia de la República, o la aceptación de la renuncia de los vicepresidentes (como los casos de Francisco Tudela o de Raúl Diez Canseco). En igual situación se encuentran otros actos parlamentarios como los de la aprobación de la estructura y del cuadro de comisiones ordinarias que se revisa anualmente, la delegación de facultades legislativas a la Comisión Permanente, o la autorización para la formación de causa en las acusaciones constitucionales contra funcionarios con prerrogativa de antejuicio político. Situación similar, asimismo, corresponde para los típicos actos de control del ejercicio de potestades normativas del Presidente de la República mediante la derogatoria o modificación que realiza el Congreso de los decretos de urgencia que aquél expide.

Para el caso inverso, no deja de tener sentido que sean remitidos para el trámite correspondiente ante el Poder Ejecutivo resoluciones legislativas del Congreso con las que, por ejemplo, se aprueban tratados, se prorroga el estado de sitio, se autorizan viajes presidenciales al Congreso o el ingreso de tropas extranjeras en territorio nacional, o se otorgan pensiones de gracia, como tampoco lo son los casos de ratificación, elección, remoción, destitución o cese de altos funcionarios públicos (no obstante la designación de magistrados del Tribunal Constitucional se realiza mediante Resolución Legislativa del Congreso). Esta situación se sustenta en la competencia y corresponsabilidad del Jefe de Estado respecto de la idoneidad no solo política, sino además técnica y jurídica, de las normas y actos corporativos del Congreso. El caso singular que será materia de revisión por la especial trascendencia y significación constitucional que tiene es el relativo a la promulgación de las leyes de reforma constitucional.

2. Naturaleza de la sanción y promulgación de las leyes

Es una verdad generalmente aceptada que la promulgación de las leyes es una atribución del Poder Ejecutivo, cuyo titular es el Presidente de la República. De otra parte, la sanción es un concepto más oscuro en su uso, en la medida que queda olvidado su significado originario, cuando consistía en la facultad regia de confirmar la voluntad de los representantes de la comunidad, ha de vetarla. El propósito de los comentarios que siguen es desmenuzar los pormenores inherentes a una y otra acta constitucionales y plantear el perfil que parece corresponder mejor al tipo de usa que tiene en nuestro régimen normativo.

2.1. Naturaleza de la aprobación

La formación de la ley es un acto constitucional complejo en el que concurren dos voluntades orgánicas estatales, una voluntad corporativa y otra individual, las del Congreso y del Presidente de la República. Ambas voluntades son necesarias para que la ley se integre y forme parte del orden jurídico de

nuestra República. Y una y otra voluntad deben tener el mismo contenido. Una y otra deben querer lo misma.

Sin la voluntad del Congreso no hay ley. Sin la voluntad del Presidente de la República (activa o voluntad positiva y expresa de consentir con el texto del Congreso, u alusiva expresada como voluntad permisiva o indiferencia frente a la voluntad del Congreso) tampoco.

De la identidad de voluntades entre ambas entidades depende que quede compuesta, conformada, definida y perfeccionada la voluntad estatal. Si se trata de dos voluntades, se trata en consecuencia de una única y misma competencia legislativa compartida, en diferentes momentos, niveles a etapas del proceso de formación de una ley, por dos agentes. Dos agentes que pueden a no compartir y tener afinidad de ideas, visiones, conceptos o intereses en relación con políticas públicas a estatales. La diferencia y el acuerdo, por la tanto, son previsibles en el proceso de formación de la voluntad política estatal, y por ello mismo el diseño del proceso requiere la definición de un mecanismo que facilite la superación de obstrucciones entre uno y otro órganos constitucionales, el Presidente de la República y el Congreso.

Uno de los aspectos que es posible afirmar por la lectura del texto del artículo 108 es que el acta de aprobación que realiza el Congreso crea la ley. El Congreso no aprueba un proyecto, sino una ley. El proyecto deja de ser una propuesta, un deseo, y se convierte en acuerdo del cuerpo de representantes de la República. Ya no es más un "proyecto". Es una ley. El Congreso toma un acuerdo corporativo según el procedimiento de evaluación, deliberación y votación y declara esa su voluntad, de la cual deja constancia el texto en que esa voluntad queda declarada. Ese texto es la autógrafa de la ley. A partir del texto de la autógrafa se producirá el proceso de adhesión a de rechazo del Presidente de la República.

La voluntad del Jefe de Estado se forma a partir de la autógrafa y toma como válida el texto que recibe en ella. Es en base a la fe que le inspira la remisión de que toma conocimiento que expresa su voluntad. Si la autógrafa adolece de vicio en su texto., sea por error (si se pone a debate, a se lee como texto. a votar una que no corresponde y se produce, en consecuencia, una discrepancia entre la voluntad y la declaración, por ejemplo.) o por alguna forma fraudulenta en el proceso de formación o de transcripción de la voluntad de la asamblea (si se transcribiera en la autógrafa un texto distinto al votado en el Pleno, o si, en caso que el texto no hubiera sido promulgado por el Presidente de la República, se tramitara como fe de erratas un texto distinto al que fue votado por el Pleno y enviado al Presidente de la República) la ley puede ser objetable e impugnabile. No basta la adhesión del Presidente de la República para subsanar ni validar un vicio parlamentario. La formación de la voluntad de la asamblea no debe estar afecta a ninguna imperfección, ni en la voluntad declarada ni en la declaración de voluntad. Para subsanar los defectos de producción o perfección de la voluntad legislativa debe recurrirse a exactamente el mismo procedimiento legislativo en el que los defectos o imperfecciones se hubieran creado (lo cual excluye, naturalmente, el recurso a vías impropias, como pudiera ser el trámite de corrección mediante una "fe de

erratas", salvo se tratara de un error bajo supuestos de hecho que la ley permitiera tramitar según esta vía).

Es pues el texto literal de la Constitución el que señala que el acuerdo contenido en una autógrafa es ley, y no una propuesta. La ley pues queda conformada con la aprobación del Congreso. El proceso constitutivo o creativo de la ley se completa en el Congreso. Sin embargo, para que la ley surta efectos, obligue, pueda aplicarse y tenga carácter vinculante no basta con la conclusión del proceso de creación de la ley.

El proceso de creación debe complementarse con el proceso de integración en el orden jurídico de nuestro país. Y para integrarse es preciso contar con la voluntad del Presidente de la República. Sin la voluntad del Presidente la ley no entra en efecto.

Existe, pero no es jurídicamente eficaz. Pende sobre ella el consentimiento y la decisión del Jefe de Estado.

En efecto, la creación de la ley se complementa y requiere el acuerdo y la concurrencia de la voluntad legislativa del Presidente de la República. Sin la concurrencia de voluntades idénticas -salvo el proceso de salvaguarda de posiciones irreconciliables que se conduce mediante la reconsideración-la ley, no obstante existir, no queda formada. La ley aprobada por el Congreso no es en sí misma bastante para obligar ni para entrar en efecto en el orden jurídico de nuestro país. Para cumplir con su vocación vinculante debe perfeccionarse dentro del proceso integrativo, que es el paso sucesivo a la conclusión del proceso de creación de la ley. Es en el proceso integrativo donde se da la promulgación y el inicio de vigencia de una ley.

2.2. La autógrafa de la ley

Sin embargo, entre el proceso constitutivo que concluye en la aprobación y el proceso integrativo que se inicia con la promulgación u observación de la ley, existe un trámite intermedio sobre el que usualmente se repara poco. Son los procedimientos que consisten en el trámite que va entre el acto de votación de la ley por la asamblea y la recepción y toma de conocimiento de la misma por el Presidente de la República. En efecto, entre uno y otro puntos son precisos algunos pasos y etapas, los mismos que tienen diferentes niveles de importancia. Probablemente el acto más importante es la firma de la ley aprobada por el Presidente del Congreso. ¿Qué tipo de acto es? ¿Qué significado tiene el acto de la firma del Presidente del Congreso?

La autógrafa que firma el Presidente del Congreso cuando la remite al Presidente de la República para su promulgación es el texto de una ley. El Congreso no aprueba un "proyecto" de ley. La firma del Presidente del Congreso en la autógrafa de la ley no es la firma de una iniciativa que se propone al Presidente de la República para que él la convierta en ley. El Presidente del Congreso firma la ley que aprueba el Congreso de representantes de la voluntad de la República. El acto de la aprobación da carácter de ley a la propuesta. El voto del Congreso le da naturaleza de ley a lo que hasta entonces no fue sino una iniciativa o una propuesta. Y es el

Presidente del Congreso el funcionario que firma el texto aprobado al momento en que se envía al Presidente de la República.

¿Qué naturaleza tiene el acto de suscripción de la autógrafa de la ley aprobada?

¿La ausencia de firma resta validez a la ley? La Constitución guarda silencio. El supuesto no está previsto. La no suscripción del texto de la ley aprobada por el Presidente del Congreso no es un hecho constitucionalmente previsto. Por lo tanto tampoco está prevista imputación lógica ni fáctica alguna para su omisión. El acto de firma de una autógrafa de ley no está incluido en el universo constitucional. Independientemente de la ausencia de tratamiento legal para este paso importante del proceso legislativo, y precisamente por ello, es necesario reflexionar sobre su naturaleza, en el marco del procedimiento y de las etapas constitutiva e integrativa correspondientes.

Para encontrar el perfil jurídico apropiado del acto parlamentario que consiste en la suscripción de la autógrafa, probablemente lo más recomendable sea contrastar este paso con su sucesivo, que es la promulgación, de forma tal que esclarecido el sentido de lo que sea la promulgación, instituto de uniforme reconocimiento en el Derecho Constitucional peruano, quepa encontrarle el significado particular a la suscripción de la autógrafa. Con este propósito, procederemos a examinar la promulgación según el texto de la Constitución y definir su naturaleza jurídica. El examen de esta institución requerirá contrastarla con casos límite en los que se prueba la naturaleza del mandato constitucional sobre la promulgación, así como con otro aspecto configurante del proceso de génesis de la ley como es su sanción. Deslindados estos asuntos quedará más claro cuál es la naturaleza y concepto más apropiado para definir el límite entre aprobación, promulgación y sanción de la ley, y entonces asignar el más apropiado para el acto de suscripción de la autógrafa por el Presidente del Congreso.

2.3. La promulgación presidencial según el Texto Constitucional

La promulgación es un acto no exclusivo del Presidente de la República, aunque en principio sea una atribución preeminente de su rol. El proceso legislativo en un régimen formalmente mixto, aunque materialmente presidencial, como es el régimen peruano, prevé la participación funcional del Gobierno y del Parlamento. Si bien el Gobierno no define por derecho propio el contenido de la voluntad legislativa del órgano parlamentario, sí tiene capacidad de iniciativa y también de observación o veto. Esta competencia, no obstante, no es absoluta y admite respuesta del Parlamento. Si dentro del procedimiento de reconsideración de una observación del Presidente de la República las Cámaras insisten en el texto sancionado, la promulgación es realizada por el Presidente del Congreso. Al Presidente del Congreso también le corresponde promulgar cuando transcurrido el plazo constitucional de observación el Presidente de la República ni promulga ni observa.

Para entender con claridad qué actos son esos en los que tanto el Presidente de la República como el Presidente del Congreso firman, aunque en diferentes momentos, una ley aprobada por el Congreso, parece apropiado examinar

primero el acto que sí está trabajado en la Constitución, para luego tratar de comprender la naturaleza, el objeto, el sentido y los efectos de la suscripción de la ley por el Presidente del Congreso.

Según la Constitución la aprobación de la ley no es una materia que corresponde deliberar con el Presidente de la República en sede parlamentaria. La aprobación de una ley es un acto constitutivo, no declarativo, y su constitución tiene lugar exclusivamente en sede parlamentaria. El Presidente de la República no participa en la deliberación ni en la votación de la ley. La ley queda constituida como tal a partir de la aprobación que ejecuta el Congreso como órgano exclusivo del trámite constitutivo. Cuando el Congreso acuerda dar carácter de ley a una iniciativa, no somete su decisión a la voluntad del Presidente de la República. El Presidente de la República no puede modificar la ley aprobada por el Congreso. El Presidente de la República no es quien constituye, aunque sí es quien perfecciona la ley mediante la formalidad de la promulgación.

Como en el caso de los actos jurídicos a los que el destinatario únicamente puede adherirse o no, según el texto constitucional el Presidente de la República solo puede promulgar u observar. Esto es, tiene tres opciones: primera, adherir sin expresión de causa, en cuyo caso promulga la ley del Congreso en aquiescencia con el texto de la ley aprobada por la representación; segunda, dejar de adherir, y en ese caso omite actuar dentro del plazo constitucional de quince días, y por lo tanto deja de observar y de promulgar; y tercera, oponerse al texto, en cuyo caso motiva por qué no adhiere y remite sus observaciones al Congreso.

El Presidente de la República no puede introducir modificaciones en el texto de una ley del Congreso. Sí puede discrepar del acuerdo de los representantes y por el derecho a discrepar que se le reconoce en la Constitución es que tiene la potestad de interrumpir la vocación y curso vinculante de una ley. La ley no puede obligar sino desde que esta es publicada, y para que ello ocurra es preciso que el Presidente de la República lo ordene dentro y como parte del acto de promulgación de la ley.

Como se ve, el texto constitucional parece prescribir de modo disyuntivo dos tipos de situaciones básicas. La primera que se refiere a la facultad de promulgar, y la segunda referida a la observación presidencial. Surge una pregunta: ¿están o no asociadas las dos facultades a la misma función constitucional, o cabe distinguir una de otra? Es decir, si la promulgación es una consecuencia del no ejercicio de la observación del Presidente de la República, o si son facultades de naturaleza separable. De otro modo: ¿por qué y para qué la Constitución le otorga 15 días al Presidente de la República para promulgar una ley, si no es porque este plazo es amplio precisamente para que el Presidente de la República, luego del examen de conveniencia que realiza y del proceso de análisis evaluación y reflexión sobre la ley aprobada por el Congreso por los sectores ministeriales que correspondiera, decida coincidir, confirmar y adherir a la voluntad declarada y aprobada por la asamblea de representantes? ¿O es que se presume que un plazo tan largo como el de 15 días se fija solo para que el Presidente cumpla con una

formalidad ceremonial como es la de acreditar que la ley cumplió con los requisitos y regularidad procedimental para su constitución, en una competencia que está lejos de serie natural? ¿Es o no es la facultad de promulgar en realidad un acto derivado y accesorio de la facultad de observar o vetar una ley?

Parece, en efecto, que la promulgación es una consecuencia del acto de revisión que practica el Presidente de la República y que no tiene un valor independiente por sí sola. Por lo tanto, parece también que la promulgación es un acto secundario y accesorio del ejercicio de la potestad de paralizar y observar el procedimiento de perfeccionamiento de una ley, siendo el acto principal, en efecto, el acto de oponerse a la voluntad de los representantes de la República al Congreso. La Constitución faculta al Presidente para vetar, esto es, para impedir que la ley constituida quede formada e integrada a través de la promulgación y del decreto de publicación.

Ello significaría y querría decir que la promulgación es una de las conclusiones a la que puede llegar el Presidente de la República cuando no tiene objeción respecto de la ley aprobada. Si ni observa ni promulga el Presidente de la República ejercita su voluntad consintiendo en que el acto de promulgación sea ejercitado por el Presidente del Congreso. La indiferencia del Jefe de Estado deja abierta la facultad y la responsabilidad del Presidente del Congreso para ser quien concluya el proceso de formación de la ley ejercitando el acto de promulgar, y también para integrar la ley formada en el sistema jurídico ordenando su publicación.

En el supuesto de que la hipótesis de la promulgación como acto accesorio de la observación sea correcta, nuevamente aparece la pregunta sobre la naturaleza de este acto al que la Constitución llama promulgación. ¿Qué es promulgar? ¿Es correcta la designación constitucional? ¿Es en efecto un acto de promulgación el que realizan el Presidente de la República o el Presidente del Congreso? ¿Es un concepto correcto, o se equivoca la Constitución?

Una primera aclaración que resulta pertinente es que, independientemente de la naturaleza conceptual del acto en virtud del cual el Presidente "promulga" y se le reconocen 15 días también para "promulgar", el hecho es que, en la vía de los hechos, en la práctica, es costumbre en nuestro país que al acto básicamente ceremonial y formal de ordenar que la ley sea conocida y publicada para su cumplimiento es conocido como promulgación. De manera que, más allá de los distinguos de carácter analítico que se haga, el único motivo por el que las cosas sean distintas será porque se haga del asunto una cuestión de poder y se genere un conflicto político a partir del cual se postule una variación del estado actual.

Un caso limite en el que es posible advertir cómo es así que en el Perú el plazo de 15 para observar unas leyes un plazo igualmente válido para el ejercicio de la promulgación, es el de la promulgación de las leyes de reforma constitucional. Como se sabe, el artículo 206 de la Constitución indica que el Presidente de la República, aun cuando tenga iniciativa para proponer proyectos de reforma constitucional, carece de la atribución de observarlos. Por

lo tanto, si el Presidente de la República no puede observar una ley de reforma constitucional, ¿para qué se le envía su texto con el objeto de que lo promulgue? Si no puede observarlo, ¿qué sentido tiene que se le reconozca la facultad derivada o accesoria como es la de promulgarlo?

Es más, si todo lo que puede hacer es promulgar y únicamente promulgar, ¿para qué los 15 días para realizar un acto sobre cuyo contenido ni forma ni tiene opinión?

Se trataría más bien del reconocimiento de una facultad en el ejercicio de un acto puramente formal y ceremonial, carente de contenido político material. Un acto constitucional puramente fonético o gráfico. Un significante puro. Un acto que existe en la realidad como puro referente y existencia en el mundo simbólico. Son 15 días también, por lo tanto, simbólicos y, por lo mismo, un poco caros para el país, porque podría dispensársele al Presidente de la República un plazo menos oneroso temporalmente. Y ello en particular si cabe que, en ejercicio también de una atribución constitucional, rehusara su compromiso y responsabilidad con una reforma constitucional con la que pudiera discrepar pero a la que no puede oponerse, y usara sus 15 días hábiles para no promulgar y para reenviar el texto al Congreso de modo que la promulgación se entienda con el Presidente del Congreso.

En seguida algunos alcances sobre la práctica de la promulgación de las leyes de reforma constitucional. La revisión del comportamiento de los actores en este acto facilitará el acercamiento a la naturaleza propia de la atribución presidencial a la que rutinariamente se ha venido denominando "promulgación de las leyes".

2.4. La promulgación de leyes de reforma constitucional

¿A quién corresponde pues promulgar las leyes con las que el Congreso reforma la Constitución? ¿Se aplica en estos supuestos el artículo 108 de la Constitución, teniendo en consideración que el Presidente de la República carece de competencia y facultad para observar las leyes de reforma constitucional?

En principio existe la obligación constitucional de enviar al Presidente de la República toda ley aprobada por el Congreso. Esta obligación no puede dejar de ser cumplida, independientemente de si puede o debe, o no, el Presidente de la República, promulgar una reforma constitucional. Salvo que la propia Constitución relevara al Congreso de enviar para promulgación por el Presidente de la República estos textos, o que dispusiera de manera franca que en los casos de reforma constitucional, es el Presidente del Congreso el encargado de promulgada.

Es el caso que el Presidente de la República tiene la atribución prelada y positivamente reconocida de promulgar las leyes, independientemente de la facultad de observarlas. Así no tuviera la facultad de observar una ley de reforma constitucional, el Presidente de la República es el titular del acto de promulgación de las leyes, porque del texto constitucional no cabe discernir otra regla diferente. Solo si el Presidente de la República no ejercita esta

atribución lo sucede, en segundo orden de prelación, el Presidente del Congreso.

De modo similar, sobre el mismo tema de la promulgación de leyes de reforma constitucional, ¿existe un plazo constitucional para promulgar una ley sobre una reforma constitucional? La Constitución establece que el plazo con que cuenta el Presidente de la República para promulgar o para observar es el mismo, esto es, un período de quince días. Los quince días no son solo para que el Presidente observe una ley. Por lo tanto, parece que el plazo expreso que consigna la Constitución se entiende como un término establecido en beneficio del Jefe de Estado para hacer uso de la potestad de promulgar.

Pero, por otro lado, el artículo 206 de la Constitución señala que la ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República. Por lo tanto, con el criterio de que si el Presidente de la República no puede observar una reforma constitucional, ¿no carecería de sentido que se le envíe una ley del Congreso sobre una reforma constitucional que no está habilitado para observar, en cuyo caso la reforma constitucional debiera ser promulgada por el Presidente del Congreso?

De igual forma, el artículo 108 de la propia Constitución indica que si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer, las presenta al Congreso en el plazo de quince días que se le otorga para promulgarla. Se prescribe, en consecuencia, un plazo de quince días con la finalidad de que el Presidente de la República presente sus observaciones ante el Congreso. Por lo tanto, si es objetivo del envío que el Presidente de la República pueda observar una ley aprobada por el Congreso dentro del plazo de quince días, y ocurre que al Presidente de la República no se le reconoce la atribución de observar las leyes de reforma constitucional, parecería que el plazo de quince días no fuera un plazo exigible para que el Presidente del Congreso promulgue una ley de reforma constitucional y que, en consecuencia, le correspondería hacerlo si el Presidente de la República no lo hiciera en el término de la distancia.

La práctica al respecto, a partir del año 1980, es relativamente uniforme respecto de una y otra cuestiones. Durante el período 1980-1985, no hubo ningún proceso de reforma constitucional. Durante el período 1985-1990 se llevó a cabo una sola reforma constitucional, la que quedó aprobada con la Ley N° 24949, publicada el 7 de diciembre de 1988. Durante el período 1990-1992 no se produjeron procesos de reforma constitucional. En el período 1993-2000, se realizaron dos reformas constitucionales, las que concluyeron en las Leyes N°s. 26470 y 26472. En ambos casos las autógrafas fueron remitidas al Presidente de la República, quien las promulgó. En ninguno de los dos casos el Presidente de la República se retrasó más del período de quince días previsto en la Constitución; sin embargo, sí se constata que no obstante haber sido aprobadas ambas leyes el día 18 de abril de 1994, las autógrafas no fueron firmadas por el Presidente del Congreso y remitidas al Presidente de la República sino el día 31 de mayo, esto es, mes y medio después de haber sido aprobadas por el Congreso. Este hecho no representa infracción de plazo alguno, toda vez que el Reglamento del Congreso no contiene prescripción

respecto de la oportunidad máxima en la que el Presidente del Congreso deba suscribir la autógrafa ni oportunidad máxima para cumplir con enviar la autógrafa al Poder Ejecutivo.

En el período 2000-2001 se registran dos reformas constitucionales, las mismas concluyeron en las Leyes N°s. 27365 y 27375, que fueron promulgadas a los dos y tres días del envío por el Presidente de la República. Por último, en el período 2001-2006, aún sin concluir a la fecha en que se preparan estos comentarios, se han registrado cinco reformas, las que concluyeron en las Leyes N°s. 27680, 28389, 28390, 28480 Y 28484. Las tres primeras fueron promulgadas por el Presidente de la República en tiempo perentorio (el mismo día y el día siguiente), sin embargo, las Leyes N°s. 28480 y 28484 fueron promulgadas 19 y 25 días calendario después de su aprobación por el Congreso. Este dato es relevante porque indica que el cálculo del plazo se entiende establecido no en días calendario, sino hábiles o laborables. En efecto, la Ley N° 28480 se promulga a los 11 días hábiles, y la Ley N° 28483 exactamente a los 15 días hábiles (lo cual, a su turno, no está exento de cuestionamiento, habida cuenta que el día lunes 4 de abril fue declarado de duelo nacional y feriado no laborable en razón del fallecimiento de Su Santidad Juan Pablo II, acaecido el día 1 de abril, lo cual supondría que la promulgación se realiza un día no hábil sino calendario). A continuación se muestra un cuadro que expresa el trámite de aprobación y promulgación de las reformas constitucionales.

CUADRO N° 1 PROMULGACIÓN DE LEYES DE REFORMA CONSTITUCIONAL POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

PROMULGACIÓN DE LEYES DE REFORMA CONSTITUCIONAL PERÍODO	LEY	FECHA DE APROBACIÓN	FECHA PROMULGACIÓN	DIAS CALENDARIO	PROMULGA ENTRE APROBACIÓN Y PROMULGACIÓN
PERIODO 1980-1985:					no hubo modificaciones constitucionales
PERIODO 1985-1990	26949	25 noviembre 1988	6 diciembre 1988	11 días	Presidente García Pérez
PERIODO 1990-1992:					no hubo modificaciones constitucionales
PERIODO 1993-2000	26470	18 abril 1994	31 mayo 1994	43 días	Presidente Fujímori
PERIODO 2000-2001	27365	2 noviembre 2000	4 noviembre 2000	2 días	Presidente Paniagua
	27375	1 diciembre 2000	4 diciembre 2000	3 días	Presidente Paniagua
PERIODO 2001-2006	27680	6 marzo 2002	6 marzo 2002	El mismo día	Presidente Toledo
	28389	11 noviembre 2004	12 noviembre 2004	Un día	2do. Vicepresidente Waisman
	28390	11 noviembre 2004	12 noviembre 2004	Un día	2do. Vicepresidente Waisman
	28480	10 marzo 2005	29 marzo 2005	19 días	Presidente Toledo
	28484	10 marzo 2005	4 abril 2005	25 días	Presidente Toledo

Fuente. Departamento de Archivo de la Dirección de Comisiones y Documentación; y Departamentos de Relatoria y Agenda, Y de Trámite Documentario de la Dirección de Procedimientos Parlamentarios

Elaboración: Dirección de Comisiones y Documentación.

En concordancia con la práctica y precedentes referidos, debe advertirse que la Constitución dispone en el artículo 108 que las leyes aprobadas por el Congreso se envían al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de 15 días. Esta disposición constitucional es una norma directamente dirigida a dos destinatarios. Se trata de dos destinatarios y de tres prescripciones. La primera tiene como destinatario al Congreso. Las dos últimas al Presidente de la República.

La prescripción constitucional dirigida al Congreso es que toda ley que apruebe debe ser enviada al Presidente de la República. Se señala que la finalidad por la cual el Congreso está constitucionalmente obligado a realizar dicho envío es para que el Presidente de la República promulgue la ley. Las prescripciones constitucionales dirigidas al Presidente de la República son, primero, una orden con el contenido material explícito de que promulgue las leyes aprobadas por el Congreso. Y en segundo lugar, la Constitución establece un modo de cumplir que tiene que hacer con el tiempo dentro del cual está obligado a promulgar; el plazo obligado es de 15 días.

De la obligación recogida en el texto glosado no es posible deducir ni construir una facultad que permita discrecionalmente pasar por alto ni incumplir cualquiera de los destinatarios a su solo arbitrio. El Congreso no puede dejar de enviar, y el Presidente de la República no puede dejar de promulgar dentro de un plazo de 15 días.

Además, la Constitución señala en el mismo artículo 108 que en caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, ó el de la Comisión Permanente según corresponda. El tratamiento que la Constitución da a la prescripción de que el Presidente de la República promulgue, como se ve, prevé el mandato para que el Congreso no deje de enviarle la ley. Pero sí se incluye una prescripción alternativa al caso de que el Presidente de la República no promulgue. La alternativa consiste en que si no lo hace en ese plazo (y, en el mismo plazo, no observa la ley aprobada) la obligación respecto del acto de promulgación cesa de ser imputable al Presidente de la República y se desplaza al Presidente del Congreso.

En consecuencia, el Presidente del Congreso, siendo titular del acto de promulgación, lo es solo en una línea de obligaciones alternativas y sucesivas. El primer funcionario obligado a promulgar es el Presidente de la República. El Presidente del Congreso no puede usurpar el lugar prioritario que se le asigna al Jefe de Estado. Este es un principio funcional de sucesión en el cumplimiento de una obligación pública.

La precedencia constitucional está definida en un orden de prelaciones

El orden de prelación tiene valor en sí mismo y no depende del reconocimiento de la facultad de observar una ley. El Presidente de la República cuenta con un plazo que puede ser utilizado para promulgar, para observar, o simplemente para no promulgar ni observar una ley. Se trata de una prescripción normativa cuya naturaleza es la de una atribución. El Jefe de Estado tiene reconocidas tres atribuciones (promulgar, observar, ni promulgar ni observar) y para que

ejercite cualesquiera de las tres es que el Congreso está obligado a enviarle la ley aprobada.

Pero el plazo es un supuesto otorgado al Presidente de la República para el ejercicio discrecional de cualesquiera de las tres atribuciones que se le reconoce. Solo si el Presidente de la República no usa ninguna de estas tres atribuciones es que el Presidente del Congreso puede promulgar la ley aprobada.

Por último, no existe reconocimiento expreso de atribución para que el Presidente del Congreso promulgue una ley de reforma constitucional, como parte de un procedimiento especial distinto al procedimiento ordinario. Si bien es cierto que el Presidente de la República no puede observar una reforma constitucional en base a una prescripción clara de la Constitución, el hecho de que no le corresponda esta facultad no le resta ni suprime el reconocimiento de la atribución de promulgarla. La Constitución no priva al Jefe de Estado de la atribución de promulgar una reforma constitucional. No existe norma expresa donde ello se consigne.

De modo similar, tampoco existe norma en la que se prevea que como consecuencia de que el Presidente de la República no tenga la facultad de observar una reforma constitucional sea atribución exclusiva del Presidente del Congreso la de ser el único titular de la facultad de promulgar las reformas constitucionales.

En ausencia de disposición especial que deje sin efecto el orden de precedencias regular en la etapa integrativa del proceso legislativo, sea o no de reforma constitucional, corresponde que se observe la norma general. Seguir un procedimiento diverso equivaldría a una irregularidad sin previsión ni supuesto constitucional que la amparara.

Por lo tanto, el Presidente del Congreso solo puede ejercitar la atribución de promulgar una ley de reforma constitucional en caso que el Presidente de la República no lo hubiera hecho dentro del plazo previsto. Luego de la aprobación de una ley, sea o no de reforma constitucional, existe obligación constitucional de enviar la ley para su promulgación por el Presidente de la República.

De igual manera, el plazo que establece la Constitución para el ejercicio de la facultad de promulgar una leyes invariable. No existe diferencia constitucional para el supuesto de que el Presidente de la República pueda usar el plazo de 15 días para observar las leyes, o que lo use para promulgar. Es el mismo plazo para uno u otro acto. Si tiene atribución para observar lo usará para hacerla así. Y si no tiene atribución para observar sino solo y únicamente para promulgar, el plazo es el mismo. No existe plazo recortado ni disminuido en razón del ejercicio de la sola promulgación de una ley.

Si bien es cierto que la interpretación reseñada tiene solidez en la regularidad y uniformidad de su ejecución y práctica, no es menos cierto que las discusiones no se cierran cuando se encuentran dudas y se reconocen puntos ignorados en

la definición de las instituciones constitucionales. Es preciso por ello no detenernos ni en el texto, ni en la interpretación literal que ha llevado a esa sólida, regular y consistente práctica que entiende que la promulgación tiene funcionalidad propia y que está, consiguientemente, disociada y desconectada de la atribución de observar las leyes.

2.5. ¿Promulgación O sanción de la ley?

Hemos verificado que según el texto constitucional y según la práctica de su letra, el Presidente de la República, en efecto, promulga las leyes. Sin embargo, hay rasgos en el instituto de la promulgación tal como la define la Constitución y se aplica en la práctica, que induce a pensar que el Presidente no solo promulga sino que hace algo más al momento en que adhiere y coincide con la voluntad legislativa del Congreso.

El Presidente de la República promulga solo cuando está conforme con el texto de la ley. En el caso excepcional de la promulgación de leyes de reforma constitucional también promulga, aun cuando no le quepa adherir ni expresar su voluntad en forma alguna respecto del contenido material de la reforma. Pero en este caso excepcional hay elementos de juicio que permiten advertir que se ha omitido una disposición más coherente con la naturaleza de la participación del Presidente de la República en el proceso de integración de la ley. Esa falla omisiva silencia el perfil propio y el carácter específico de la atribución presidencial en el proceso final de creación y vigencia de la ley.

¿Cómo explicar el valor y la participación que prevé la Constitución para el Presidente de la República respecto de la vigencia de la ley e, inversamente, en la paralización de la acción legislativa del Congreso? Es claro que la potestad de interrumpir o paralizar la acción legislativa otorga una capacidad o poder legislativo efectivo al Presidente de la República. Pero no tiene este poder sino una vez cumplido el proceso de introducción, formación y constitución de la ley. Comparte en alguna medida la misma capacidad crítica o nugatoria del proceso legislativo que les corresponde a los representantes que advierten la inconveniencia, ausencia de necesidad o de sustento, político, técnico o legal, para aprobar una ley. Los congresistas dentro del Congreso y el Presidente de la República desde el Gobierno pueden descalificar la aprobación de leyes. Dentro del Congreso lo hacen los representantes en las comisiones a las que pertenecen o en el debate y votación en el Pleno. El Presidente de la República se opone a la legislación mediante su veto u observaciones.

El Presidente de la República no puede participar en el proceso legislativo mientras se debate y vota la ley. Su participación durante el proceso parlamentario, en todo caso, no es sino con el carácter informativo o consultivo que puedan prestar los ministros de Estado a los que eventualmente corresponda concurrir u ofrecer informes u opiniones ante el Congreso. Excepcionalmente puede ocurrir que, respecto de alguna ley de especial trascendencia e importancia para la nación, el Presidente de la República en persona concorra y exponga un mensaje en la propia sede del Congreso. O puede ocurrir que lo hagan sus ministros en su calidad de miembros de su

gabinete y voceros de las políticas públicas que define el Presidente de la República en su condición de jefe de gobierno. Una y otra formas de participación, sin embargo, solo tienen peso en la formación del ánimo y la comprensión de las dimensiones de la problemática inherente a una ley por los únicos titulares del voto y de la capacidad de decisión corporativa que son los representantes de la República.

Fuera de estas alternativas el único camino directo de acción respecto de la ley es la que tiene el Presidente de la República en el trámite de las observaciones. El Presidente de la República no participa en el proceso de constitución de la ley. No tiene información, conocimiento, opinión ni capacidad para decidir sobre la autenticidad de las leyes que son aprobadas solo y únicamente por los representantes de la República. No tiene pues voz ni es funcionario competente para autenticar, testimoniar, garantizar ni acreditar la fidedignidad de la autógrafa en la que queda constancia que lo que aprobó el Congreso es el texto de la misma ley que se transcribe públicamente y envía al Presidente de la República.

La ley aprobada por el Congreso es remitida al Jefe de Estado para que él decida si se opone o no. Si no se opone cabe, de acuerdo al texto literal de la Constitución, que la "promulgue" como símbolo de su consentimiento. Y si se opone la devuelve al Congreso para que delibere nuevamente a la luz de las observaciones que plantea. Si ni observa ni promulga, también la devuelve para que se cumpla con la formalidad que lleva a su perfeccionamiento normativo y a su integración en el ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, la atribución dominante es la facultad de observar. La ley va al Presidente de la República para que defina si la observa o no. La facultad de observar liga a la de "promulgar". No podría "promulgar" sino en caso que opte por no observar. Es decir, "promulga" porque no observa. No es posible que observe y a la vez promulgue. La promulgación parcial de una ley parcialmente observada, si bien se ha registrado en una ocasión singular (durante el período 1990-1992), es un suceso que no puede constituir precedente en la historia política. No es claro, además, que dicho tipo de alternativa tenga sustento en el texto ni en los valores o principios constitucionales relativos a la naturaleza de la promulgación o en la vocación de unidad de la ley. En todo caso, se trata de atribuciones lógicas y materialmente excluyentes, porque no puede observarse y promulgarse a la vez el mismo texto. Solo se promulga lo que no se observa, y lo que se observa es imposible que se promulgue. Promulgar parcialmente unas leyes, en principio, fragmentarla y desnaturalizarla.

La "promulgación" es pues el otro lado de la facultad de la opción de no observar. Es una alternativa disponible solo si no se ejercita la opción más fuerte que es oponerse a la voluntad del Congreso. "Promulgación" y observación no son entonces facultades independientes una de la otra, sino indivisibles. La "promulgación" (por sí misma y por lo tanto directa, o por remisión tácita al Presidente del Congreso en caso de preferir no observar ni promulgar) es un acto indisociable de la observación. Así se definen las posiciones entre ambos órganos del Estado. Las funciones afirman posiciones en un proceso que prevé la participación de los actores según la etapa o fase

legislativa. El régimen de división y separación orgánica se articula a través de la coordinación de funciones compartidas en diversos momentos o instancias.

Ahora bien, ese acto al que la Constitución llama "promulgación", ¿es en efecto una promulgación? La promulgación es un acto de hacer conocer públicamente un documento o texto al destinatario o receptor al que corresponde conocer la norma.

El destinatario o receptor no tiene por qué ser la comunidad. Puede ser el titular del órgano a quien debe hacerse conocer el texto para que complete el proceso de integración en el ordenamiento jurídico. El sujeto activo de la promulgación es quien tiene la capacidad de hacer conocer el texto. El destinatario del acto de promulgación es el sujeto a quien corresponde hacérselo público y conocido. Promulgación, por eso, no equivale al acto material de mandar la publicación de la ley a la colectividad.

Promulgar no es lo mismo que publicar.

En la interpretación corriente, el sujeto activo de la promulgación es el Presidente de la República. Pero este acto, que se deriva de su adhesión al texto aprobado por el Congreso, no puede consistir en el acto material del mandato de publicación, que tiene finalidad, destino y naturaleza diferente; ni se reduce a una operación formal desprendida de la voluntad del Presidente de la República sobre el contenido de la ley. La promulgación a que se refiere el texto constitucional es un acto que pretende en realidad consolidar la posición legislativa del Presidente de la República. Van unidos en la promulgación su adhesión, y de la firmeza de su compromiso y convicción queda expresa constancia con la manifestación de su voluntad para que la ley del Congreso sea, con el consentimiento que expresa como jefe del Poder Ejecutivo, ley de la República.

En el desarrollo de las instituciones constitucionales existe una figura cuyo perfil es conveniente revisar, a fin de entender mejor la naturaleza y carácter de la participación del Presidente de la República y el Presidente del Congreso. Conocerla puede servir para aplicar con mayor rigor la Constitución y, en su caso y su momento, enmendar los conceptos según el sentido y significado que mejor se hubiera demostrado que les corresponda. La institución a que nos referimos es la de la sanción de la ley. En tanto que la sanción es un acto en el que se hace efectivo el ejercicio de la facultad de revisión sobre el contenido, la promulgación es más bien el cumplimiento de la obligación de dar y construir fe.

2.6. La resignificación de la promulgación y de la sanción de la ley en el régimen constitucional peruano

Como resultado del desarrollo y reconocimiento práctico de la institución, en la actualidad el significado suspensivo o paralizante de la sanción ha sido asumido por el concepto de promulgación, como resulta de la constatación de que el Presidente de la República puede omitir la promulgación de una ley u observarla, en cuyos casos ejercita la facultad de vetarla, con carácter suspensivo, de modo total o parcial.

Originalmente la promulgación no tenía la virtud paralizante que le correspondía a la sanción del y por el Jefe de Estado. Se desarrolla particularmente en el contexto de la experiencia europea, como parte del proceso de desmonarquización y republicanización del sistema y proceso político, y tiene la finalidad de investir al Jefe de Estado, que ya no era más un monarca, de la facultad de proclamar la ley de la República. Era una forma de compartir la responsabilidad estatal de hacer pública una ley al universo de la colectividad y del país. Se entendía que el Presidente de la República era una autoridad imparcial ajena a la función legislativa y diferente de los operadores del proceso legislativo, que protocolizaba el acuerdo del órgano legislativo autenticando su contenido. Este acto notarial, además, no tenía como efecto la subsanación de eventuales vicios materiales en el proceso de formación de la voluntad de la asamblea, ni los vicios formales que pudieran enervar la constitucionalidad de la ley. La promulgación, como institución distinta de otras, desligada de la facultad de aprobación y sanción de la ley, es un acto, una acción y una facultad separada y separable, que tiene sentido y propósito en el marco de un régimen en el que el propio funcionario que tiene que acreditar la autenticidad de la voluntad legislativa de la asamblea no es el mismo funcionario al que se le reconoce y le compete la facultad de sancionar, de oponerse, de observar o de vetar la ley aprobada por la asamblea.

La promulgación, en el sentido original, histórico y republicano que se le adjudica en las Constituciones de países no monárquicos, la tenía el Jefe de Estado, que había quedado privado de la facultad de sancionar, vetar u observar. Quedó como una suerte de muñón ceremonial en los modales y práctica política, o como una huella del papel antes privilegiado que tuvo en los procesos de toma de decisión legislativa. La desacralización del papel legislativo del monarca en una realidad política democrática dejó la cicatriz del despojo en esos mandatarios que aparecían como cabeza visible del Estado en el Poder Ejecutivo. Esa promulgación de carácter republicano inicial es el resto de lo que quedó para esos Jefes de Estado en países republicanos que perdieron la atribución de vetar, observar o sancionar la ley.

Sin embargo, en el desarrollo de las instituciones la restricción original que impuso un modelo más parlamentarista que monárquico durante el siglo XIX, derivó en la recuperación progresiva de la facultad de vetar u observar en las repúblicas, a partir del fortalecimiento del Poder Ejecutivo en el plano institucional y del desarrollo del intervencionismo estatal, a lo largo y durante el siglo XX. Y dicha recuperación no llevó a suprimir la promulgación de la facultad presidencial, sino, por el contrario, a mantenerla (aunque desnaturalizada). Este es el caso de las atribuciones con que cuenta el Presidente de la República según el artículo 108 de la Constitución. Se trata de dos instituciones que obedecen a dos lógicas y premisas políticas diferentes. Si permanecen unidas es por razones históricas. Su finalidad y razón de ser es distinta y cabe rescatar su sentido original adecuándolo a la naturaleza y efectos para los que tales instituciones sirven. Si bien hubo una vez en la que el Jefe de Estado sancionaba y promulgaba, ello fue consecuencia natural de que el propio Jefe de Estado tenía la misma facultad legislativa que hoy comparte con la asamblea de representantes constituida en Congreso o en Parlamento.

Como ejemplo de esa época en la que las asambleas habían asumido el poder de legislar, restándosele al monarca, puede tenerse presente, por ejemplo, el tipo de promulgación que reconoce el artículo 73 de la Constitución italiana de 1947, que dispone que el Presidente de la República promulga la ley dentro del mes siguiente de su aprobación, salvo que por mayoría absoluta de las Cámaras declaren la urgencia de que la promulgación fije un plazo distinto. En otras palabras, el Presidente de la República puede ser obligado a promulgar una ley en el plazo que le fije un acuerdo de las Cámaras.

Sin embargo, en Italia este mismo Presidente tiene la potestad, antes de promulgar la ley, de requerir una nueva deliberación. Este requerimiento aparece como una forma débil de veto, paralela a la obligación de promulgar la ley. Es el régimen aporético de la institución de la sanción. Un Presidente que puede suspender la entrada en vigencia de la ley tiene capacidad de vetarla (es el veto suspensivo). Esto es, puede decidir si sanciona o no la ley. Pero si tiene la potestad de sancionar o no una ley, esa atribución no puede confundirse con la naturaleza de la promulgación, cuya finalidad es la de autenticar la fidelidad de un texto que se hace conocer.

El caso deja ver cómo el Jefe de Estado italiano retiene la facultad de promulgar un texto aprobado por el Parlamento, y también la de sancionarlo. Pero han debido adaptarse ambas instituciones al desarrollo histórico y político de la República y de la democracia. Alguna vez ambas facultades permanecieron unidas en el mismo sujeto de derecho que era el monarca. El destronamiento del rey demandó una formulación distinta de las instituciones. La alternativa históricamente prevaleciente ha sido la de reconocer que los parlamentos aprueban las leyes y que los Jefes de Estado las sancionan y las promulgan. La promulgación, sin embargo, es un remanente de los tiempos en que monarquía y asamblea eran un mismo cuerpo. La asamblea y el rey eran parte de una corporación hipostática. Las asambleas eran asambleas del rey, y el Parlamento era el Parlamento designado por el rey. No había oposición entre el paradigma republicano y el paradigma monárquico o regio.

Si bien el acomodo actual ha llevado a mantener por fuerza de la costumbre el arreglo institucional mayoritaria y uniformemente en la mayoría de constituciones, un análisis crítico sobre la naturaleza de las cosas demandaría una depuración conceptual y una corrección de las prácticas en el diseño. La depuración de los conceptos constitucionales exigiría que se sincere, se integre y se unifique conceptualmente las instituciones. Porque el Presidente italiano (como en su momento lo fue el Presidente peruano en las primeras constituciones de la República), en este orden de ideas, no puede sino ordenar la nueva deliberación de un texto a partir de criterios de mérito popular y democrático, o de legitimidad constitucional, no es que tenga la obligación de promulgar, sino que, debido a que puede no promulgar si opta por devolver y reenviar a las Cámaras la ley aprobada, el mandato más fuerte subsume al más débil y el balance arroja como resultado que el concepto de promulgación sea básicamente nominal e impropriadamente expresivo de la realidad.

La promulgación no es pues, en sí misma, un acto en el que se exprese la voluntad legislativa de su titular. Se circunscribe, exclusivamente, al acto notarial de reconocer que la ley ha iniciado su existencia. En los regímenes en los que el Jefe de Estado no tiene superioridad sobre la representación de la República, se le ha encomendado la función básicamente ceremonial de la promulgación. En el Perú, el Presidente de la República no está legislativamente reducido ni minimizado. Todo lo contrario. A partir de la Constitución de 1979 se inicia un proceso franco de fortalecimiento de la institución presidencial, el mismo que no se detiene sino que se acentúa, casi hasta el desborde autocrático, con la amplitud de atribuciones legislativas que se le reconocen en la Constitución de 1993.

Cuando la Constitución dice que el Presidente de la República promulga la ley, debido precisamente a que en nuestro régimen tiene la potestad de observar, lo que le reconoce es la facultad de sancionarla, de manera semejante a la que existió en algún momento en los regímenes monárquicos. No en vano nuestro régimen de gobierno tiene características materiales mucho más fuertes que las que tienen regímenes presidenciales típicos como el de los Estados Unidos de América. El Presidente peruano no promulga. El llamado acto de "promulgación" significa en verdad la manifestación de su voluntad de no vetar, de no oponerse, de concordar con la voluntad de la representación en la asamblea. El nomen juris apropiado para tal acto es el de la sanción.

La sanción de una ley, entendida como el acto que realiza el Presidente de la República, no es, por lo demás, una realidad conceptual ajena a la tradición constitucional peruana. Probablemente la lección y el dato más importante sobre el desarrollo de su concepto sea el que se extrae de la primera Constitución peruana, la del año 1823. Lo singular de esta Constitución es que consagra la noción de promulgación por el Poder Ejecutivo, como un acto desvinculado totalmente de la atribución de observar las leyes, y la noción de sanción de la ley por el Congreso, como un acto que en efecto excluía la participación de la voluntad del Presidente de la República. Vista la situación en perspectiva, se explica el error contenido en la Constitución de 1993, en la que se mantiene la idea de aprobación de la ley como si fuera sinónimo de la sanción por el Congreso, a la vez que mantiene la idea de promulgación de la ley por el Poder Ejecutivo aun cuando este no tenga la posibilidad material de certificar la autenticidad de la voluntad legislativa del Congreso en el acto de votación.

El concepto de sanción como acto soberano, supremo y final de perfeccionamiento de la ley (distinto a la aprobación y de la promulgación) se consigna en el artículo 76 de la Constitución de 1826 (los proyectos de IV' iniciados en la Cámara de Censores pasarán al Senado: la sanción de éste tendrá fuerza de Ley. Más en el caso de negarse su ascenso al proyecto, se pasará éste al Tribunal, el cual dará o negará su sanción como en el caso del artículo anterior); el artículo 25 de la Constitución de Tacna de 1837 (toda IV' será aprobada por las dos Cámaras y sancionada por el Ejecutivo General; así como, en términos básicamente invariables en los artículos 55 y 56 de la Constitución de 1828; 57 Y 58 de la Constitución de 1834; 60 Y 61 de la Constitución de 1839; y, en los artículos 67 y 67 de la Constitución de 1856.

El texto que se mantiene desde 1828 fue recogido, igualmente, en la veterana Constitución de 1860, que formó nuestros procesos políticos durante 60 años. Ese texto se refería a la sanción como el acto en el que una ley quedaba perfeccionada con el concurso de las voluntades legislativas del Congreso y del Poder Ejecutivo. Si bien no tenía reconocimiento expreso como una facultad presidencial (la facultad presidencial reconocida fue la de "promulgar", dentro de la tradición republicana y antimonárquica prevaleciente durante el siglo XIX) sí era claro que la sanción no era un sinónimo de aprobación por el Congreso, como ocurre erróneamente con el texto de la Constitución de 1993.

El artículo 70 de la Constitución de 1860 decía que reconsiderada la IV' en ambas Cámaras con las observaciones del Ejecutivo, si, no obstante ellas fuese aprobada nuevamente, quedará sancionada y se mandará promulgar y cumplir. El artículo 71 igualmente refería que si el Ejecutivo no mandase promulgar y cumplir la IV' o no hiciese observaciones dentro del término fijado en el Artículo 69, se tendrá por sancionada, y se promulgará y mandará cumplir por el Ejecutivo. Son casos de sanción ante situaciones límite. No se reconoce la facultad expresa del Ejecutivo de sancionar, sino que se establece el momento en que una ley es sancionada como consecuencia del proceso de reconsideración o como resultado de la omisión de sanción del Presidente de la República dentro de plazo.

Sanción, según la Constitución histórica que inicia la Constitución de 1828 y se conserva en la Constitución de 1860, es la imputación a la concurrencia de voluntades del Congreso y del Poder Ejecutivo. Hay sanción cuando el Presidente de la República no observa la ley dentro del plazo fijado, y hay sanción cuando el Congreso supera las observaciones presidenciales en el proceso de reconsideración. Se trata de una presunción de sanción ex silentio. No se reconoce una fórmula especial para que la ley quede sancionada. Solo hay sanción cuando las voluntades constitutivas e integradora coinciden.

El concepto de sanción que conserva la Constitución de 1860 se mantiene posteriormente en el artículo 62 de la Constitución de 1867, así como en los artículos 105 y 106 de la Constitución de 1920, pero se elimina en la Constitución de 1933. La tradición se rompe, en consecuencia, con la Constitución de 1933, pero la existencia de la experiencia y de la historia es inocultable e irreprimible.

De manera análoga a la que se procede a examinar qué significa sanción, independientemente del prejuicio cultural en contra del paradigma monárquico y de la técnica republicana que re significó durante el siglo XIX su perfil jurídico, cabe revisar el concepto de promulgación de cara a la aprobación de la ley por el Congreso y de cara también a ese acto innominado que consiste en la elaboración y suscripción de la autógrafa de la ley. Una forma de aproximarse a ese análisis es la revisión del proceso de aprobación de la ley en un régimen bicameral como el que tuvo el Perú hasta 1992. Una ventaja de recurrir al caso de la experiencia bicameral es que debido a la exigencia especial de alcanzar y concordar un pronunciamiento común e idéntico por dos cuerpos legislativos, debe actuarse con mayor rigurosidad para definir cuándo es que una ley queda

efectivamente aprobada o, en su caso, reconsiderada. Y desde que queda exactamente definido el momento en que la ley es aprobada, queda igualmente expedito un texto a ser transcrito en la autógrafa para su remisión al Presidente de la República. El caso peculiar de una experiencia bicameral, por lo tanto, puede ser uno en el que se ve el perfil del acto innominado por el que la autógrafa es suscrita para su envío al Presidente de la República, en tanto y en cuanto quede explicitado qué ha quedado aprobado por ambas Cámaras.

Dentro del procedimiento bicameral que rigió hasta 1992 la aprobación de la leyera pues una cuestión que exigía una atención especial. Debido a que ambas Cámaras concurrían simétricamente en la facultad legislativa, tanto en una como en otra podía presentarse proposiciones legislativas, ambas podían modificarlas y, por lo mismo, podían igualmente insistir sobre los proyectos que cada una aprobaba. Sin embargo, como la condición de Presidente del Congreso se regía por la regla de la alternabilidad en la presidencia de las sesiones, a la vez que por la definición de la última decisión firme no contestada (o contradicha), era indispensable conocer cuál de los presidentes de Cámara debía visar (firmar, o suscribir) la ley aprobada por el Congreso.

El procedimiento preveía que si una de las Cámaras no alcanzaba mayoría suficiente para insistir y confirmar su voluntad discrepante con el texto de la otra, la autógrafa de la ley quedaba firme según la voluntad de la Cámara que no fue contradicha o revocada, y en ese caso, la visación estaba a cargo del presidente de la Cámara cuya decisión prevaleció sobre la de la otra. Por eso la definición del titular de la visación dependía de la firmeza de la posición de la Cámara que tomó la última decisión y el único caso en el que la sanción no procedía se daba si ambas Cámaras insistían en sus textos con las mayorías calificadas señaladas en la Constitución.

Como se anticipó, repasar el funcionamiento del sistema bicameral respecto de la aprobación y promulgación de la ley permite aclarar la naturaleza del acto y la facultad de los titulares de uno y otros órganos del Estado. Cuando las Cámaras o el Congreso expresan su voluntad uniforme y definitiva se dice que la ley ha quedado aprobada. La Constitución no usa un concepto para el acto de suscripción o visación de la ley aprobada por el Congreso (o las Cámaras), y es esa la razón por la que se trata de un acto innominado. Parece, no obstante, que la naturaleza de la formalidad de ese acto hasta hoy innominado es la que, con toda propiedad, podría denominarse promulgación. El Presidente del Congreso firma la autógrafa para certificar el texto de la voluntad de la corporación. Da fe así a que lo que quiso la representación nacional con su voto corresponde con el texto. El Presidente del Congreso, por lo demás, es el encargado de conducir el debate y el que define qué se vota y qué no se vota. Precisamente por esta condición es que tiene el conocimiento privilegiado que le permite certificar y notarizar qué quedó votado y qué no lo fue.

El acto formal de firma de la autógrafa, acto en el que no hay voluntad legislativa sino notarial y ceremonial, es en realidad la promulgación que en otros tiempos fue el vestigio formal que se reservó para los Jefes de Estado de repúblicas parlamentaristas. En este orden de ideas, no corresponde al Presidente de la República actuar como el notario de un acto en el que no

participa y del que no puede dar fe ni certificación alguna. El Presidente del Perú, sin embargo, sí es sujeto capaz y tiene voluntad y poder para negarse a aprobar una ley que aprueba el Congreso. La sanción del Presidente del Perú es un acto no ceremonial sino de expresión real y efectiva de voluntad legislativa. Si el Presidente de la República sanciona es porque está de acuerdo con que una norma aprobada por la representación de la República tenga el carácter de ley. Si está de acuerdo la sanciona y la manda publicar. Si no está de acuerdo, o no la sanciona, en cuyo caso vuelve al Congreso para que sea sancionada solo por el Presidente del Congreso, o la observa total o parcialmente, en cuyo caso su voluntad únicamente puede ser contradicha mediante el voto de una mayoría calificada de representantes en el proceso de reconsideración de la ley.

En suma, más allá del lenguaje constitucional, la naturaleza del acto mediante el cual el Presidente del Congreso rubrica la ley aprobada por el Congreso es la de la promulgación. La promulgación es el acto solemne mediante el cual se acredita la fidedignidad del documento que se envía al Presidente de la República como ley acordada por el Congreso. El Presidente del Congreso acredita y atestigua con su firma que el texto que hace conocer (promulga) y envía es el mismo texto que fue aprobado, y que la aprobación ocurrió de conformidad con las reglas y procedimientos del Congreso. Ese acto, el de la firma de la autógrafa, corresponde con la naturaleza de las cosas. Es el Presidente del Congreso, y no el Presidente de la República, quien da fe de la regularidad de la aprobación del Congreso; quien asimismo certifica que la voluntad de aprobar la ley de conformidad con la deliberación, según la fórmula respecto de la cual se votó, es en efecto la declaración contenida en el texto de la ley que suscribe; y quien, por último, dispone que el texto que notariza solemnemente sea enviado al Presidente de la República para su sanción.

En otras palabras, queda propuesta la idea de que esa actividad innominada a la que se invoca como acto de suscripción de la autógrafa de la ley se trate del acto de promulgación de la ley. Si se asigna el concepto de promulgación a la actividad de certificar y dar fe de la correcta aprobación de la ley mediante la suscripción del texto de la autógrafa, el concepto que corresponde asignar a la actividad de consentir o no con la ley aprobada por el Congreso sería el de sanción de la ley. En estos supuestos entonces, promulgar sería un acto parlamentario, en tanto que la sanción sería un acto básica y esencialmente presidencial. El Presidente del Congreso promulgaría la ley aprobada autenticando el texto que aprueba el Pleno y comunicando su texto al Presidente de la República. El Presidente de la República recibe el acto legislativo promulgado con la finalidad de definir su sanción o su observación. El Jefe de Estado, en este caso, no cumpliría con una mera formalidad al promulgar, sino que ejercitaría la atribución de adherir y consentir positivamente con la ley del Congreso o, inversamente, la atribución de observar y devolver al Legislativo el texto con el que disiente.

Sobre la base del entendimiento que se expone del concepto de promulgación, es necesario afinar y reforzar el alcance del concepto de sanción. Ello es necesario porque la propia Constitución utiliza en dos ocasiones el concepto de

sanción, aunque no con la noción esencial que tradicionalmente le corresponde. Enajenada de su sentido y destino original, la sanción a que se refiere la Constitución se usa como sinónimo de aprobación. Así ocurre en los artículos 94 y 105, cuando se prescriben la "sanción del presupuesto" del Congreso, y la prohibición de "sancionar un proyecto de ley sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora". Las sanciones de la Constitución de 1993, que por lo demás son conceptos que se arrastran de Constituciones anteriores, significan el acto de votar y aprobar un proyecto por el Pleno del Congreso.

Originalmente la sanción era el acto final que perfeccionaba la aprobación. Como se ha visto en el caso de las primeras Constituciones de nuestro país, había sanción de la ley cuando el texto era firme e incontrovertible. Esa huella ha aparecido disimulada y casi inadvertidamente recogida en la Constitución de 1993, pero en un sentido erróneo. Si aprobación no equivale a sanción, y si solo hay sanción cuando se trata del perfeccionamiento en la generación de una ley, queda por indagar si es o no correcta la perspectiva de la Constitución de 1993 cuando dice que el Congreso sanciona su presupuesto; además de si es o no impropia la conceptualización de la Constitución de 1993 cuando prescribe la prohibición de sancionar un proyecto de ley sin aprobación previa de una Comisión dictaminadora.

Es el Pleno el que aprueba el presupuesto del Congreso y es el Pleno el que puede aprobar un proyecto previamente aprobado por una comisión dictaminadora.

Pero, ¿es y tiene un sentido técnico propio el concepto de sanción utilizado en los artículos 94 Y 105 de la Constitución, o es asimilable al concepto de aprobación?

Según hemos dejado anotado, en las primeras Constituciones se tuvo claro que no eran lo mismo sanción que aprobación. Solo queda constituida la sanción una vez que todos los sujetos involucrados en el proceso de generación de la ley, sea en el proceso constitutivo como en el integrativo, llegan a un acuerdo o se presume que este existe una vez que se hace efectivo el procedimiento de desentramamiento o bloqueo entre órganos del Estado. No hay sanción mientras la propuesta o iniciativa de ley está en la fase deliberativa anterior a la aprobación por el Congreso.

En el caso del presupuesto del Congreso, este es aprobado en un acto del Pleno.

La aprobación del presupuesto del Congreso, sin embargo, es un acto preliminar en el proceso presupuestario. No basta que el presupuesto sea aprobado por el Congreso para que este rija. Es preciso que sea incorporado en el presupuesto del sector público. El Congreso debe presentar su presupuesto al Poder Ejecutivo para que lo incorpore, lo considere y consolide las cifras en el presupuesto del sector público que presenta ante el propio Congreso antes del 30 de agosto de cada año, según el artículo 78 de la Constitución. Ese documento es expuesto en sesión de Pleno, y luego se deriva a la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del propio Congreso. El dictamen de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General se presenta y debate durante el mes de noviembre, y el presupuesto debe quedar aprobado

por el Congreso antes del 30 del propio mes de noviembre. Si no es aprobado en dicha fecha el Poder Ejecutivo queda habilitado para poner en vigencia su proyecto de presupuesto, el que es promulgado por el Presidente de la República, según lo prevé el segundo párrafo del artículo 80 de la Constitución. Obviamente por eso, el concepto de sanción a que se refiere el artículo 94 no se utiliza en el sentido técnico que lo concibieron las primeras Constituciones peruanas, sino en un sentido coloquial. El artículo 94 se refiere a la sanción como un acto de aprobación en una fase preliminar, e incluso anterior a la fase de presentación del proyecto de presupuesto del sector público por el Poder Ejecutivo ante el Congreso en agosto de cada año. No es la sanción del presupuesto (en sentido técnico e inherente a la tradición histórica de nuestras Constituciones) a la que se refiere el artículo 94. Es solo y meramente el acto de su aprobación.

Y en el caso de la sanción de los proyectos de ley a que apela el artículo 105, parece que el enfoque es similar. Para empezar, la sanción no se produce respecto de un proyecto de Ley, sino respecto de una Ley. Según la Constitución, como se deduce del texto del artículo 108, lo que el Congreso remite al Poder Ejecutivo para su promulgación es una Ley, no un proyecto de Ley. De otro lado, no parece que pueda inferirse con claridad que el destinatario de la prohibición de sancionar el proyecto de ley sea el Presidente de la República. Y ello porque al indicar la prohibición se puntualiza igualmente la excepción a esta norma, y se refiere que sí es posible sancionar un proyecto de ley sin dictamen de comisiones si las condiciones para que la excepción quede configurada se señalan en una norma cuyo creador y destinatario es el propio Congreso, esto es, el Reglamento del Congreso. Ni por la referencia al objeto del mandato normativo (proyecto de ley, y no ley) ni por la referencia al sujeto al que se dirige la norma (el Congreso, y no el Presidente de la República), el acto de la sanción, entonces, parece que se tratara de una sanción, sino solo de su aprobación. En consecuencia, el uso que da la Constitución en el artículo 105 debe entenderse que no tiene el sentido técnico del concepto de sanción, sino solamente como sinónimo de aprobación.

Como se ve, la sanción no es concebida dentro del modelo peruano con la 'adecuada precisión conceptual. En el texto constitucional se usa indistintamente como aprobación de una norma. El texto constitucional trata como sinónimos la aprobación y la sanción y reserva únicamente al Congreso la facultad de aprobar y sancionar (en sentido coloquial). Según el texto de la Constitución, la sanción no retiene restos del sentido histórico, originario y tradicional que entendía por sanción el acto regio del monarca en el proceso legislativo en épocas pre-republicanas, ni la transformación del concepto de sanción que, desde inicios de nuestra República, se mantuvo en nuestras Constituciones, apelando a la confirmación y firmeza legislativa de una ley aprobada por el Congreso.

En su sentido original la sanción es un acto legislativo por su propio derecho, mediante el cual el Jefe de Estado puede contener y suspender la voluntad del Congreso, negándose al aprobar el texto votado. La sanción neutraliza la vocación y fuerza de vigencia a una ley aprobada. Es un acto solemne mediante el cual se conviene con la propuesta de los representantes de la

comunidad y se expresa el consentimiento acorde. Cuando el Jefe de Estado sanciona lo hace porque tiene el poder de hacer la ley mediante su voluntad. No es una ceremonia vacua, sino todo lo contrario: un acto que perfecciona la constitución de una ley. El Jefe de Estado sanciona porque puede decidir y ordenar qué es ley y, también, qué no lo es. Si no está de acuerdo no sanciona. La no sanción equivale a la devolución al seno de los representantes de la colectividad. La intervención del Jefe de Estado respecto de una ley aprobada por los miembros de la representación nacional importa el reconocimiento de la supremacía de aquél sobre el Parlamento.

En medio de la confusión conceptual derivada de la pérdida del significado tradicional de raíz monárquica tanto como de la equivocidad normativa que aparece en la Constitución no menos que en el Reglamento del Congreso, y con el propósito de depurar los contenidos de los conceptos, el sentido de las instituciones constitucionales y de encontrarles un uso práctico, propio y diferenciado, parece haber sustento y argumentos apropiados para adjudicar a los conceptos de promulgación y de sanción un significado más afín a su naturaleza y finalidad, distinto a los hechos y actividades que la Constitución define por tales.

Una resignificación de dichos conceptos lleva a asumir que promulgación es el acto solemne realizado por el Presidente del Congreso, el mismo que no lleva la misma fecha en la que se aprueba la ley por el Congreso, sino en la oportunidad en que la autógrafa que ha de ser remitida al Poder Ejecutivo queda certificada como declaración fiel de la voluntad de la representación que vota el texto. Y a asumir, también, que sanción es el acto que hace firme y causa estado en una ley, luego de concluido el proceso de interrelación entre ambos órganos del Estado, el Congreso y el Presidente de la República. "1'

Dentro de la propuesta que se adelanta en este análisis es posible concretar la conceptualización y significados institucionales según un esquema como el que se consigna en el cuadro siguiente, en el que se distinguen el concepto, el acto y el titular de cada atribución, según los sentidos que han quedado indicados, rescatando el sentido original de sanción de la ley, como asociado a la voluntad legislativa del Jefe de Estado, reservando la noción de promulgación para el acto de autenticación de la voluntad legislativa del Congreso de la que no se puede encargar y de la que solo puede dar f", el Presidente del Congreso y, a la vez, corrigiendo con esta hermenéutica la imprevisión y distorsión que se arrastra a través de una práctica secular, que llama impropriamente sanción al acto de aprobación de una ley y promulgación a la sanción del Jefe de Estado de la ley aprobada por el Congreso.

Ya ha quedado señalado y hartamente reconocido que las objeciones básicas contra esta reformulación de la terminología constitucional son, primero que, en concordancia con una conceptualización antimonárquica derivada de la teoría revolucionaria de las democracias ochocentistas, la Constitución desconoce el sentido propio de la idea de sanción y dice que promulgación es un acto presidencial del Jefe de Estado. Esto es, tomar posición respecto del símil existente entre rey y presidente, donde el monarca es quien sanciona, y el Presidente de la República es a quien se concede la atribución de promulgar

leyes aprobadas por la representación popular y solo en su ausencia puede hacerlo el Presidente del Congreso. De otro lado, la segunda objeción, paralela a la de cuño ideológico, es la práctica republicana que mantiene de manera uniforme y regular este significado, desconociendo la historia de su desarrollo y de la razón por la cual aparece y se repite consuetudinariamente como norma constitucional.

El hábito y la cultura que privilegian tanto el texto sostenido en una ideología insuficientemente consistente, como su práctica, por 10 tanto, serían razones poderosas para cuestionar la hermenéutica de resignificación propuesta, basada en un distingo técnico que pudiera hacer conceptualmente más pura la praxis parlamentaria y política. Es con conciencia de las dificultades que minan el contexto en que se avanza esta propuesta que, precisamente, se deja planteada esta distinta, y probablemente controversial manera de redefinir y reinterpretar los procedimientos legislativos a que se refiere la Constitución.

Con la finalidad de incidir en la precisión de la naturaleza de los actos parlamentario y presidencial que se cumplen entre la aprobación de la ley y su publicación y puesta en vigencia, será necesario mantener el hilo de la reflexión en vista de la naturaleza, finalidad y efecto de las instituciones, a la vez que dejar en suspenso y poner entre paréntesis las objeciones terminológicas derivadas del reconocimiento positivo de un concepto que parece impropio y de una práctica que pudiera, no obstante su recurrencia, sustentarse en un error de concepción.

2.7. Publicación y vigencia

Menos discusión y duda origina la institución de la publicación y puesta en vigencia de la ley que, de otro lado, es materia del artículo 109 de la Constitución. La ley rige, según la Constitución de 1993, desde el día siguiente al de su publicación. De acuerdo a la Constitución de 1979 la fecha de vigencia regular era luego del décimo quinto día posterior al de la publicación. En ambos casos la Constitución establecía la facultad de definir una fecha diversa por disposición expresa de la ley. Fuera de esta situación general las leyes tributarias pueden tener un término inicial de vigencia de carácter anual, lo cual supone una *vacatio legis* hasta tanto no comience el período fiscal respectivo. La *vacatio legis*, además, puede ser prevista para otros casos en el propio texto de la ley, disponiéndose que entre en vigencia en oportunidad diferente a la que permitiría, de otra forma, presumir *ope legis*, por mandato constitucional.

En la tradición peruana la numeración de las leyes ha sido una responsabilidad exclusiva del Gobierno. Si como resultado del proceso de reconsideración de una ley observada, o cuando el Gobierno no promulga ni observa dentro de plazo, le toca promulgar al Presidente del Congreso, éste promulga, el paso siguiente es el envío del texto a la Secretaría de la Presidencia del Consejo de Ministros para que se asigne un número a la ley. Una vez numerada la ley el Poder Ejecutivo se encarga de disponer su publicación en el Diario Oficial.

3. Supuestos y finalidad de la observación y de la reconsideración

3.1. La estructura de la observación

Existen tres elementos en el diseño de la observación, que forman parte de una estructura. Dichos elementos son la posibilidad positiva o negativa de la asamblea de neutralizar el veto del Presidente de la República; el tipo de mayoría exigible para superar la observación; y el alcance total o parcial de la observación del Presidente de la República.

a) Veto absoluto o relativo

Hay dos formas de concebir la observación. O procede en función de una posición política, o procede por razones técnicas, normativas (sustantivas o procesales). Se suele considerar que la observación política se caracteriza por la simple expresión de la voluntad de no concurrir con la voluntad del Congreso. A este tipo de concepción de la observación se la conoce como veto absoluto cuando, simultáneamente, al Congreso no se le reconoce la opción de revocar y anular la observación presidencial. No le es necesario al Jefe de Estado señalar razón, argumento ni causa para no aceptar la voluntad de la representación de la República. Mediante el veto absoluto el Jefe de Estado puede suprimir y anular la voluntad legislativa de los representantes de la comunidad en el Congreso.

En el otro extremo se concibe que la observación por razones técnicas o normativas sí requiere fundamentación y argumentación. A este tipo de observaciones se la denomina veto relativo, y su perfil incluye la opción de que el Congreso pueda anular la oposición del Presidente de la República con el voto de una mayoría calificada (equivalente a más de la mitad del número legal de miembros del Congreso en nuestra Constitución).

El veto absoluto es el efecto del reconocimiento de la sanción del Jefe de Estado como potestad insuperable e infranqueable por el Congreso. En tanto que el veto relativo supone la facultad del Jefe de Estado de sancionar, pero a la vez la potestad del Congreso de neutralizar sus observaciones mediante el voto de la representación de la República. Un método comparable al del veto absoluto sería la disolución del Congreso. Tanto en el veto absoluto como en la disolución existe una discrepancia frontal entre el Poder Ejecutivo y el Congreso. La diferencia es que en el veto absoluto se da una negación esencial de la voluntad de los representantes de la República, mientras que en la disolución la magnitud de la negación de los representantes no ocurre respecto de la circunstancia o episodio que ocasionan los términos en que una ley concebida, sino que tiene carácter esencialmente estructural (contra el íntegro de la asamblea).

b) Mayorías para neutralizar la observación y sancionar la ley

El veto es una forma indirecta de reconocer la participación del Presidente de la República en el proceso constitutivo de la ley. Las Constituciones que reconocen el carácter absoluto del veto presidencial eliminan la posibilidad del Congreso de negociar o de volver a deliberar sobre la oposición del Presidente de la República. Las Constituciones que generan el espacio para el reenvío y

nueva deliberación de una ley observada, por el contrario, disminuyen al poder del Poder Ejecutivo en el proceso legislativo.

El reenvío de las leyes observadas al Congreso para su reconsideración es un mecanismo que recorta el poder legislativo del Jefe de Estado. Cuando el Congreso cuenta con la opción y alternativa de revisar un texto que no comparte el Presidente de la República es más dueño de la función legislativa. Las Constituciones que prevén el retorno de la ley observada al Congreso privilegian el papel de los representantes en la asamblea respecto de la potestad de dominio del Jefe de Estado. El veto absoluto del Jefe de Estado es un rasgo autárquico opuesto al que define a las democracias parlamentarias. La prevalencia de los representantes es un indicio o signo de apertura y participación de la colectividad en el uso del poder. Su exclusión, por otra parte, denota exclusión en un esquema donde la jerarquía la asume el Jefe de Estado.

En esa misma lógica, cuanto más alta es la exigencia de votos para franquear la observación presidencial mayor es el poder legislativo del Presidente de la República.

Cuanto más difícil es alcanzar un número de votos determinado, menos posibilidades tendrá el Congreso de afirmar su ley frente al veto presidencial. Inversamente, cuanto más baja sea la varilla para remontar la voluntad nugatoria del Presidente de la República, la posición legislativa del Congreso será más fuerte. Por lo tanto, en regímenes en los que el Congreso necesita solo la mayoría simple de los congresistas presentes en una sesión es mayor el poder legislativo del Congreso en el proceso. De modo recíproco, en países como Estados Unidos de América que requiere hasta dos tercios de los votos de los miembros de cada Cámara para reafirmar la ley que aprueban, el Presidente de la República tiene mayor poder que el Presidente del Perú, cuyas observaciones demandan solo la mayoría absoluta de los integrantes del Congreso.

En un país con un régimen presidencial es explicable que la fuerza del Presidente sea mayor que la del Congreso. Sin embargo, la fuerza de los titulares de cada órgano estatal se definen a partir de las distintas competencias funcionales que se distribuyen. En un régimen de separación de poderes es esperable que el impacto del papel del Presidente de la República en el proceso legislativo quede reducido al mínimo. Ese mínimo no tiene tal condición si la barrera para remontar una observación es tan alta que se aproxima al veto absoluto. Cuanto más alta la barrera más próxima la naturaleza de la observación al veto absoluto.

En cualquier caso, la condición de que exista una mayoría calificada para reconsiderar y dejar sin efecto la observación presidencial, es una manera en la que el Presidente de la República es incorporado como referente indirecto en el proceso legislativo. La racionalidad del debate y la exigencia de una mayoría determinada es la que marca la presencia del Presidente de la República, así esté funcional, orgánica y personalmente ausente en el procedimiento y debate de las leyes.

e) Alcance total o parcial de la observación

Otro aspecto en el que cabe medir la fuerza y capacidad legislativa del Presidente, de la República es en la facultad que tiene para enderezar sus observaciones no a toda la ley, sino únicamente a una sección de ella. El poder legislativo del Presidente de la República es mayor en la medida en que la Constitución permite la posibilidad de observar solo parcialmente una ley.

Regularmente, la observación del Presidente de la República se produce sobre aspectos singulares de una ley. Es raro el caso en el que el Presidente de la República se opone frontalmente a la sanción del íntegro de una ley. La observación parcial juega como un mecanismo que faculta al Presidente de la República a calibrar sus observaciones según la relación entre el voto de la asamblea y el tema sobre el que observa. En tanto que con la observación total la oposición del Presidente es respecto de todo el Congreso, con el caso de la observación parcial se afina la oposición respecto de las minorías o alianzas que apoyan la sección o parte del texto contra el cual se dirige la observación.

De esta manera, el Presidente puede excluir a determinados grupos parlamentarios incentivando que quienes están a favor del resto del texto de la ley no observada se unan para lograr la reconsideración. Cuando el Presidente de la República observa parcialmente una ley tiene en mente, por lo tanto, el interés de los grupos que tienen como propósito conseguir que la ley rija, aun cuando ello significara que parte de la ley observada, respaldada por los grupos que excluye el Presidente de la República, no integre el texto de la ley reconsiderada.

El reconocimiento de la posibilidad de observar parcialmente una ley, por tanto, habilita al Presidente de la República a diseñar una estrategia que le da mayor poder en el manejo de sus relaciones legislativas con el Congreso.

El sistema de la observación estructurado a partir de estos elementos queda esquematizado en un cuadro de efectos derivados del tipo de característica reconocido constitucionalmente. El Cuadro N° 3 muestra el esquema de tipos y efectos en el régimen.

CUADRO N° 3 ESTRUCTURA Y EFECTOS DE LA OBSERVACIÓN EN LA RELACIÓN CONGRESO-GOBIERNO

TIPO DE CARACTERÍSTICA	EFECTO SOBRE LA RELACIÓN CONGRESO-GOBIERNO
Veto absoluto	- veto relativo. Absoluto mayor poder presidencial
Relativo	mayor poder parlamentario
Mayoría calificada	- mayoría relativa
Cuánto más calificada	mayor poder presidencial.
Mayoría absoluta	reconoce menor poder presidencial que con mayorías calificadas más altas.
Mayoría relativa	es igual a mayor poder parlamentario
Observación parcial	- observación total.
Observación parcial	mayor poder presidencial.
Observación total	mayor poder parlamentario

En este esquema es fácil ubicar las definiciones previstas en el régimen de la Constitución peruana. No hay veto absoluto sino relativo, porque el Congreso puede dejar sin efecto la oposición del Presidente de la República. No cabe entender, en sentido estricto, que el Presidente de la República cuenta la facultad del veto absoluto cuando se opone de manera frontal a la existencia de una ley opinando por la anulación de la aprobación de la misma, y ello debido a que aun frente a una observación total, es posible que el Congreso vote en contra de la voluntad legislativa del Presidente de la República. No cabe pues confundir veto absoluto con observación total a una ley. Son dos instituciones diferentes. En el Perú, el Presidente de la República no cuenta con la opción del veto absoluto. Sus observaciones, totales o parciales, pueden ser superadas con el voto del Congreso.

De igual modo, se adopta una posición intermedia para la neutralización de las observaciones presidenciales, ya que no se exige ni unanimidad ni una mayoría superior a la más de la mitad del número legal de representantes, pero tampoco se fija una mayoría tan baja como la de la pluralidad, a la que se conoce igualmente como mayoría simple de los presentes siempre que haya quórum en la asamblea.

Y; por último, se registra la facultad del Presidente de la República para observar parcialmente las leyes, lo cual lo habilita para el uso inteligente de estrategias de división al interior del Congreso que favorezcan su visión de lo que debe quedar y de lo que no debe pasar en una ley. Este es un caso en el que pareciera que el argumento a fortiori se conjuga de modo inverso: la observación parcial no es una facultad menos sino más potente que la observación total, por lo tanto, quien puede lo más (observar parcialmente) sí puede lo menos (observación total). De igual manera regiría la regla contraria: quien no puede lo menos (observación total), no puede lo más (observación parcial). Normar en un sentido inverso supondría desconocer el mayor poder relativo que tienen los Jefes de Estado al calibrar estratégicamente el sentido de sus observaciones para generar ruptura de alianzas al interior del Congreso, o de favorecer la generación de otras a partir de puntos neurálgicos de la legislación que es enviada para su observación.

3.2. Los supuestos y efectos de la reconsideración

La Constitución indica que si el Presidente de la República tiene observaciones que plantear respecto de una ley aprobada, debe devolverla al Congreso para su reconsideración. Esto es, el Congreso debe proceder a evaluar las observaciones y definir si accede o no a las observaciones allanándose, o si por el contrario, insiste en ellas. Estas son las opciones centrales en el procedimiento de reconsideración.

La práctica regular para definir la mayoría necesaria para aprobar una reconsideración se ha basado en una racionalidad que tiene que hacer con la naturaleza del posicionamiento político del Presidente de la República y del Congreso. La dinámica de la observación, como parte del proceso de integración de la ley, supone el reenvío al Congreso para que este delibere

nuevamente la ley aprobada. La reconsideración es esa categoría procesal que caracteriza la segunda deliberación por el Congreso.

Siendo la reconsideración un proceso distinto al de la aprobación de la ley, los resultados a los que llega el Congreso tampoco son los mismos. De ahí que sean los casos en los que el resultado de la reconsideración es una insistencia, como caso de mayor conflicto en la controversia legislativa, cuando se haya exigido más de la mayoría absoluta de votos que prescribe la Constitución.

Cuando la Constitución se refiere a la reconsideración de la ley, no define el tipo de resultado respecto del cual debe pronunciarse el Congreso, sino únicamente el proceso de revisión que se inicia una vez que el Presidente de la República sienta su posición legislativa, opuesta a la que le comunica el Congreso. El proceso de reconsideración es una suerte de recurso o remedio legislativo cuya titularidad es exclusiva del Presidente de la República. La Constitución le otorga la facultad de devolver la ley aprobada por los representantes de la República para que vuelvan a examinar y deliberar sobre la materia legislada. La finalidad del proceso de reconsideración es básicamente que el Congreso preste una nueva consideración a la ley. Parte de esa nueva consideración es orientada según los motivos y argumentos que el Presidente de la República refiere y recoge en las observaciones que le remite al Congreso.

Si la finalidad del proceso de reconsideración de la leyes conseguir su deliberación y evaluación en una nueva oportunidad, parece natural esperar que la materia de dicha deliberación y evaluación quede definida con claridad. Si el Presidente de la República discrepa de la ley, se presume que la discrepancia es total o parcial. Si lo es total (cosa que no ha ocurrido en la experiencia peruana) basta que indique su negación a sancionar la ley. Si lo es parcial, sin embargo, es decisivo que los puntos de discordia queden identificados, de modo que la base del proceso de reconsideración sea clara.

El señalamiento de los motivos y argumentos de las observaciones del Poder Ejecutivo tiene por lo tanto una doble razón. Primero, porque puntualiza las materias o aspectos sobre los que pide la reconsideración, según se deduce del carácter parcial de las observaciones en la práctica nacional. Es parte del concepto de observación parcial que se señale qué de la ley aprobada es controvertido por el Presidente de la República. Adicionalmente al señalamiento del objeto de la oposición a la sanción presidencial, es importante que se apunte cómo es que se estima que debiera quedar redactada la ley para contar con la sanción. Esta modalidad no se viene siguiendo como práctica en el Poder Ejecutivo, y ello ocasiona que quede abierto un marco discrecional en el que el árbitro de cuando se cumple o no con levantar una observación es el propio Congreso. Segundo, porque fija la base de las relaciones que darán su naturaleza a la reconsideración de la ley. Esto último quiere decir que, al establecer materias y aspectos de discusión y controversia entre los dos órganos del Estado, la precisión puntual de las observaciones definirá a la vez el ámbito dentro del cual el Congreso tiene que mantenerse para que el proceso no se desnaturalice.

Al fijar las bases de la discordia se señala también cuáles son los límites del proceso de reconsideración. No es parte del proceso de reconsideración, en consecuencia, la deliberación o consideración de materias o aspectos sobre los que el Presidente de la República no ha planteado ni expresado su voluntad de revisión. En consecuencia, si el Congreso se pronunciara sobre materias o aspectos no controvertidos por el Poder Ejecutivo transgrede los límites del proceso de reconsideración y se encuentra antes bases y supuestos procesalmente distintos en naturaleza.

En armonía con el desarrollo de la línea de pensamiento anterior, y aun cuando la práctica parlamentaria es relativamente regular a lo largo de los años, ni la Constitución ni el Reglamento del Congreso contienen una norma que prevea el procedimiento a seguir en los casos en que, como consecuencia del inicio de un proceso de reconsideración de una ley, el Congreso delibera sobre las observaciones que presenta el Presidente de la República o, también, sobre otras materias o aspectos de la ley no relevados en las observaciones. Como se señaló anteriormente, la reconsideración del Congreso puede llevar, en principio, a dos situaciones básicas. La primera es la insistencia; la segunda, el allanamiento, frente a las observaciones. Y una tercera podría ser que simultánea o independientemente con la insistencia o el allanamiento, el Congreso plantee temas, materia, asuntos o aspectos distintos no incluidos en el planteamiento del Presidente de la República cuando observa la ley.

Cabe materialmente, pues, que el Congreso modifique el texto de la ley originalmente aprobada, teniendo en consideración aspectos adicionales a los controvertidos por el Presidente de la República que le resultaran relevantes. Debe distinguirse el procedimiento de los resultados. Los resultados pueden dar lugar a la conclusión del procedimiento, o pueden iniciarse nuevamente si el Presidente de la República vuelve a observar la ley modificada dentro de un proceso de reconsideración anterior. El Congreso no está constreñido normativamente a excluir del conocimiento que tiene sobre una ley observada ni impedido de introducir en ella cualquier modificación, a pesar de haber quedado previamente resuelto el asunto y no obstante el Presidente de la República no hubiera requerido ni solicitado tales modificaciones. El Congreso, pues, no queda encauzado por el pedido del Presidente de la República y está en plena capacidad de actuar movido por su propio impulso o iniciativa.

Cabe este tercer resultado aleatorio en el proceso de reconsideración, no obstante no encontrarse dentro de la naturaleza ni de la lógica de la observación. Ahora bien, si el Congreso optara por deliberar o modificar temas o materias distintos a los que señaló el Presidente de la República, carece de la libertad y de la facultad para disponer de su potestad legislativa de espaldas a la potestad de observación del Presidente de la República. Esto significa que si en ejercicio pleno e incontestable de su potestad legislativa, ocurriera que la ley observada es modificada en un sentido ajeno al que fijan las observaciones, el Congreso está funcional y constitucionalmente obligado a volver a derivar la ley al Presidente de la República para que conozca y se pronuncie sobre la ley modificada.

La pregunta que fluye naturalmente en este ámbito es, por lo tanto, ¿cuándo se considera que el Congreso ha incurrido en una modificación que va más allá de la base establecida por la observación del Presidente de la República? Una modificación, en efecto, puede ocurrir cuando el Congreso precisa cambiar el texto de la ley aprobada para allanarse con una observación. Pero si la modificación no se produce en el sentido que exige el allanamiento de la observación, se produce una condición que exigiría la conceptualización y trámite de la iniciativa como si fuera una materia legislativa nueva respecto de la cual el Poder Ejecutivo está facultado a ejercitar la atribución de observada. Estamos en consecuencia ante una modificación observable cuando el cambio no se justifica en la necesidad del allanamiento. No son modificaciones observables cuando el cambio es necesario para que el allanamiento se produzca.

Si el Poder Ejecutivo expresara sus observaciones precisando el modo en el que solicita o propone que la ley quede redactada, el margen de discreción del Congreso se reduce algo. Sin embargo, un procedimiento de ese tipo no excluye alguna modificación adicional distinta a la solicitada o sugerida, pues cabe que en el proceso de revisión y nueva deliberación se encontrara que para cumplir con la solicitud o propuesta fuera necesario hacer algún otro cambio que haga precisamente factible el pedido del Presidente de la República. Y así como los cambios pueden ser estrictamente necesarios para el allanamiento con la observación presidencial, también pueden presentarse casos fronterizos, ambiguos o dudosos, en los que el criterio del Congreso sobre qué es y qué no es necesario para honrar el allanamiento no estuviera justificado en la necesidad. En este ámbito de discrecionalidad es posible afirmar que la mayor responsabilidad depende del ejercicio de la prudencia constitucional del Congreso. Para que la acción del Congreso inspire confianza constitucional debe ejercitar su potestad legislativa en el marco del más estricto respeto político por las potestades que la Constitución le reconoce al Presidente de la República. Lo contrario importaría incurrir en un acto de inconstitucionalidad impugnante ante el poder jurisdiccional del Estado.

Hasta aquí se ha revisado el proceso de reconsideración en atención al límite que este tiene frente al proceso de aprobación cuando hay una modificación que afecta la base y necesidad de la observación. Sin embargo, hay otra modalidad importante a considerar en relación con este mismo proceso. Se refiere a los tipos de resultados que no exigen el reenvío de la ley al Presidente de la República para que ejercite la potestad de observada. Son los resultados que, por su naturaleza, liberan al Congreso de la obligación funcional de reenviar la ley al Poder Ejecutivo.

a) La insistencia y el allanamiento

La insistencia y el allanamiento son resultados o de un acto de enfrentamiento o de docilidad legislativa frente al Poder Ejecutivo. La insistencia se produce cuando el Congreso discrepa de las observaciones y se mantiene en su fuero y posición. El allanamiento ocurre cuando el Congreso concede al Presidente de la República las razones que este levanta como causa para no sancionar la ley aprobada.

La insistencia y el allanamiento, a su vez, pueden ser totales o parciales. Se trata de una insistencia total cuando sin realizar cambio alguno en la ley aprobada el Congreso se reafirma en su posición legislativa. Para la insistencia se aplica la regla constitucional que establece que se necesita el voto de más de la mitad del número legal de congresistas. Se trata de allanamiento total cuando el Congreso acata la integridad de observaciones del Presidente de la República. En los casos de allanamiento la práctica parlamentaria ha interpretado de manera regular que la cantidad de votos exigidos para aprobarla no es la mayoría absoluta que la Constitución exige, sino la mayoría simple o la que la naturaleza del tema exija.

Este último aspecto es importante, en particular, en vista de esas observaciones del Poder Ejecutivo relativas al procedimiento de votación empleado para aprobar la ley. Cabe, por ejemplo, que el Poder Ejecutivo haya objetado la ley aprobada en razón de que, por el carácter orgánico de una norma, no se hubiera cumplido con el procedimiento de doble votación o de la mayoría constitucional para aprobarlas. Si el Congreso opta por allanarse es parte de este temperamento que corrija el procedimiento de votación empleado y, en consecuencia, que la votación por el allanamiento cumpla con reparar la falta detectada por el Poder Ejecutivo y se someta la ley a una doble votación (o a su dispensa expresa por la Junta de Portavoces, según 10 prevé el Reglamento del Congreso) o a la votación por mayoría calificada.

Por otro lado, se trata de insistencia parcial cuando el Congreso mantiene su posición solo respecto de algunos de los asuntos o aspectos que motivan la observación del Poder Ejecutivo. Ahora bien, si la insistencia es parcial, ello significa que hay una sección de la ley que no es insistida. Saber cuál es la naturaleza de esa otra sección de la ley que no es insistida es importante para efectos de determinar cómo debe votarse y tramitarse la ley. Si la parte no insistida es un allanamiento, la votación que debe observarse sigue, en principio, los límites indicados en el párrafo anterior para una insistencia total. La naturaleza de la insistencia prima sobre la del allanamiento.

En los casos de insistencia parcial cabe pues, adicionalmente, una tercera situación, que se refiere a las adiciones, supresiones o modificaciones que, por no haber sido incluidas ni previstas en el texto original, no han sido conocidas previamente por el Presidente de la República. Esta última situación importa un supuesto diferente al del trámite de las observaciones, toda vez que, dentro de un proceso de reconsideración cuyo fin específico es o la insistencia o el allanamiento, la acción del Congreso vira y trata la ley aprobada como si se tratara de una iniciativa nueva. Por lo tanto, el texto nuevo reconfigura el proceso, alterando la base de la relación legislativa entre el Congreso y el Presidente de la República: la ley ya no es la misma. Es una nueva ley.

De ahí que, si además de insistir el Congreso se allanara en relación con la calificación del tipo de ley y de votación que hiciera el Presidente de la República, es necesario examinar cuidadosamente cómo se vota la ley y respecto de qué sección de ella es indispensable observar un procedimiento de votación diferente al que se emplea para una simple insistencia. En la

insistencia es irrelevante si se trata de una ley orgánica, una ley de desarrollo constitucional, o una ley ordinaria. Se requiere más de la mitad del número legal. Pero si el caso es uno en el que hay allanamiento, es necesario cumplir con la exigencia reglamentaria del procedimiento de doble votación para las leyes orgánicas, las leyes de desarrollo constitucional o la modificación de leyes referidas al régimen económico.

Cabe, en efecto, que una ley contenga algunos artículos observados que, según el criterio que maneje el Presidente de la República, tengan naturaleza de ley orgánica, o modifiquen leyes relativas al régimen económico. Si el allanamiento se produjera en este extremo, no obstante alcanzar mayoría absoluta para insistir, sería indispensable cumplir con el requisito de doble votación. ¿Debiera, en ese caso, votarse dos veces la insistencia en relación con el extremo que demanda doble votación? La respuesta depende de si la Junta de Portavoces autoriza la dispensa de la segunda votación. Si no la autoriza o no alcanza la cantidad de votos necesarios para dispensarla, se requiere votar el asunto una segunda vez. ¿Qué mayoría se debe alcanzar para que quede aprobada la segunda votación? Si lo que está en cuestión no es la insistencia sino un asunto diverso (en el cual hay voluntad de allanamiento), se aplica la regla que rige la materia legislada y no la regla sobre la insistencia.

De otra parte, si la parte no insistida no es un allanamiento sino una modificación, el criterio central para definir cómo se tramita y vota la leyes que todo cambio en una ley observada que no sea racional y estrictamente necesario para adecuarse a las observaciones del Presidente de la República, debe ponerse a disposición del Jefe de Estado para que decida sobre su sanción o no. Ello significa que si una ley observada es insistida parcialmente y se crean disposiciones distintas a las que se envió originalmente al Poder Ejecutivo, no basta con votar la ley según la fórmula para aprobar las insistencias. Esa votación no libera ni condona la obligación del Congreso de reenviar la ley para sanción por el Presidente de la República.

El Congreso no puede lesionar la posición presidencial menoscabándole la facultad de conocer qué ley aprueba la representación de la colectividad. Si además de insistir parcialmente el Congreso crea disposiciones no conocidas previamente por el Poder Ejecutivo, debe cumplir con votar la materia según las reglas propias de ella.

Esto significa que, a pesar que el Congreso insista sobre aspectos de la ley observada, no es exigible la votación que prevé la Constitución si la leyes reenviada al Presidente de la República para que decida si vuelve o no a usar su facultad de observar.

El criterio de realidad lleva a presumir que si el Congreso insiste en cuestiones: observadas y crea disposiciones nuevas, reenviando la ley al Poder Ejecutivo, es muy probable que esa ley sufra nuevamente las observaciones previamente formuladas I sobre la parte en la que insiste y no cambia. La excepción consistiría en que la parte nueva de la ley surta los efectos correctivos

deseados en última instancia con la observación (cosa posible, aunque difícil que ocurra)

Finalmente, se trata de allanamiento parcial cuando además de acoger las observaciones presidenciales, existen asuntos en los que el Congreso insiste o modifica la ley original. Pero siendo esta la opción más débil entre todos los resultados posibles en que puede concluir el procedimiento de reconsideración, la suerte del allanamiento parcial es siempre supletoria o subsidiaria. La decisión de allanarse parcialmente deja siempre abierta la interrogante de si en la parte de la ley en la que no hay allanamiento se dan los supuestos de una insistencia, o de una creación legislativa. Cualquiera de estos dos casos definiría la suerte del procedimiento de votación que deba seguir la ley. Con la atingencia previamente mencionada, sin embargo, en relación con observaciones respecto a un posible error en el procedimiento parlamentario de la ley observada.

b) Promulgación de las insistencias y las modificaciones de ley aprobada

En cuanto al titular de la promulgación, el criterio para resolver quién promulga tiene que ver con el contenido del acuerdo. Si el Congreso acordó insistir totalmente en la ley, y por lo tanto la mayoría exigida es de la mitad más uno del número legal, entonces quien promulga es el Presidente del Congreso y no el Presidente de la República. Para los casos en los que el Congreso se allana totalmente, igualmente quien promulga es el propio Presidente del Congreso, pues no cabe ya más remitir la ley al Presidente de la República (considerando que ya opinó y la observó, y que el Congreso hace suyas las observaciones, la promulgación por el Presidente del Congreso en este caso deviene en un acto eminentemente ceremonial mediante el que la sanción no amerita revisión por el Poder Ejecutivo).

En cuanto a los casos de insistencia o allanamiento parcial, que no importan alteración del texto originalmente aprobado por el Congreso y observado por el Presidente de la República, la promulgación del texto la realiza el Presidente del Congreso. Finalmente, en los supuestos en los que además de aprobarse insistir sobre parte del texto, y/o de allanarse sobre parte del mismo, el Congreso introduce modificaciones, adiciones, o realiza supresiones o alteraciones de contenido o de forma, el texto es tramitado ante el Poder Ejecutivo como si se tratara de una nueva ley, para efectos de que el Presidente de la República ejercite su atribución de observarla, o de promulgarla.

c) La promulgación parcial de leyes observadas o reconsideradas

Habida cuenta que el Poder Ejecutivo puede observar parcialmente una ley, surge la duda de si al observar parcialmente la ley puede promulgar la parte no observada.

Para definir si es o no una práctica constitucionalmente correcta la promulgación parcial de una ley observada parcialmente, es decisivo tener en consideración la vocación de unidad que tienen las leyes. En principio, la ley no

debiera ser promulgada parcialmente, cuando se devuelve al Congreso para una segunda deliberación y reconsideración. La Constitución, además, no faculta de modo expreso la promulgación parcial de la ley, no señala criterios para proceder de esta manera ni precisa supuestos específicos en los que cupiera tal caso.

No existiendo norma, en consecuencia, debe atenderse al principio constitucional sobre la vocación unitaria de la ley. Sin embargo, como puede ocurrir que algunas disposiciones de una misma ley sean separables, o que por la inminencia del cumplimiento de un plazo sea absolutamente necesario que algunas normas centrales de una ley sean sancionadas y entren en vigencia, es posible atender a dicho tipo de circunstancias excepcionales. La cuestión será determinar si el Presidente de la República puede proceder por sí mismo a calificar la excepcionalidad de la circunstancia y a convertirse en el árbitro que decide cómo resolver la emergencia y excepción. El Presidente de la República no puede prescindir de la voluntad legislativa del Congreso al momento de sancionar una ley, salvo que no la observara. Pero si la observa, el acto y decisión de observar inicia la competencia expectativa del Congreso sobre la ley aprobada. Al encontrarse en el dilema de si promulga parcialmente o no observa y promulga toda la ley, el Presidente de la República asume una posición ante una circunstancia excepcional, pero en cualquier caso la promulgación parcial exige igualmente que dé cuenta de sus actos ante el Congreso. Y ello será tanto más sencillo de cubrir cuanto que el Presidente hubiera realizado actos de coordinación con el Congreso para hacer conocer la situación en la que se encuentra y el medio del que se valdrá para conjurar la situación.

En suma, no es recomendable la promulgación parcial de la ley y debe evitarse su práctica. Ante situaciones excepcionales de inminente o mayor peligro si dejara de promulgar parcialmente, el protocolo demanda que el Presidente consulte por lo menos con el Congreso (pudiendo hacerlo igualmente con el Tribunal Constitucional), y que luego rinda cuentas ante él. Por la promulgación parcial de una ley será exigible en su momento la responsabilidad de los ministros que hubieran refrendado el acto presidencial.

El Cuadro N° 4 esquematiza las reflexiones que se han desarrollado previamente, precisando cada caso y el efecto que trae consigo en relación con la mayoría necesaria para aprobar y el sujeto legitimado para promulgar la ley.

CUADRO N° 4 VOTACIÓN Y PROMULGACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RECONSIDERACIÓN

EFFECTOS DEL PROCEDIMIENTO DE INSISTENCIA SOBRE MAYORÍAS y PROMULGACIÓN

CASO MAYORÍA EXIGIDA

Insistencia total Mitad más uno del número legal de Presidente del Congreso número legal. En principio puede aprobarse con la mayoría necesaria para aprobar cualquier ley ordinaria, salvo que la materia de las disposiciones requiriera una fórmula o procedimiento de votación calificado o específico.

Insistencia parcial (sin modificación de la ley original)

Modificación de la ley aprobada originalmente nuevas observaciones.

PROMULGACIÓN

Allanamiento total No congresistas de Presidente del Congreso Mitad más uno del número legal de Presidente del Congreso congresistas.

Presidente de la República Se sigue la fórmula que rige la materia de la ley que aprueba el Congreso, y sobre el texto caben

d) La inacción legislativa

Otro efecto posible derivado del proceso de reconsideración que se inicia como consecuencia de las observaciones del Presidente de la República, es que el Congreso no concluya con el proceso de reconsideración y mantenga las observaciones sin resolución.

Este efecto es diferente al que se produce cuando, como consecuencia de una observación total (de comparativamente escasa ocurrencia en la práctica), el Congreso asume la posición del Poder Ejecutivo y cancela la ley aprobada derivándola al archivo. En estos casos la ley, no obstante haber existido formal y materialmente, no llega a integrarse al ordenamiento jurídico y se cancelan los efectos potenciales que estuvo llamada a cumplir.

La inacción legislativa respecto de una ley observada es un caso distinto. Denota cierto nivel de dejadez, negligencia o indiferencia respecto de la obligación funcional del Pleno Congreso de pronunciarse sobre un asunto que en su momento fue considerado digno de contar con la aprobación de la representación de la República.

Ello ocurre básicamente como consecuencia del insuficiente control sobre la agenda pendiente. Las leyes observadas son un tema que reclama la resolución del Congreso.

La ley no es devuelta al Congreso para que éste la deje en el limbo del desinterés o del olvido, sino para que concluya con expresar su voluntad respecto de una materia en un momento considerada necesaria de recibir tratamiento legislativo. Por lo tanto, el conocer los casos en los que hay inacción legislativa permite detectar qué materias tuvieron relevancia legislativa no manifiesta sino aparente para los representantes al Congreso.

4. La práctica de la observación y reconsideración de las leyes (1993-2006)

De manera que pueda contarse con un mejor conocimiento y comprensión sobre esta institución del Derecho Constitucional, resulta apropiado complementar los argumentos expuestos con referencias empíricas sobre el comportamiento de los actores en esta parte del proceso legislativo.

Los datos que se presentan son resultado de la investigación preliminar que realizó la Unidad de Análisis de la Dirección de Comisiones y Documentación del Congreso, sobre el período comprendido entre el 28 de julio de 1993, y el 9 de marzo del 2005. La información procesada representa aproximadamente el 85% del total de casos existentes. En consecuencia, los alcances de los comentarios, interpretaciones y conclusiones están igualmente afectados por el restante 15% de información faltante, la misma que está referida a expedientes tramitados durante el período 2001-2006. El principal valor de los datos que se presentan es el percibir las tendencias en el uso efectivo de la observación y de la reconsideración. No debe asumirse que los datos son absolutos o que reflejan una realidad inconcusa ni incontrovertible. Todo lo contrario. Son hechos y datos expuestos a la crítica y a interpretación que se presentan como un aporte para un conocimiento más pormenorizado de la experiencia de la

observación y de la reconsideración de las leyes por ambos órganos del Estado.

4.1. La proporción de leyes observadas

A partir de la posición que tienen Congreso y Presidente de la República en el marco de confrontación de sus relaciones legislativas, resulta ilustrativo conocer cómo se han comportado uno y otro, desde que fue aprobada la Constitución de 1993.

En el Cuadro N° 5 se percibe el porcentaje de leyes publicadas que han sido materia de observación por el Presidente de la República, en cada período constitucional. Las leyes publicadas se miden desde el 1 de enero de 1993, que es cuando entra en funciones el Congreso Constituyente Democrático, hasta el 9 de marzo del 2005, que es cuando se concluyó el proceso de acopio de información para la elaboración de los cuadros que se incluyen en estos comentarios.

CUADRO N° 5 TENDENCIA PORCENTUAL DE LAS OBSERVACIONES

PROPORCIÓN DE LEYES OBSERVADAS PERÍODO 1993-2006 (MARZO 2005)			
PERÍODO	LEYES PUBLICADAS	LEYES OBSERVADAS	% LEYES OBSERVADAS
1993-1995	347	45	13%
1995-2000	821	86	10,5%
2000-2001	172	4	2,3%
2001-2006	962	181	18,8%
TOTAL	2302	316	13,7%

Fuente: Departamento de Archivo de la Dirección de Comisiones y Documentación; y Área de Trámite Documentario de la Dirección de Procedimientos Parlamentarios del Congreso.

Elaboración: Unidad de Análisis de la Dirección de Comisiones y Documentación del Congreso

Se advierte que el porcentaje más alto de leyes observadas se registra en el período 2001-2006, seguido del período 1993-1995. El primero es un periodo en el que las mayorías del Poder Ejecutivo y del Congreso no son coincidentes. El segundo, contrariamente al primero, contaba con un Presidente de la República al que le resultaba favorable la mayoría en el Congreso. Dos hipótesis opuestas, diferenciadas por cinco puntos porcentuales.

Para evaluar el tipo de relación entre ambos poderes del Estado en el ejercicio de la función legislativa, debe atenderse a dos factores más, que están expresados en el promedio porcentual de observaciones para el íntegro del periodo 1993-2006 analizado (esto es, hasta marzo del 2005), y en el total de leyes y de leyes observadas. En tanto que el período 1993-1995 se encuentra debajo de los 13,7%, que es la media para todo el período, el periodo 2001-2006 registra más de cinco puntos porcentuales que la media. De otra parte, es importante tener en consideración que en el periodo 2001-2006, a los 44 meses de un régimen de 60 meses ya se había aprobado y publicado 141 leyes más que en el íntegro del período 1995-2000.

Existen elementos de juicio para sostener que durante períodos de mayorías disímiles en ambos órganos del Estado hay una mayor tendencia a la frecuencia de uso en el ejercicio de la potestad observadora del Presidente de la República. El Presidente de la República es más activo en sus observaciones cuando el Congreso no es de la misma agrupación política a la que él pertenece. El caso del régimen 2001-2006 es una muestra maciza del uso de la observación presidencial contra un Congreso esencialmente adverso. No puede pasar desapercibido que el Presidente de la República observa solo poco menos que el 20%, esto es, que un quinto del total de leyes que son publicadas y rigen en el Perú. Siendo 962 una cantidad nada insignificante de leyes para 44 meses de un régimen (es decir, casi 22 leyes por mes, y más de una ley diaria teniendo en consideración los días hábiles del mes), tampoco es insignificante la cantidad de leyes observadas (4 leyes por mes, o una ley observada por semana).

Recíprocamente cabe sostener la proposición inversa respecto del Presidente de la República en períodos en los que el Congreso sí es de su misma agrupación política. El Presidente de la República observa menos leyes cuando el Congreso cuenta con una mayoría parlamentaria similar o afín a la de la agrupación política a la que aquél pertenece. Así lo muestra el hecho de que el porcentaje de observaciones entre 1993 y el año 2000 oscile entre el 10,5% y el 13%, por lo menos 5 puntos porcentuales menos que cuando la correlación política en ambos órganos del Estado es adversa.

4.2. Frecuencia periódica de observaciones

Según se constata en el Cuadro N° 6, el número mayor de observaciones se ha producido durante el período 2001-2006. Este hecho cabe contrastarlo con el que refiere Enrique Bernaldes en su La Constitución de 1993. Análisis comparado, del año 1996, donde señala que en tanto durante el período 1980-1985, del presidente Belaunde, este observó solo 38 autógrafas, y durante el período 1985-1990, del presidente García, este observó 60 autógrafas, en los 21 meses que dura el período 1990-1992, del presidente Fujimori, este observa 35 autógrafas. Estos datos indican que el Presidente Belaunde observó un promedio inferior a una autógrafa por mes; el Presidente García, una por mes; el Presidente Fujimori observó más mientras contó con un Congreso adverso (1,7 leyes por mes) que cuando contó con un Congreso favorable (alrededor de 1,5 leyes mensuales); y el Presidente Toledo, sin embargo, es el Presidente que mayor cantidad de observaciones realiza, con un promedio de más de 4 leyes por mes.

CUADRO N° 6 TENDENCIA EN EL USO DE LAS OBSERVACIONES PRESIDENCIALES

FRECUCENCIA DE OBSERVACIONES PRESIDENCIALES PERÍODO 1980-2006 (MARZO 2005)		PERÍODO TOTAL DE OBSERVACIONES		PROMEDIO MENSUAL	
1980-1985	38	0,6	1985-1990	60	1,0
1990-1992	35	1,7	1993-1995	45	1,5
1995-2000	86	14	2000-2001	4	05
2001-2006	181	4,1	TOTAL	449	1,6

Fuente: Departamento de Archivo de la Dirección de Comisiones y Documentación; y Área de Trámite Documentario de la Dirección de Procedimientos Parlamentarios del Congreso; y Unidad de Análisis de la Dirección de Comisiones y Documentación del Congreso

En concordancia con la proposición sugerida en el acápite precedente, la revisión de un período mayor muestra una tendencia en el mismo sentido. Cuando el régimen es uno en el que el Presidente de la República tiene mayoría absoluta de su agrupación política en el Congreso la tendencia es hacia el menor número de observaciones. Inversamente, también cabe hacer la misma aseveración, puesto que cuando el Presidente de la República no tiene mayoría de su misma agrupación en el Congreso la tendencia expresada en la práctica indica que la cantidad de observaciones aumenta. El cuadro N° 5 demuestra precisamente que en los períodos de 1990-1992, y 2001-2006, cuando el Presidente de la República no tuvo mayoría de su propia agrupación, observó las leyes en un promedio mensual superior al promedio de todo el período (1980-2006), con una incidencia muchísimo más elevada durante el período 2001-2006.

Las cifras recogidas en el Cuadro N° 6 permiten proponer que en los períodos en los que no coinciden las mayorías en el Poder Ejecutivo y el Congreso, es posible que el menor número de representantes de la agrupación a la que pertenece el Presidente de la República sea el factor que explique el menor uso relativo de la observación. Esto es, inversamente, si la mayoría a la que pertenece el Presidente de la República está más próxima a alcanzar la mayoría absoluta o a generar alianzas transitorias que permitan aproximarse o a alcanzarla, es más factible que el Presidente de la República observe las leyes. La causa probable que pudiera justificar estos supuestos es que la mayor fortaleza relativa del Presidente de la República le ofrece un mejor posicionamiento en el escenario legislativo, que cuando tiene una posición precaria (como la que tuvo en el período 1990-1992).

4.3. Resultados del proceso de reconsideración

Otro aspecto que es apropiado conocer en las relaciones legislativas entre Presidente de la República y Congreso, a propósito del procedimiento de observación y reconsideración de las leyes, es el tipo de resultado de la reconsideración.

Si al analizar el porcentaje o promedio de observaciones sobre las leyes publicadas se perciben rasgos relativos al poder y posicionamiento del Presidente de la República respecto del Congreso, en el examen de los resultados del uso efectivo de la reconsideración es posible advertir cómo reacciona el Congreso en relación con las observaciones presidenciales, esto es, contra el uso de su capacidad de veto relativo.

El Cuadro N° 7 muestra los casos en los que luego de su evaluación el Congreso insiste, se allana aceptando las observaciones, aprueba un proyecto distinto al observado (el que puede o no contener aspectos en los que insiste o

en los que se allana), o se allana a un veto absoluto del Presidente de la República remitiendo la ley al archivo.

Una primera advertencia de carácter metodológico es que no coincide el total de este cuadro con los totales de los otros dos cuadros precedentes. Esta diferencia obedece a que en el Cuadro N° 7 se consignan leyes que como resultado del proceso de reconsideración son reenviadas al Presidente de la República más de una vez, cuando concluyen en un nuevo proyecto. Es decir que, si dentro del total de leyes aprobadas que son 181 durante el período revisado hay 94 que terminan con la aprobación de un texto sustitutorio (más allá de que se constatará la existencia de casos en los que un texto con disposiciones nuevas 'y diversas a las contenidas en el proyecto aprobado originalmente), es posible que dentro de las 94 existan algunas que incluyan aspectos o temas respecto de los cuales el pronunciamiento ha sido por la insistencia o por el allanamiento.

Como se ha explicado previamente, si hay texto sustitutorio de la ley aprobada, el trámite obliga a volver a enviar al Presidente de la República para que este no sea privado de la facultad constitucional de observar la ley. Solo cuando se trata de una insistencia total pura, o de una insistencia parcial con allanamiento parcial, o de un allanamiento total puro es que corresponde que sea el Presidente del Congreso quien sancione y promulgue la ley. Porque es posible que el Presidente de la República haya conocido una ley más de una vez es también posible que haya observado las leyes una segunda, una tercera y hasta una cuarta vez. Es esta alternativa la que explica que el total no sea de 181, sino de 194 el número de casos en los que cabe examinar el universo de resultados.

Ahora bien, como resultará obvio, en el total de 194 resultados, se incluyen 6 casos en los cuales la ley aprobada terminó siendo archivada como consecuencia de una decisión del Pleno o de las Comisiones a que se derivó en el proceso de reconsideración. El archivo, a estos efectos, importa una acción positiva del Congreso que consiste en el acatamiento de la voluntad del Poder Ejecutivo de que una ley determinada no debe integrarse en el ordenamiento jurídico, no obstante haber sido previamente aprobada por el Congreso. Es un caso en el que el procedimiento de reconsideración concluye deliberadamente en la interrupción y archivamiento definitivo de una ley (diferente a los casos de inacción pura, en los que hay omisión legislativa en las Comisiones o en el Pleno).

Otra atingencia metodológica que es necesario subrayar es que, excluidos los 6 casos de archivo, todos los otros concluyeron en ley. Se trataría, por lo tanto, de 188 leyes que habiendo sido observadas recibieron reconsideración, como resultado de lo cual hubo acción legislativa que concluyó en una ley.

El Cuadro N° 7 muestra que en todo el período los casos en los que el Congreso concluye en un nuevo texto sustitutorio es poco inferior a la mitad. Esto es, hay un 48,5% de casos en los que las leyes observadas retornan al Presidente de la República para su examen y segunda o más observaciones.

La diferencia, esto es, el otro 51,5% concluye o en insistencia o en allanamiento total o parcial de la ley, sin nuevo texto sustitutorio, o en el envío al archivo como consecuencia del veto presidencial consentido por el Congreso.

Del total de leyes aprobadas que son observadas, dentro de las cuales se incluyen las 6 leyes que derivaron al archivo, casi el 31 % son objeto de insistencia. En buena cuenta, este porcentaje importa el núcleo de enfrentamiento entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, por tratarse de asuntos en los que no hay acuerdo sino discrepancia frontal. En consecuencia, dentro de la legislación vigente en el período 1993-2006 examinado, existen un 31 % de leyes que no cuentan con la adhesión del Gobierno y que, no obstante, deben ser cumplidas según lo prescribe la Constitución. Se trataría de leyes que tienen tal condición por deseo y voluntad legislativa exclusivos del Congreso. Una solución legislativa de este tipo indica que, en efecto, es parte del modelo de relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso que cuando hay situaciones de igualdad de poderes o fuerzas, es posible que el enfrentamiento se resuelva con la primacía de uno de los dos poderes sobre el otro. El porcentaje de leyes en las que el Congreso se impone legislativamente sobre el Presidente de la República deja ver que la agencia del Congreso es efectivamente una fuerza política y no un apéndice ni muñón dependiente del Poder Ejecutivo. El régimen constitucional prevé la superación a través de una relación asimétrica entre ambos y, por lo tanto, la jerarquía funcional entre ellos en materia legislativa.

Pero entre los datos más significativos probablemente el más importante sea el que aparece en la comparación entre períodos constitucionales. Si el 31 % del total de leyes observadas han sido sancionadas en razón de la insistencia del Congreso, es notable la cantidad de insistencias aprobadas durante el período 2001-2006. En efecto, más del 83% de este 31% (50 leyes) han sido insistencias registradas en este último período. Este dato permite advertir, una vez más, cómo en un período en el que las mayorías del Poder Ejecutivo y del Congreso divergen, parece conducir a la afirmación de voluntades legislativas dispares y no consistenciarlas entre ambos.

Se había anotado que en un 48,5% de casos las observaciones concluían en la presentación de un nuevo proyecto, el mismo que es nuevamente remitido al Presidente de la República. Este es el grupo de alternativas más frecuente. Que lo sea es una muestra de la faceta y virtudes conciliadoras potencialmente inherentes al proceso de reconsideración. El llegar a nuevos textos sustitutorios parece ser signo de una voluntad de entendimiento en vez de enfrentamiento. Y es especialmente significativo que en los períodos en los que las mayorías del Poder Ejecutivo y del Congreso son coincidentes, hay mayor tendencia a la formulación de nuevos proyectos que vuelven a ser remitidos al Presidente de la República para observación.

Ello se deriva de la constatación de que más del 68% de las leyes observadas hayan concluido en nuevos proyectos en el período 1993-2000, en vez de optar por la insistencia o allanamiento, en tanto que es solo el 32% de las

observaciones que concluyen en un nuevo proyecto las que son remitidas al Poder Ejecutivo durante el período 2001-2006.

4.4. Promulgación de las leyes observadas

Otro indicador que permite configurar los rasgos positivos del Congreso de cara al uso de la atribución de hacer observaciones del Presidente de la República, es el número de leyes sancionadas luego del proceso de reconsideración en el Congreso, que concluyen en la promulgación de las leyes por el Presidente del Congreso. La promulgación de una ley indica quién toma la última decisión. Sin embargo, esta última afirmación tiene matices importantes que es necesario tener presentes.

El primer matiz es que puede haber casos en los que la promulgación la realiza el Presidente del Congreso, debido a que el Presidente de la República opta por no observar ni promulgar, en cuyo caso se entiende que la ley queda sancionada según el texto que el Congreso envió al Presidente de la República. El otro caso en el que promulga el Presidente del Congreso, caso en el cual dicha promulgación no importa la primacía del Congreso, es cuando se trata de una ley en la que el Congreso se allana a las observaciones presidenciales.

El Cuadro N° 8 muestra que el Presidente del Congreso promulga casi el 52% de leyes observadas, frente a casi 49,5% de promulgaciones realizadas por el Presidente de la República. No hay mucho margen de diferencia. Y este margen escaso revela que la última palabra legislativa pareciera ser la del Congreso para el período 1993-2006.

Sin embargo, debe repararse que del 100% de reconsideraciones, a partir de las cuales se realizan las observaciones, existe un total de 17,5% que concluyen en el allanamiento. Este total de 17,5% resulta del cálculo de allanamientos para el íntegro del período 1993-2006 examinado (esto es, hasta el 9 de marzo del 2005). Sin embargo, debe tenerse presente tres datos para interpretar correctamente el significado de esa aparente primacía del Congreso en el trámite de las reconsideraciones de leyes observadas. Primero, que la mayor parte de ese casi 52% de promulgaciones por el Presidente del Congreso (que asciende hasta el 89,5%) está integrado por las realizadas durante el período 2001-2006. En segundo lugar, que el 100% de los allanamientos se realiza precisamente durante el mismo período 2001-2006. Y en tercer lugar, que ese mismo 100% de allanamientos para el período 1993-2006 que tiene lugar en el período 2001-2006, representa el 30% del total de las reconsideraciones efectuadas durante el mismo período 2001-2006.

Vista la situación a la luz de las aclaraciones anteriores, es posible advertir que el panorama general expresa que no existe una tendencia institucional uniforme. Si bien es posible encontrar una tendencia aparente que lleva a pensar que las promulgaciones se dan equitativamente entre Presidente de la República y Presidente del Congreso durante todo el periodo examinado, al

discriminar y descomponer el total entre cada uno de los periodos constitucionales se perciben diferencias en el uso de esta atribución.

La primera diferencia es que el porcentaje principal de observaciones y promulgaciones de leyes reconsideradas se da en el periodo 2001-2006, dato con el que ya se contaba pero que se reitera en el cuadro comentado. La segunda diferencia es que hay dos grandes bloques de tendencias, donde el primero se advierte en el periodo 1993-2000, Y el segundo en el periodo 2001-2006. En el primer bloque muestra una tendencia abrumadora hacia la promulgación de las leyes por el Presidente de la República (15 de las 17 leyes del periodo 1993-1995, que representa el 88%; y 49% de leyes de 57, en el periodo 1995-2000, que representa el 86%). En el segundo bloque se da la situación inversa, mostrando claramente que es el Presidente del Congreso el que más leyes reconsideradas promulga (85 leyes de 114, que representa el 75% del total de promulgaciones del periodo 2001-2005).

De los datos consignados se deduce que es menor el número de promulgaciones que realiza el Presidente del Congreso, en los periodos en los que el Congreso cuenta con una mayoría semejante a la de la agrupación política a la que pertenece el Presidente de la República. De igual manera, se deduce también la proposición inversa. En efecto, se percibe la tendencia a que es mayor el número de promulgaciones a cargo del Presidente del Congreso, en los periodos en los que el Presidente de la República no cuenta con una mayoría o alianza favorable en el Congreso.

4.5. Tipología de las observaciones

Si bien las razones por las que una ley aprobada por el Congreso son múltiples, es posible agruparlas según tipos más o menos generales. Una primera gran clasificación tiene en consideración si el criterio básico de la observación es de carácter político o normativo. Otra sería la discriminación de los diversos tipos de observaciones por razones normativas. Si bien es cierto que dentro del tipo de observaciones políticas cabe agrupar una amplia gama de razones, todas están relacionadas con aspectos de naturaleza fáctica o valorativa. No de naturaleza normativa. Siendo así que la función legislativa del Congreso y del Presidente de la República afirma el tipo de Estado que rige en nuestra sociedad, y que aquél es constitucionalmente definido como un Estado Constitucional de Derecho, es particularmente útil contrastar el tipo o modalidad de oposición formulada contra las decisiones legislativas del Congreso por el Presidente de la República, a través de las observaciones de carácter normativo.

El objeto de medición ha consistido en el sentido de las observaciones, no en el número de argumentos contra cada ley observada. Por lo tanto, debe suponerse que frente a una misma ley observada existe un número determinado de argumentos o razones para no sancionada, pero el cuadro no expresa el número de leyes observadas, sino el tipo de observaciones que tiene el Presidente de la República contra cada una de las leyes que recibe para sanción. El total que figura en el cuadro, por lo tanto solo mide la cantidad

de tipos de observación en cada ley observada, en cada uno de los períodos constitucionales.

Una observación adicional a tener presente es que el universo analizado comprende casos en los que una ley aprobada por el Congreso retorna del Poder Ejecutivo más de una vez para su reconsideración. Ello resulta así porque una vez recibidas las observaciones por el Congreso, este se pronuncia dentro del proceso de reconsideración modificando la ley aprobada y observada con un texto distinto al que se le envió originalmente al Presidente de la República. Por lo tanto, el mismo expediente de la ley puede ser materia de un segundo, o un tercer envío, al Presidente de la República.

Con el propósito de entender el alcance de la evaluación realizada es necesario caracterizar los distintos tipos revisados. La definición de dichos tipos se toma de la investigación empírica llevada a cabo por la Unidad de Análisis de la Dirección de Comisiones y Documentación del Congreso. En dicha investigación se tomó en consideración la definición de los tipos ideales de observaciones según el marco de referencia que se reseña en las líneas siguientes.

a) Observaciones políticas

Se entiende por observaciones políticas aquellas que el Presidente de la República califica la materia legislativa observada como inconveniente, inoportuna, ineficiente, ineficaz, innecesaria, irrelevante, impertinente, redundante, incompleta, insuficiente, incongruente, cuando la ley aprobada es incompatible con la política nacional, o si la ley desnaturaliza el proyecto original presentado por el Poder Ejecutivo.

En la investigación de la Unidad de Análisis de la Dirección de Comisiones y Documentación del Congreso, no se encontró ninguna observación política en la que el motivo de oposición del Presidente de la República fueran consideraciones derivadas del mérito social o popular que hace suyo el Jefe de Estado, ni consideraciones derivadas de la opinión pública o los niveles de legitimidad derivados de encuestas de opinión o rating popular.

b) Observaciones constitucionales

Los criterios constitucionales usados por el Poder Ejecutivo para observar las leyes se han expresado aludiendo a la vulneración de un principio normativo o de un valor de organización constitucional; la afectación de una facultad o competencia reservada a otro órgano constitucional, ya sea positiva o negativamente; el desconocimiento de una prerrogativa de autoridad ajena al Congreso; la lesión a un derecho o bien constitucionalmente reconocido a los ciudadanos; o la lesión al principio de jerarquía normativa.

Es importante anotar que entre las observaciones constitucionales se incluyen las que el Poder Ejecutivo relaciona con la violación del artículo 108 de la Constitución, relativo a la prohibición que tienen los congresistas de iniciativa en el gasto.

Casos de este carácter son, por ejemplo, aquellos en los que se crea un organismo o un nivel organizacional determinados. Por lo tanto, cuando el Presidente de la República indica que se afecta una competencia reservada al Poder Ejecutivo, como es la iniciativa en el gasto no autorizada, se entiende que se trata de una observación de orden constitucional.

c) Observaciones legales

Los argumentos para observar autógrafas remitidas al Poder Ejecutivo por razones legales (y por lo tanto de naturaleza diferente a las específicamente constitucionales) ha sido que la ley aprobada es incongruente con el sistema, régimen o principios jurídicos propios de la institución sobre la que se legisla o modifica legislación; la omisión del requerimiento legal de solicitud de información u opinión previa conforme de un órgano estatal cuya intervención está prescrita para el tipo de norma aprobada; el desconocimiento de reserva legal establecida por el propio sistema; o la afectación de competencia reconocida sobre la materia legislada a favor de otro órgano estatal, sea ministerio, organismo autónomo o descentralizado.

d) Observaciones procedimentales

Se consideran observaciones procedimentales las que formula el Poder Ejecutivo relativas a deficiencias que él detecta en el trámite que se sigue para aprobar la ley dentro del Congreso, ya sea por falla o por defecto en el procedimiento de votación (cuando se vota como ordinaria una ley orgánica); o cuando se conceptúa o califica de manera deficiente el tipo de norma aprobada.

e) Observaciones de técnica legislativa

En este tipo de observación se incluyen las que formula el Presidente de la República en razón de la infracción de principios de organización del discurso legislativo. Para efectos de la presentación del cuadro siguiente, que toma como base la investigación de la Unidad de Análisis de la Dirección de Comisiones y Documentación del Congreso, se definieron tres áreas en las que cabe percibir errores de técnica legislativas. Dichas áreas están relacionadas con la violación de la secuencia lógica; los defectos relativos a la secuencia formal; y el uso inadecuado o erróneo de los componentes de la redacción.

Se entiende como violación de la secuencia lógica las deficiencias de articulación lógica de la ley, relativos a la inconsistencia o incoherencia con criterios tales

como general / particular; permanente / transitorio; simple / complejo, u otros similares. Los defectos en la estructuración formal de la secuencia de una ley se refieren a criterios de inclusión o de numeración (los primeros se relacionan con la ubicación de disposiciones en incisos, artículos, capítulos, etc.; y los segundos, a su secuencia enumerativa). Y en cuanto al uso erróneo de componentes de la redacción se han tenido en cuenta la estructuración y uso lexical (sentido de las palabras), sintáctico (concordancia), y estilístico

(semántica jurídica, uso verbal en tiempo presente y modo indicativo, referencias en género masculino, y número singular)

* * *

Por otro lado, una advertencia metodológica para comprender el sentido del Cuadro N° 9 es que debe tenerse presente que las cifras expresan casos de tipos de observación en un mismo expediente legislativo. No expresan número de leyes observadas ni cantidad de argumentos que motivan las observaciones. Se identifican únicamente los distintos tipos que aparecen en un mismo expediente y no el número de argumentos correspondiente a cada tipo u observación.

Es importante reparar que la referencia al uso de tipos de observación se aplica a los expedientes legislativos, y no a cada una de las leyes enviadas al Poder Ejecutivo.

Este hecho implica que el cálculo de los tipos de observaciones se hacen, en el Cuadro N° 8, respecto del total de incidencias que pudieran existir como consecuencia del vaivén entre el Congreso y el Presidente de la República respecto de una misma ley que pudiera haber sido observada, reconsiderada con modificaciones, y vuelta a enviar al Poder Ejecutivo. Y ello es posible que tenga lugar más de una vez. Por lo tanto, se trata de 316 expedientes legislativos, en algunos de cuyos iterlegislativos podrá detectarse más de una observación y más de una reconsideración.

La existencia de estos 316 expedientes, por otra parte, no importa, equivale ni significa, pues, que se trate de 316 leyes observadas. Los 316 expedientes pueden referirse a leyes observadas (incluso más de una vez) que nunca fueron promulgadas y, en consecuencia, quedaron en el limbo legislativo. Recuérdese, por ejemplo, que se han contabilizado 188 leyes promulgadas, mientras que en este caso hablamos de 316 expedientes, los mismos que incluyen pero no agotan las 188 leyes promulgadas.

En el Cuadro N° 9 que sigue es posible advertir la distribución de frecuencias de tipos de observaciones presidenciales, las mismas que se discriminan según que se traten de argumentos políticos o normativos, o mixtos (expedientes en los que las observaciones son tanto políticas como normativas). Si bien es posible realizar una clasificación de tipos de observación según diversidad de otros criterios, parece que la distinción básica que define si la observación es política o normativa, se encuadra en la lógica del Estado de Derecho, según la cual todo acto de poder de la autoridad debe ampararse en una norma vigente con antelación a la de la ejecución de una acción.

Cabría, por ejemplo, clasificarse las observaciones según un objetivo más específico como podría ser las que sirven para desarrollar el modelo político y social de una ideología liberal y de una economía de mercado, o las que, por el contrario, tienen sustento en la afirmación de un modelo social de relaciones entre los agentes del mercado. Y como estas perspectivas muchas otras que permitan cruzar ejes o paradigmas sociales o políticos (v. gr. la promoción de

un concepto moderno o conservador en el ejercicio del poder y en el desarrollo de las relaciones sociales; la afirmación de una noción secularizada de la sociedad, frente a una noción tradicional o religiosa; la concepción de un Estado centralizado, frente a un Estado y sociedad regional o descentralizado, etc.).

El cuadro anterior deja una interrogante importante, que queda abierta luego de constatar que hay un número de leyes respecto de las cuales se han presentado observaciones que encajan y corresponden a más de un tipo. Se incluye, en efecto, 170 casos en los que, para un mismo expediente legislativo, el Presidente de la República plantea observaciones de más de un tipo, que es a lo que se llaman tipos mixtos.

En el cuadro siguiente se des agregan esos 170 tipos mixtos, eliminándose dicha columna. Al desagregar los 170 tipos aumenta significativamente el universo de casos, en razón de que dentro de los 170 casos mixtos del cuadro N° 4 no se detecta el diferente número de tipos que son incluidos como mixtos. Es decir, cabe que en un mismo expediente legislativo con observaciones mixtas, se constate una observación de tipo político, una constitucional y otra de técnica legislativa, lo cual suma tres tipos de observación dentro de la clase mixta. En consecuencia, el proceso de des agregación de los 170 casos mixtos eleva significativamente los tipos analizados para llegar a 572, como se muestra en el siguiente cuadro. Debe deducirse, por consiguiente, que los 170 tipos mixtos recogidos en los expedientes de leyes tramitadas, contienen 256 más casos de tipos observaciones que deben desagregarse adicionarse a los 316 que muestra el cuadro anterior.

En el Cuadro N° 10 aparecen des agregados todos los 170 tipos mixtos registrados en los expedientes revisados, cada uno de los cuales se reubicar en las categorías pertinentes.

En el total de 572 casos de tipos de observaciones, se nota la preponderancia notable de observaciones de carácter político en el periodo examinado que va del 1 de enero de 1993 hasta el 9 de marzo del 2005. Los siguientes tipos de observaciones más frecuentes son los relativos a deficiencias de construcción legal (21,9%), las deficiencias de orden constitucional (14,9%), los errores de técnica legislativa (14,2%), y por último los errores cometidos en el procedimiento reglamentario (1,7%).

El modelo global para el período 1993-2006 muestra por tanto la concepción general de los Jefes de Estado de que las leyes del Congreso son observables en vista de un criterio esencialmente político, pero no se concibe que quepa observar solo por razones políticas, sino que igualmente cabe negar sanción de leyes según criterios normativos. El Poder Ejecutivo, por ejemplo, concibe que es parte importante de su función supervisar la constitucionalidad de las leyes que aprueba el Congreso y en ejercicio de ese papel es que procede a observarlas. De igual manera el Poder Ejecutivo también entiende que su función es verificar que las leyes que aprueba el Congreso, no incurran en colisión con el propio sistema y principios de congruencia legal de nuestro país,

y lo hace en una importante cantidad de ocasiones. Entiende igualmente que hay razón para observar las leyes del Congreso cuando se descuida la observancia de la buena técnica legislativa, o cuando el Congreso no sigue las normas de calificación o de votación de su propio procedimiento.

El modelo que vale para el íntegro del espacio 1993-2006, sin embargo, oculta modalidades de relación distintas según los diferentes períodos constitucionales. Los períodos constitucionales, a su turno, indican distintas formas, tipos o estilos de relación según que en cada órgano del Estado coincidan o difieran las mayorías. De estos períodos, el de menor incidencia y relevancia relativa es el del período 2000-2001, en razón a que no hubo sino 8 casos, para el total de 572, entre los que se advierte que hay 5 de tipo político y 3 de tipo legal, que equivalen solo al 1,4% del total de casos. Más significativos son los demás períodos, en los que el número de casos es más copioso, por lo que la comparación en el comportamiento en el uso entre uno y otro período puede revelar mayor información.

En el Cuadro N° 11 se consignan los porcentajes respectivos de los tipos de observaciones al interior de cada período constitucional. Presentar estos porcentajes permite realizar un corte comparativo de los porcentajes al interior de cada período constitucional, de manera que aparezca el contraste de frecuencias dentro de cada período. Al aparecer la distribución porcentual de tipos de observaciones dentro de cada período, puede compararse cómo se distribuyen los tipos según la experiencia de la observación en cada período.

El período 1993-1995, por ejemplo, es donde el porcentaje de observaciones de tipo político es más alto, con 58,1%, en comparación con los períodos 1995-2000 (que cuenta con 47,4%) o 2001-2006 (con 45,1%). El período 1995-2000 es en el que se da el mayor porcentaje de observaciones relativas a deficiencias de técnica legislativa, con 20,8%, respecto de los períodos 1993-1995 (con 16,1%) y 2001-2006 (que tiene 11,2%). Por otra parte, el período 2001-2006 es el que muestra los mayores porcentajes de observaciones legales (23%), constitucionales (18,1 %) y procedimentales (2,6%), respecto del período 1993-1995 (donde las observaciones legales llegan a 17,7%; las constitucionales a 8,1%; y no se realiza ninguna observación procedimental) y del período 1995-2000 (con 20,1% de observaciones legales; 11% de observaciones constitucionales; y 0,6% de observaciones procedimentales).

En atención a la relación entre el tipo de observación y la correlación de mayorías políticas del Presidente de la República y del Congreso, puede condensarse los períodos en los que la agrupación política del Presidente de la República es del mismo signo político que la de la agrupación política mayoritaria en el Congreso, y el período en el que las mayorías en uno y otro órganos del Estado no coinciden. Superponer las líneas porcentuales de uso del tipo de observación en ambos tipos de situaciones servirá para encontrar tendencias, en mayor o menor grado, similares u opuestas en una u otro tipo de relaciones entre mayorías y uso de los tipos según órganos del Estado. Las cantidades y los porcentajes correspondientes a los dos bloques de períodos se muestran en el Cuadro N° 12. '

El Cuadro N° 12 permite graficar la curva porcentual de uso de tipos de observación según la composición de las mayorías en el Congreso y en la Presidencia de la República. Al mostrar en el Gráfico N° 1 el total porcentual de casos de observaciones en el período 1993-2000, en comparación con los casos en el período 2001-2005, los datos permitirán graficar el mayor o menor uso de uno o varios tipos de observaciones son la similitud o diversidad de mayorías políticas en cada órgano del Estado. A continuación se muestra las curvas porcentuales en las que se contrastan los tipos de observación según que la mayoría en el Poder Ejecutivo y en el Congreso correspondan o no a la misma agrupación política.

Una primera impresión en la apreciación del gráfico es que las tendencias parecen obedecer casi a un mismo patrón, donde las variaciones no son especial ni notablemente significativas. Son curvas que en general muestran prácticamente el mismo sentido. Sin embargo, una lectura en mayor detalle deja ver que sí hay alguna variación, la misma que quedó apuntada en los comentarios relativos al Cuadro N° 11. En efecto, si bien el sentido en todos los períodos revela que hay una proporción similar entre uno y otro tipo de observaciones, la relación entre un periodo con mayorías similares en el Poder Ejecutivo y otro con mayorías disímiles en ambos órganos del Estado muestra que la intensidad varía algunos puntos porcentuales. Es necesario prestar atención a la mayor o menor intensidad para comprender la significación que pudiera tener la variable mayoría de agrupación política en los órganos del Estado.

La lectura de la intensidad de uso en los dos periodos analizados indica que en los periodos en los que la agrupación política mayoritaria en el Congreso coincide con aquella a la que pertenece o respalda al Presidente de la República, la práctica demuestra que el mayor porcentaje de observaciones son de tipo político y las referidas a deficiencias de técnica legislativa. Son 5 puntos porcentuales más en el tipo de observaciones políticas, y más de 8 puntos porcentuales en el tipo de observaciones por uso impropio de la técnica legislativa.

De igual manera, el gráfico muestra que cuando la mayoría en el Congreso y en el Poder Ejecutivo son opuestas, el mayor porcentaje de observaciones se relaciona con objeciones de tipo constitucional, legal o procedimental. Se trata de 8 puntos de diferencia en las observaciones constitucionales, 3 puntos en las observaciones legales, y casi 2 puntos en las observaciones procedimentales.

La verificación de la tendencia antes mencionada sugiere la necesidad de elaborar alguna hipótesis que permita explicar por qué durante períodos de similitud de mayorías en ambos órganos del Estado el tipo de observación es más de tipo político que normativo (excluyendo las observaciones relativas a técnica legislativa), así como las razones por las que en períodos en los que las mayorías políticas son disímiles, el tipo de observaciones son de carácter normativo (excluyendo las observaciones relativas a problemas de técnica legislativa). Para conocer mejor cómo se usan la observación y la

reconsideración en razón de cuestiones en las que hay oposición política al texto de la ley aprobada serían indispensable desagregar mucho más los casos que integran este tipo de observación. El desagregado debiera comprender, por ejemplo, la materia específica de cada ley y el subtipo de observación política con que se califica la disposición observada. Esta desagregación demanda sin embargo una labor mucho más pormenorizada, que está pendiente de realizarse. Ya la vez, la lectura de las tendencias e intensidad de uso del gráfico demanda y requiere que se ensayen algunas hipótesis especiales en relación con las observaciones por deficiencias en la técnica legislativa.

Si se excluye el caso específico de las observaciones por insuficiencia en el uso de la técnica legislativa, pareciera que el Jefe de Estado realiza más observaciones de tipo político cuanto cuenta con mayoría en el Congreso, porque tiene mayor capacidad de conseguir la implementación de sus políticas legislativas en el Congreso y, en consecuencia, cuenta con un marco político que por su propia naturaleza favorecería que el Congreso lo avale, se allane y lo legitime legislativamente. Para demostrar esta hipótesis se requeriría examinar de modo bastante cercano cuáles de los casos de observaciones políticas concluyen en efecto en una posición parlamentaria favorable al Presidente de la República durante el proceso de reconsideración. Para llegar a dicha demostración se requeriría examinar la relación entre las observaciones políticas y los resultados de la reconsideración respecto de las mismas en los períodos 1993-2000, así como 2001-2006.

De otra parte, podría explicar que en períodos de mayorías disímiles en el Poder Ejecutivo y en el Congreso se perciba alguna tendencia al mayor uso de observaciones por razones legales, constitucionales y procedimentales, porque le resulta más difícil al Poder Ejecutivo enfrentarse abiertamente con el Congreso sobre un argumento abiertamente político y, por lo tanto, recurrir a argumentos de naturaleza normativa le permite presentar su oposición sobre un terreno más bien técnico, en el que el conflicto o enfrentamiento político sea menos evidente. Para examinar con mayor grado de certeza la factibilidad de esta hipótesis se requerirá contar con información sobre el tipo de argumentación del Poder Ejecutivo y del Congreso respecto de la problemática propiamente técnica, de manera que quede claro que el texto del debate sirve de escudo en la relación entre ambos órganos para evitar una colisión política frontal.

Queda, en último término, la temática de las observaciones sobre técnica legislativa. ¿Qué explica que de todos los tipos de observaciones de naturaleza normativa sean las relativas a técnica legislativa las que, de modo aparentemente excepcional, sean más frecuentes en períodos en los que las mayorías políticas en ambos órganos del Estado son similares? ¿Por qué, además, en supuestos en los que las mayorías políticas son diversas es que el Presidente de la República tiende a usar menos las observaciones sobre problemas de técnica legislativa, que cuando tiene mayoría en el Congreso?

Probablemente la hipótesis que mayor sentido pudiera tener sea la de que la técnica legislativa es en realidad una temática de orden básicamente lingüístico, formal, antes que la materia propiamente dicha sobre la que versa

la ley que aprueba el Congreso. Si fuera cierto que los problemas de impropiedad o incorrección en cuestiones de técnica legislativa no son en sí mismos tan gravitantes como para justificar que una ley quede sancionada, también sería cierto, primero, que el número total de observaciones no sea muy alto, y segundo que el acto de tipificar una ley observable como carente del debido sustento técnico legislativo debiera ir acompañado de una tipificación de otros materias observables (esto es, debiera ser notable la cantidad de casos en los que cuando se observa una ley por cuestiones de técnica legislativa, dicha observación aparece junto con otras, dentro de lo que se ha llamado tipos mixtos de observación).

Simultáneamente, cabe complementar las sugerencias que despierta esta situación proponiendo que el uso de las observaciones en razón de insuficiencias en el uso de la apropiada técnica legislativa pueda deberse al mayor escrúpulo o meticulosidad con la que el Poder Ejecutivo siente la capacidad de ejercer un papel legislativo dominante respecto del Congreso, a nivel tal que precise de corregir esos aspectos de la ley aprobada que tengan que ver más con el área de usos inadecuados o erróneos de los componentes de la redacción, antes que con violaciones de la secuencia lógica o defectos relativos a la secuencia o estructura formal de la ley. Si bien es cierto toda observación en materia de técnica legislativa puede ser decisivo para los actos de interpretación o aplicación de la ley, cabe presumir que entre los errores de técnica legislativa los haya en mayor y menor grado e importancia, y que la capacidad de observación del Poder Ejecutivo se concrete de manera más fácil cuando ocurre que . cuenta con mayoría suficiente en el Congreso que cuando no la tiene.

Si el Poder Ejecutivo tiene mayoría en el Congreso puede ejercitar un papel legislativamente dominante, y en el plano de las observaciones sobre técnica legislativa, tiene mayor capacidad de exigir un mayor grado de perfección técnica de los contenidos que pretende para una ley que cuando no tiene mayoría, y en consecuencia, requiere cuidar más que no existan núcleos innecesarios de enfrentamiento con el Congreso, a fin de reservar su capacidad de negociación para asuntos materialmente mucho más significativos. En otras palabras, a mayor fuerza del Poder Ejecutivo en el Congreso, mayor el uso de ese poder en aspectos diminutos de la relación legislativa. A menor fuerza en el Congreso, el Poder Ejecutivo reserva su capacidad para asegurarse que sus observaciones tienen una solidez menos abierta a la discrecionalidad política (por ende, también, menos observaciones de ese tipo, y más de tipo legal o constitucional).

Del marco de hipótesis anterior es posible inferir igualmente que, en la medida en que el Poder Ejecutivo tiene una correlación desfavorable de fuerzas al interior del Congreso, el uso de la observación reflejará que dicho uso requerirá mayor sustento legal que propiamente político. Inversamente, cuando la correlación de fuerzas le es favorable, el Poder Ejecutivo podrá actuar con mayor fuerza discrecional para imponer su visión de las políticas públicas legislativas, recurriendo por lo tanto a más observaciones políticas que legales o constitucionales. De modo similar, cabe también inferir que en los casos de conflicto de mayorías entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, el eje de dicho

conflicto tenderá a desplazarse más hacia el terreno y esfera de la interpretación de la ley y de la Constitución, que al enfrentamiento abierto en el plano político. El supuesto de estas hipótesis tiene que ver con el mayor nivel de legitimidad con que tiene la libertad de actuar un Poder Ejecutivo al que la colectividad le ha asegurado un Congreso que acompañe su capacidad de acción. Y a la vez, el mayor nivel de control que la comunidad espera que ejercite el Congreso respecto de un plan electoral de gobierno que no llega a generar tanta confianza en el pueblo como para que adhiera abiertamente a él endosándole una mayoría cómoda al Presidente de la República en el parlamento.

Hasta que sea posible contar con la información requerida y construir los datos correspondientes, cabe dejar anotadas las hipótesis anteriores, con el propósito de que puedan ser confirmadas, corregidas o descartadas, a la luz de la labor de acopio y análisis de información en las diversas materias que quedan por el momento sin dilucidar. La base de datos que con carácter exploratorio y preliminar se presenta en los comentarios al artículo 108 de la Constitución permitirán en lo sucesivo encontrar otras hipótesis que permitan conocer mejor la historia y el desarrollo institucional de las atribuciones constitucionales del Congreso y del Presidente de la República, así como la posible incidencia de factores exógenos a los del desempeño institucional propiamente dicho.

Existen quienes interpretan o insinúan, por ejemplo, que el mayor o menor uso de observaciones, así como el uso o no uso de la insistencia, del allanamiento e incluso de la inacción legislativa, se deben a la influencia de lobbies o grupos de poder en los órganos del Estado. Esa clase de afirmaciones exigen más que la sola enunciación de la sospecha y demandan evidencia. Sería necesario empezar por el examen y evaluación específico de las observaciones en los expedientes, y cruzar esa información con la actividad de los actores interesados en afectar el proceso legislativo. Labor probablemente minuciosa y tediosa pero no menos seria si de lo que se trata es ser rigurosos y estrictos con el respeto a la instituciones y al Estado. Lanzar fácil o alegremente imputaciones sin denunciar de modo franco y abierto a los responsables, ni especificar si la modalidad en la que tales influencias se usan pudiera configurar un acto ilícito, es un acto grave que atenta contra la credibilidad que deben generar las instituciones estatales. En una sociedad y en una República abiertas, por otra parte, toda sospecha debe quedar expuesta, confrontada y ventilada. Los pactos a media voz y la temeridad de afirmaciones sin sustento son manifestaciones más próximas al terrorismo y a la decrepitud moral que expresiones de decencia y ética democrática

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique; RUBIO CORREA, Marcial y otros. La Constitución de 1993: análisis y comentario. En: "Lecturas sobre temas constitucionales". N° 10. Lima, 1994; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: análisis comparado. Ciedla. Lima, 1996; CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993: lectura y comentario. Cuarta edición. Antonella Chirinos Montalbetti. Lima, 1997; DONAYRE PASQUEL, Patricia. Los

decretos legislativos en el Perú; sobre su control y su aplicación en el Perú y en la legislación comparada.
Congreso de la República del Perú. Lima, 2001.

Artículo 109

Vigencia de la ley

La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 51, 79, 103, 107, 108, 204;

T.U.O.Rgto. Congreso: arto 80;

C.A.D.H.: arto 9;

D.U.D.H.: arto 11.2;

P.I.D.C.P.: arto 15.1

Gerardo Eto Cruz

1. Introducción

Para que la ley, ya perfecta, se haga eficaz, es decir obligatoria como lo indica el artículo 109, deben ocurrir dos actos ulteriores que forman parte de la llamada "fase integradora de eficacia: a) la promulgación (realizada por el Presidente de la República);

y b) la publicación (dispuesta por el propio Presidente de la República), con el objeto de que la sociedad conozca la existencia de la voluntad jurídica del Estado²²⁸.

2. Los fundamentos de la publicación de las normas jurídicas

Como ya se ha indicado en el artículo 105, el procedimiento legislativo constituye la sucesión de actos necesarios para la elaboración de la ley. El Reglamento del Congreso prescribe en su artículo 73: "El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas: a) iniciativa legislativa; b) estudio en comisiones; c) publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano; d) debate en el Pleno; e) aprobación; y f) promulgación".

Dentro del Derecho Parlamentario se podrá apreciar que la formación de las leyes se componen de una serie de actos que no siempre se desarrollan en el interior del Congreso. Y de las fases que conforman el procedimiento legislativo, el artículo 109 se ubica dentro de la llamada fase final o fase integradora de eficacia, la misma que abarca la sanción, promulgación y publicación de la norma, que involucra a los numerales 105, 107, 108 y 109 de la Carta Política del Estado.

Ahora bien, el principio de publicidad de las normas es uno de los ejes y elementos que caracterizan a un Estado de Derecho. Y desde sus orígenes se le considera como un elemento que excluye y erradica la arbitrariedad, en tanto

²²⁸ BISCAREITI DI RUFFIA, Paola. Derecho Constitucional. 3ª edición, Tecnas, Madrid, 1987, p. 39.

la publicidad de las leyes permite a los ciudadanos conocer la forma y el contenido de la voluntad jurídica y política del Estado, para cuyo efecto dichos mandatos son erga omnes y vinculantes para todas las personas.

Kelsen, al respecto expresa que: "Los requisitos que el moderno Estado Constitucional establece normalmente, para que exista una ley válida, una voluntad perfecta del Estado, son: un acuerdo coincidente de las dos Cámaras del Parlamento, la sanción del Monarca, la publicación del acuerdo sancionado por el parlamento y, en ciertos casos, el transcurso de un cierto lapso de tiempo, la *vacatio legis*²²⁹.

La voluntad del Estado expresada en la ley, pasa pues inexorablemente por un requisito esencial para su obligatoriedad; y esta es la publicación. Es imposible imaginarse la voluntad del Estado que solo obligue a los ciudadanos a cumplir la ley si es que esta no es formalmente conocida vía la publicación. En este sentido, el sigilo legislativo, o las leyes secretas, se reputan de plano inconstitucionales. Con la publicación de la norma, se produce en el sistema jurídico los efectos vinculatorios de las normas y preceptos jurídicos, pues la voluntad del Estado "se perfecciona" con la publicación.

Cuando la norma es elaborada por el Parlamento, institución política de naturaleza representativa por excelencia, el principio de publicidad impone que los electores conozcan no solo el sentido de la voluntad jurídica, sino de la decisión que ha tomado la representación nacional. Esto, por cierto, se extiende a todos los órganos emisores de normas jurídicas. De allí que es exigencia razonable, para cualquier tipo de norma jurídica, que su contenido se haga notorio antes de que adquiera obligatoriedad.

Al respecto, según la doctrina, existen diferentes formas para alcanzar la notoriedad y el conocimiento de las normas. Sin embargo, la Constitución peruana, como todas las Constituciones occidentales, establece que la forma de publicidad que adquiere dicho carácter es en la publicación en el diario oficial, que en nuestro caso es "El Peruano".

3. Promulgación y publicación de las normas

En los predios de la Teoría General del Estado, existe una permanente polémica en torno a la promulgación y la publicación de las leyes. Así, un sector preconiza la tesis o postura que la promulgación y publicación, bajo nomen iuris distintos, constituyen en realidad la misma cosa, y, en todo caso, que la promulgación no es sino uno de los actos que tienden y concurren a realizar la publicación, en el sentido de que la declaración oficial o solemne proclamación de la existencia de la ley, hecha por el Jefe del Ejecutivo, no tienen en el fondo, más objeto que el dar a conocer esta ley a los ciudadanos y a las autoridades que, desde entonces, van a tener la obligación de observada y ejecutada.

²²⁹ KELSEN, Hans. Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado. Traducción de Wenceslao Roce, notas, revisión y presentación de Ulises Schmill. Editorial Porroa, México, 1987, P. 361

La otra posición es la de distinguir ambas categorías. Así, la promulgación es el acto por el cual el Jefe del Estado, o lo que es lo mismo en nuestro sistema constitucional, el Presidente de la República, atestigua ante la sociedad civil la existencia del acto legislativo que constituye la ley, siendo la publicación el modo empleado para poner la ley en conocimiento de toda la ciudadanía.

En rigor, la publicación es un acto jurídico propiamente dicho, y no consiste solamente, por parte del Presidente de la República, en poner una firma al pie del texto de la ley, sino que es testimonio de que la ley, como tal, produce ciertos efectos jurídicos, y como anota Carré de Malberg, el principal efecto directo y propio de la promulgación es el de comunicar certeza a la existencia de la ley y al tenor de la misma: "Este es un efecto que deriva especial y únicamente de la intervención del Jefe del Ejecutivo. Una vez que este ha atestiguado que tal ley ha sido adoptada con tales términos por el Congreso, ni la existencia de dicha ley, ni su texto podrán ponerse en tela de juicio. Y por consiguiente, por este hecho, la ley ya no encontrará ningún obstáculo para su ejecución"²³⁰.

La publicación, en cambio, no es en sí mismo un acto jurídico, es más bien un hecho, que consiste, en este caso, en una inserción de la norma en el diario oficial El Peruano. De allí que en el artículo 80 del Reglamento del Congreso se aprecia el siguiente texto: "Si no tiene observaciones, el Presidente de la República promulga la ley, ordenando su publicación". Sin embargo, se debe aclarar que la publicación en sí misma no es un hecho de poca monta; muy por el contrario, la exigencia que plantea el numeral 109 de la Constitución es que la leyes obligatoria desde el día siguiente al de su publicación en el diario oficial. Este hecho constituye una condición de eficacia de la norma, antes que la promulgación en sí. Y es que la publicación de la norma está destinada, en esencia, a propagar el conocimiento de la ley en el país. Y aun cuando en los hechos constituye una ficción jurídica que por el solo hecho de la publicación en El Peruano la ciudadanía "conozca" la norma, de por sí se reputa que la sociedad civil ha tomado conocimiento de la existencia de la voluntad jurídica que ha asumido el Estado.

4. La publicación de la norma como condición de eficacia y la interdicción al sigilo legislativo y a las leyes secretas

Aunque el texto constitucional no lo exprese en términos literales, debe entenderse que la publicación de las leyes es uno de los últimos requisitos esenciales, dentro de la fase final o "fase integradora de eficacia". Actualmente predomina en la teoría constitucional de origen germánico, que considera que la publicación de las normas, bien fuere indistintamente de cualquier órgano emisor es, en primer lugar, la manifestación de la existencia de la norma.

En esta perspectiva, si en los hechos ocurre que una norma no ha sido publicada, debe considerarse inexistente porque todavía no ha ingresado en el ordenamiento jurídico. Ello lleva a enfrentarse al sigilo legislativo, consistente en la producción secreta de leyes o normas que no terminan en el estadio final

²³⁰ CARRÉ DE MALBERG, R. Teoría general del Estado. Prefacio de Héctor Gros Espiel. Fondo de Cultura Económica, UNAM, México, pp. 414- 415

de su publicación. Bien podría argumentarse que, por razones de Estado, determinadas leyes o normas reglamentarias no deben ser publicadas, pero sí aplicadas. Esta postura, en rigor, no se condice con la Norma Suprema.

Ante la eventual producción de normas secretas, estas radicalmente están impedidas de ser aplicadas, dado que ningún operador jurídico puede aplicar algo que todavía no existe, pues aunque el texto de la norma se haya consolidado en su fase casi final, se reputa inexistente en tanto no se haya publicado. Es más, la publicación, por ser un requisito de procedimiento legislativo impuesto en el artículo 109 de la Constitución y en el numeral 80 del Reglamento del Congreso, debe considerarse como un elemento de validez de la norma elaborada. Las infracciones de lo previsto en el ordenamiento acerca de la forma en que la publicación debe realizarse pueden constituir vicios capaces de provocar la invalidez y, por ende, la nulidad de la norma²³¹.

Mirado así y en perspectiva, cabe pues afirmar que la publicación de las normas, proscribía de plano las leyes secretas y el sigilo legislativo, por cuanto no existen leyes si no se han publicado.

5. El debate en el Congreso Constituyente

El artículo 109 de la Constitución suprimió el artículo 195 de la Constitución de 1979 que establecía: "La leyes obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial, salvo, en cuanto el plazo, disposición contraria de la misma ley".

Lo que hizo el Congreso Constituyente fue rescatar el artículo 132 de la Constitución de 1933, cuyo tenor literal era el siguiente: "La leyes obligatoria desde el día siguiente a su promulgación y publicación, salvo disposición contraria de la misma".

Sobre este aspecto, Chirinos Soto en los debates expresaba: "La tradición en nuestro país es que la ley sea obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial. Esta idea del decimosexto día fue una iniciativa del representante Ramírez Del Villar, quien alegó que el país era muy complejo geográficamente y que el diario oficial llegaba tarde a ciertas regiones. Pero, señor Presidente, con la salvedad que hemos puesto: salvo, en cuanto al plazo, disposición contraria de la misma ley, no hay proyecto de la ley que no diga al final: la presente ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación, con lo cual los quince días que da el proyecto son inútiles (...)"²³².

²³¹ Al respecto puede verse a BIGLINO CAMPOS, Paloma. La publicación como fase del procedimiento legislativo. En: "El procedimiento legislativo. V Jornadas de Derecho Parlamentario de enero de 1994". W.A.A. Congreso de los Diputados. pp. 539-550; de la misma autora: Publicidad de las normas. En: "Temas Básicos de Derecho Constitucional". Tomo 1, Manuel Aragón Reyes (coordinador). Civitas, Madrid, 2001, pp. 274-275.

²³² CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Diario de los Debates. Debate Constitucional 1993. Comisión Constitución y Reglamento. Tomo 11, pp. 931-932.

De allí que la posición de Chirinos Soto fue la de ser partidario de conservar la fórmula antigua, o sea, que las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial.

En pleno debate, Ferrero Costa (Nueva Mayoría-Cambio 90) estaba de acuerdo con la propuesta de Chirinos Soto, pero planteó que se debería mejorar la propuesta relacionada con la vigencia de la norma: "Me parece bien la propuesta, pero queda en pie la vigencia de las normas) (...) se da la promulgación, tiene vigencia, pero se suspende una parte; entonces, ya es una vigencia relativa. En una interpretación auténtica, ese tipo de promulgaciones, ese tipo de vigencias, con este artículo (...) tendrían un tropiezo, salvo que aquí se especificaría que es posible una vigencia parcial".

Frente a este planteamiento, Chirinos Soto acepta el mismo, y acogiendo la sugerencia de Ferrero propuso el siguiente tenor: "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley para postergar su vigencia en todo o en parte".

Fue así como quedó consolidado el numeral 109 que, en los hechos rescata toda una tradición constitucional peruana, esto es, que las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición distinta de la misma ley, que puede establecer un mayor periodo de "vacatio legis" en todo o en parte.

DOCTRINA

UN AM. Las Constituciones Latinoamericanas. (Estudio introductor de: Humberto Quiroga Lavié), 2 Volúmenes, México, 1994; BIGLINO CAMPOS, Paloma. La publicación como fase del procedimiento legislativo. En: "El procedimiento legislativo. V jornadas de Derecho Parlamentario de enero de 1994". W.A.A. Congreso de los Diputados; BIGLINO CAMPOS, Paloma. Publicidad de las normas. En: "Temas Básicos de Derecho Constitucional". Tomo 1, Coord. Manuel Aragón Reyes, Civitas, Madrid, 2001; BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Derecho Constitucional. 3ª Edición, Tecnos, Madrid, 1987; CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Diario de los Debates. Debate Constitucional- 1993. Comisión de Constitución y Reglamento. Tomo II; CARRÉ DE MALBERG, R. Teoría general del Estado. Prefacio de Héctor Gros Espiel. Fondo de Cultura Económica, UNAM, México. KELSEN, Hans. Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. Trad. de Wenceslao Roce; notas, revisión y presentación de Ulises Schmill. Editorial Porrúa, México, 1987.

CAPÍTULO IV

PODER EJECUTIVO

Artículo 110

Presidente de la República: requisitos

El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación. Para ser elegido Presidente de la República se requiere ser peruano por nacimiento, tener más de treinta y cinco años de edad al momento de la postulación y gozar del derecho de sufragio.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 37, 39, 51, 74, 80, 81, 82, 86, 87, 102inc. 7), 103,104,111 a 118, 135, 139.18, 145,160,162,172, 178;

C.P.: arts.1,2;C.T.: arto X;

L.O.E.: arts. 106,107;

D.Leg. 560: arto 1;

C.A.D.H.: arto 23;

P.I.D.C.P.: arto 21;

P.I.D.E.S.C.: arto 25; Convenio 169 de la OIT: arto 6.b.

Mario Castillo Freyre

Los gobernantes cumplen su función a través de procesos de decisión, los mismos que terminan en acciones que afectan a toda la sociedad o en la regulación o coordinación de las relaciones particulares.

Por su parte, los gobernados, a través de su conducta, traducen -o no- el reconocimiento o la aceptación de los gobernantes, y les confieren -o no- legitimidad en el ejercicio del poder. Asimismo, los gobernados participan de diversos modos en los procesos de decisión o de gobierno.

En el sentido más amplio -destaca Loewenstein²³³, todo Estado con unas determinadas relaciones entre los detentadores y los destinatarios del poder, expresada en la forma de permanentes instituciones gubernamentales, es un sistema político; su característica esencial es el aparato o mecanismo a través del cual se lleva a cabo la dirección de la comunidad y el ejercicio del dominio.

En ese sentido, el presidencialismo constituye una forma de gobierno o régimen político donde en estricto- el Presidente es, a la vez, Jefe de Estado y Jefe de Gobierno en una República.

²³³ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. 2ª edición, Ariel Demos, Barcelona, 1982, p. 30.

La Academia de la Lengua Española²³⁴ define al presidencialismo como un sistema de organización política en que el Presidente de la República es también Jefe del Gobierno, sin depender de la confianza de las Cámaras.

El Régimen Presidencialista se desarrolló inicialmente en los Estados Unidos de América, sobre la base de la Constitución de 1787. Ella constituye el modelo por excelencia del presidencialismo.

De esta forma, y con la idea de evitar tanto el despotismo legislativo como el absolutismo del Ejecutivo, los Estados Unidos de América montaron en su sistema gubernamental diversos e independientes detentadores del poder, unidos por una mutua coordinación. Para ello separan las actividades estatales en tres grandes áreas, asignando un boaj of magistrary a cada una de ellas. Un Presidente para el Ejecutivo, el Congreso Legislativo y los Tribunales para el Judicial; otorgándose autonomía y monopolio de acción a cada uno de estos detentadores del poder en el ejercicio de sus funciones, siguiendo el principio de la especialización. Pero como eran conscientes de que el aislamiento rígido de las funciones estatales produciría bloques entre los detentadores del poder, conduciendo estos bloques a la parálisis del proceso político, concibieron ciertos puntos de contacto donde solo mediante la coordinación y la cooperación entre los detentadores se alcanzaría la validez constitucional y legal en la actitud estatal específica y previamente determinada.

Las repúblicas latinoamericanas tomaron la institución de la presidencia, de la Constitución de los Estados Unidos de América. Todos los países latinoamericanos son presidencialistas.

Latinoamérica ideó la figura del Presidente de la República elegido por el pueblo, con poderes propios, y con atribuciones esenciales, pero también con limitaciones constitucionales.

Se puede decir que el Continente Americano ha inventado la figura del Presidente.

La institución presidencial, con facultades propias y extensas de gobierno efectivo, se alimenta en nuestros países en una fortísima tradición y en hábitos populares incoercibles.

El pueblo ve en el Presidente un indispensable contrapeso, no solo de la ligereza y falta de meditación de sus parlamentarios, sino de la tendencia de estos a ceder ante la indebida presión de los intereses locales o privados.

Las características del presidencialismo latinoamericano, responden a un estado económico y social que impone sus leyes inflexibles a la evolución política.

²³⁴ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Tomo 11, vigésima edición, Madrid, 1984, p. 1100.

Entre los factores sociales que hacen que prime el presidencialismo como forma de gobierno en el Continente Americano, podríamos señalar los siguientes:

(a) La tendencia al paternalismo político, a encarnar al poder en un hombre, "el mito del gobernante protector", a personalizar el poder, a otorgar confianza a un caudillo más que a una institución, inclusive en los Estados Unidos de América.

(b) A que el triunfo electoral se debe -en gran parte- a las condiciones personales del candidato, tanto o más que a la ideología del partido que lo lanza o a su programa de gobierno. El éxito en la votación depende -en gran medida- de la simpatía, la calidad personal del líder (leader) y la aptitud de captar votos (de vote getter), más que del contenido de su programa electoral.

Frente al régimen presidencial clásico²³⁵ aparece el presidencialismo como "una aplicación deformada de este, por debilitamiento de los poderes del Parlamento e hipertrofia de los poderes del Presidente; de ahí su nombre. Funciona sobre todo en los países latinoamericanos que han transportado las instituciones constitucionales de los Estados Unidos de América a una sociedad diferente, caracterizada por el subdesarrollo técnico, el predominio agrario, las grandes propiedades agrícolas y la semicolonización por la vecina y superpoderosa economía de los Estados Unidos".

²³⁵ Maurice Duverger precisa que son tres los caracteres que distinguen al Régimen Presidencial Clásico:

a) El Presidente es a la vez Jefe de Estado y Jefe del Gobierno y ejerce efectivamente sus poderes. Los Ministros no tienen autoridad política propia: son los dirigentes administrativos de sus departamentos ministeriales y colaboradores del Presidente en el plano gubernamental. No forman un órgano colectivo.

El régimen Presidencial clásico no conoce un Consejo de Ministros donde las decisiones se toman en común. Cuando el Presidente reúne al conjunto de los Ministros -que se llaman "Secretarios" - es solamente para recibir su parecer. La decisión solo le pertenece a él.

Ese Jefe único del Estado y del Gobierno -continúa Duverger- es elegido por toda la Nación, por medio del sufragio universal y directo.

Asimismo, anota Duverger, el Presidente y el Parlamento son independientes uno de otro, de una manera más rigurosa; de ahí el nombre de separación de Poderes "tajante" o "rígida", que los teóricos del Derecho Constitucional dan a veces al Régimen Presidencial Clásico de los Estados Unidos de América.

Los elementos esenciales de esta independencia son: que el Parlamento no puede derribar al Gobierno Presidencial con un voto de desconfianza, y que el Presidente no puede disolver el Parlamento.

En ese sentido -dice Duverger-, están condenados a vivir juntos sin poderse separar, es un matrimonio sin divorcio. Esto concede al Gobierno Presidencial una estabilidad segura, aun cuando el sistema de partidos no permita reunir una mayoría parlamentaria, lo que sucede en los Estados Unidos de América, a pesar del bipartidismo aparente, porque en realidad se trata de un pseudobipartidismo, en el que cada parlamentario vota como quiere... Si el Régimen Presidencial Clásico conduce a un Gobierno estable, no conduce necesariamente, como se cree amenazado, a un Gobierno fuerte.

(DUVERGER, Maurice. Instituciones políticas y Derecho Constitucional. Las relaciones Parlamento-Gobierno. Ediciones Ariel, Barcelona, 1970. Citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos;

LANDA ARROYO, César; y RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Constitucional General. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, tomo n, p. 157)

Estos elementos, destaca Maurice Duverger, hacen casi imposible el funcionamiento de la democracia liberal. De esta manera, algunas naciones latinoamericanas conocen las dictaduras puras y simples, y las instituciones presidenciales son allí solamente un puro camuflaje, como las instituciones parlamentarias en otros países subdesarrollados. Otras naciones de América Latina conocen regímenes intermedios entre la democracia liberal y la dictadura. Se está más cerca de la dictadura cuando el ejército desempeña un gran papel, sin ejercer directamente el poder, pero interviniendo cuando el ejercicio del poder no le agrada, o cuando un partido dominante monopoliza la representación política.

Consecuentemente -finaliza Duverger-, el Presidente es mucho más poderoso que el Parlamento, sin que este esté desprovisto de toda posibilidad de oposición. En la práctica, es muy difícil distinguir semejante situación de la anterior. Según los periodos, un mismo país puede pasar de la "semidictadura" al "Presidencialismo", sin que sea posible distinguir la línea de separación entre ambos.

La forma de Gobierno que prevé la Constitución Peruana de 1993 es la misma que la de la Constitución de 1979. Se adopta una forma mixta entre el presidencialismo y el parlamentarismo puros; nos rige, pues, lo que se conoce como un presidencialismo controlado, atenuado o, como dice Delgado Guembes, un parlamentarismo presidencial.

Nuestra forma de Gobierno tiene marcados aspectos afines al Presidencialismo, como también otros que son afines al Parlamentarismo, lo que conlleva a que la forma de Gobierno que rige en el Perú no pueda encuadrarse -teóricamente- en ninguna de las dos, pero tiene rasgos Presidencialistas que le imponen el sello distintivo, más allá de si dicho Presidencialismo resulta atenuado, en el plano constitucional.

Asimismo, precisa Delgado Guembes que las notas características de nuestra forma de gobierno son las siguientes:

- (1) La capacidad del Presidente de la República para dirigir la política general del gobierno, aun cuando es políticamente irresponsable ante el Parlamento.
- (2) La facultad del Presidente de la República para nombrar, tanto como para remover, al Presidente del Consejo de Ministros, así como a los demás miembros del gabinete, a propuesta y con acuerdo del Presidente del Consejo de Ministros.
- (3) La compatibilidad esencial entre el mandato parlamentario y la pertenencia al gabinete, o incluso como Vicepresidente de la República.
- (4) La competencia del Parlamento para investir (otorgar confianza), así como para remover (censurar o negar confianza).
- (5) La facultad del Presidente de la República para disolver el Parlamento.

(6) El rol arbitral del electorado para dirimir en caso de confrontación entre el Parlamento y el Gobierno, de modo que determine la disolución del Parlamento.

De acuerdo a nuestra Constitución, el Presidente de la República, quien además de ser Jefe de Estado es Jefe de Gobierno, no solo representa, sino también personifica a la Nación.

Esta concepción demuestra de manera palmaria de qué forma está presente en la idiosincrasia de la sociedad peruana la importancia y preponderancia de la figura del Presidente de la República.

El problema está en la deformación de cómo debe entenderse ese "personificar a la Nación", situación que muchas veces degenera en visos autoritarios, propios de la Francia de Luis XIV ("El Estado soy Yo").

En base a las características que imprimen -y que han marcado- a nuestras Constituciones, podríamos argumentar que la "interdependencia coordinada de Poderes", a la que se refieren los constitucionalistas nacionales, lo es tan solo en la letra constitucional; a decir verdad, esa "coordinación de esfuerzos" entre los Poderes o facultades del Estado, no es efectiva en la práctica.

A tenor de nuestras normas constitucionales, podríamos señalar que dentro de ese sistema "híbrido" de gobierno, los diferentes órganos, poderes o facultades del Estado deberían desarrollar sus esfuerzos de modo "coordinado e interdependiente" en pro del bien común.

Sin embargo, la manera como en realidad esas facultades estatales se materializan en la sociedad peruana, nos lleva a denotar que dicha "interdependencia coordinada de Poderes", tan solo queda en la letra.

Para finalizar, juzgamos apropiado resaltar que los requisitos para postular al cargo de Presidente de la República son bastante flexibles.

El candidato debe cumplir simplemente con tres requerimientos para ser considerado apto para postular a la Presidencia de la República: ser mayor de 35 años, ser peruano de nacimiento y tener derecho al sufragio. Lamentablemente, no se exige nada más para poder postular.

DOCTRINA

DUVERGER, Maurice. Instituciones políticas y Derecho Constitucional. Las relaciones Parlamento-Gobierno. Ediciones Ariel, Barcelona, 1970; BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; LANDA ARROYO, César; y RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Constitucional General. Tomo 1I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992; LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Segunda edición, Ariel Demos, Barcelona, 1982; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Edición, Tomo 1I, Madrid, 1984.

Artículo 111

Elección del Presidente de la República

El Presidente de la República se elige por sufragio directo. Es elegido el candidato que obtiene más de la mitad de los votos. Los votos viciados o en blanco no se computan.

Si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta, se procede a una segunda elección, dentro de los treinta días siguientes a la proclamación de los cómputos oficiales, entre los candidatos que han obtenido las dos más altas mayorías relativas.

Junto con el Presidente de la República son elegidos, de la misma manera, con los mismos requisitos y por igual término, dos vicepresidentes.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 90, 110, 112, 178 inc. 1), 182, 184, 185;

L.O.E.: arts. 320 y SS.;

C.A.D.H.: arto 23;

P.I.D.C.P.: arto 21;

P.I.D.E.S.C.: arto 25; Convenio 169 de la OIT: arto 6.b.

Mario Castillo Freyre

En torno al sistema electoral peruano, el Doctor Valentín Paniagua Corazao²³⁶ señala que a pesar de la precariedad de nuestra vida constitucional (apenas medio siglo frente a 130 años de autocracias civiles y militares) tenemos una sólida y respetable tradición jurídica en materia electoral.

A decir de Paniagua, dos rasgos típicos la singularizan.

Primero: a diferencia de otras, las instituciones electorales han precedido siempre a las fórmulas constitucionales; esto, por el silencio o la generalidad con que nuestras Constituciones regularon el tema electoral, hasta la Carta de 1920.

Segundo: la legislación electoral ha evolucionado respondiendo a ciertos propósitos o "constantes" que la han inspirado en los últimos sesenta años.

Ellos han sido:

a) Consolidar al Jurado Nacional de Elecciones como órgano de registro, administración y justicia electorales, a fin de asegurar su autonomía funcional y afirmar su significado político frente a otros órganos de Poder del Estado, como garantía de un genuino régimen representativo, es decir, de la libertad y la verdad electorales.

²³⁶ PANIAGUA CORAZAO, Valentín. El sistema electoral. En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios". Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 10, tomo 1, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, pp. 219-235

b) Garantizar, a través de un sistema electoral apropiado, la libre y veraz expresión de la voluntad popular y una justa distribución de la representación en función de los votos, esto es, la representatividad de los elegidos.

c) Asegurar, por fin, cada vez mejor también, la pulcritud de los actos electorales y, de manera especialísima, del escrutinio, en defensa, obviamente, de la genuina voluntad de los electores.

Reflere Paniagua que la Carta de 1979 constitucionalizó las conquistas en materia de sufragio, escrutinio, participación de minorías, reconocimiento formal de la existencia, autonomía, estructura, integración y competencia del Jurado Nacional de Elecciones al que, obviamente, se le desvinculó de los demás Poderes del Estado.

Pero, además, expandió el cuerpo electoral (mayoría de edad a los 18 años y universalización del sufragio), aunque para entonces el volumen de los analfabetos no era ya gravitante (14% de la población entre 15 y 64 años).

Hoy, el sistema electoral peruano -tratado en el Capítulo XIII, Título IV de la Constitución de 1993 (artículos 176 a 187)-, tiene por finalidad asegurar que las elecciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa.

Entre las funciones básicas de los órganos del sistema electoral están el planeamiento, la organización y la ejecución de los procesos electorales, o de referéndum u otras consultas populares; el mantenimiento y la custodia de un Registro único de identificación de las personas y el Registro de actos que modifican el estado civil.

El sistema electoral peruano presenta -con la dación de la Constitución de 1993- una novedosa estructura. Está conformado por el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

Cada órgano integrante del sistema electoral actúa con autonomía y tales órganos mantienen entre sí relaciones de coordinación, de acuerdo a sus atribuciones.

Es con arreglo a este sistema y a la Ley Orgánica de Elecciones (Ley N° 26859 del 01 de octubre de 1997), que debe sujetarse la elección de quienes conforman el más alto grado dentro del Poder Ejecutivo: el Presidente y los Vicepresidentes de la República.

Ahora bien, la Constitución de 1993, al igual que la mayoría de las Constituciones latinoamericanas, ha optado por mantener el sistema directo de elección presidencial²³⁷.

²³⁷ A manera de ejemplo tenemos:

La Constitución Política del Estado Boliviano establece, en su artículo 86, que el Presidente de la República será elegido por sufragio directo, precisando, además, que la elección del Vicepresidente se lleva a cabo al mismo tiempo y en igual forma.

Sobre el particular, cabe recordar que doctrinariamente se han elaborado diversos sistemas de elección dentro de los regimenes democráticos republicanos, a saber:

el sistema indirecto o por electores de segundo grado, el sistema directo o de elección popular -ambos sistemas se encuentran dentro de lo que se denomina como sistemas puros- y sistemas mixtos.

El sistema indirecto tiene su origen en los Estados Unidos de América. Este sistema opera a través de la delegación de facultades electorales en individuos que se suponen con un mayor grado de cultura y civismo, llamados electores, a fin de que ellos elijan -a su arbitrio- a quien será el Presidente de la República. El número de electores varía, pero siempre guarda relación con el de parlamentarios o con una cantidad determinada de habitantes. Los electores se reúnen en una fecha determinada por la ley y eligen al Presidente en votación secreta y continuada.

Al respecto, la Constitución Política de Colombia, en su artículo 190, señala: "El Presidente de la República será elegido para un periodo de cuatro años, por la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos en la fecha y con las formalidades que determine la ley. Si ningún candidato obtiene dicha mayoría, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que solo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones. Será declarado Presidente quien obtenga el mayor número de votos. En caso de muerte o incapacidad física permanente de alguno de los dos candidatos con mayoría de votos, su partido o movimiento político podrá inscribir un nuevo candidato para la segunda vuelta.

Si no lo hace o si la falta obedece a otra causa, lo reemplazará quien hubiese obtenido la tercera votación; y así en forma sucesiva y en orden descendente. Si la falta se produjese con antelación menor a dos semanas de la segunda vuelta, ésta se aplazará por quince días".

El sistema directo de elección presidencial en la República de Chile se encuentra contemplado en los artículos 26 y 27 de su Constitución Política. En el artículo 26 se establece que: "El Presidente será elegido en votación directa y por mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos. La elección se realizará en la forma que determine la ley, noventa días antes de aquel en que deba cesar en el cargo el que esté en funciones. Si a la elección de Presidente se presentaren más de dos candidatos y ninguno de ellos obtuviere más de la mitad de los sufragios válidamente emitidos, se procederá a una nueva elección que se verificará, en la forma que determine la ley, quince días después de que el Tribunal Calificador, dentro del plazo señalado en el artículo siguiente, haga la correspondiente declaración. Esta elección se circunscribirá a los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas mayorías relativas. Para los efectos de lo dispuesto en los dos incisos precedentes, los votos en blanco y los nulos se considerarán como no emitidos" y en el artículo 27 se señala que: "El proceso de calificación de la elección presidencial deberá quedar concluido dentro de los cuarenta días siguientes a la primera elección o de los veinticinco días siguientes a la segunda.

El Tribunal Calificador de Elecciones comunicará de inmediato al Presidente del Senado la proclamación de Presidente electo que haya efectuado. El Congreso pleno, reunido en sesión pública noventa días después de la primera o única elección y con los miembros que asistan, tomará conocimiento de la resolución en virtud de la cual el Tribunal Calificador proclama al Presidente electo. En este mismo acto el Presidente electo prestará ante el Presidente del Senado, juramento o promesa de desempeñar fielmente el cargo de Presidente de la República, conservar la independencia de la Nación, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes, y de inmediato asumirá sus funciones".

La elección popular directa se encuentra también contemplada en la Constitución de la República Dominicana, artículo 49, norma que precisa que la elección del Presidente de la República se hará por voto directo.

Por otro lado, el sistema directo -acogido por nuestro ordenamiento jurídico constituye, de acuerdo a la doctrina, el sistema ideal, pues la soberanía está ejercida por su verdadero titular: el pueblo.

El sistema directo requiere de dos presupuestos básicos que en las repúblicas modernas tienden a obtener un grado medio de cultura cívica: la colectividad y la eliminación de los analfabetos.

Este sistema tiene la ventaja de respetar cabalmente el sistema de poderes, que es la primera condición de un gobierno republicano y democrático. Se va alcanzando paulatinamente un mayor civismo en el pueblo, al hacer participar a todos los ciudadanos en la elección de sus gobernantes.

Sobre el sistema mixto juzgamos pertinente señalar que la doctrina es unánime al citar como ejemplo a la Carta española de 1931, en la cual, el Presidente es elegido conjuntamente por las Cortes (poder Legislativo) y un número de compromisarios igual al de diputados. Estos compromisarios no son más que electores de segundo grado, elegidos directamente por el pueblo a fin de que en unión con los miembros del Legislativo, procedan a la elección del Presidente.

Es el artículo 99 de la Constitución española (del 29 de diciembre de 1978), que consagra el sistema mixto de elección del Gobierno -compuesto en España por el Presidente, por los Vicepresidentes, en su caso, por los Ministros y por los demás miembros que establezca la ley:-

"1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno.

2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara.

3. Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.

4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.

5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso".

Atendiendo a los sistemas doctrinales de elección, el Presidente de la República se designa por sufragio directo (sistema directo o de elección popular). Así lo prescribe la Constitución Política en su artículo 111.

Señala además la Constitución, que es elegido el candidato que obtiene más de la mitad de los votos.

Si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta, se procede a una segunda elección, dentro de los treinta días siguientes a la proclamación de los cómputos oficiales, entre los candidatos que han obtenido las dos más altas mayorías relativas.

El que la elección del Presidente se realice de manera directa permite que su legitimidad se vea fortalecida.

Es de resaltar que hasta la dación de la Constitución de 1979, todas las anteriores entregaron al Congreso la potestad de elegir al Presidente de la República (salvo la de 1933), si ningún candidato lograba la mayoría absoluta de los votos válidos. A partir de la citada Constitución, en nuestro país se establece el sistema de dos vueltas.

Con la implementación de dicho sistema, vigente actualmente, se intenta viabilizar la gobernabilidad y reducir el número de partidos²³⁸.

En general, podemos afirmar, siguiendo a Fernando Tuesta, que la segunda vuelta electoral tiene consecuencias relevantes en el sistema político en su conjunto, especialmente en el sistema de partidos políticos, y apunta a otorgar consenso a favor de los triunfadores.

Comenta el propio Tuesta que en su origen este mecanismo electoral tuvo como finalidad reducir el número de partidos participantes y así evitar la proliferación de agrupaciones, obligándolas a alimentar alianzas y negociaciones interpartidarias, posibilitando además, que los elegidos cuenten con una cuota de legitimidad.

"En la segunda votación existe una mayor presión hacia el elector, estructurando un voto más racional y estratégico. Pero también se le ofrece una segunda oportunidad a los partidos para participar: algunos de manera directa los partidos que compiten en la segunda vuelta), otros de manera indirecta los que no compiten en la segunda vuelta)"²³⁹.

Para finalizar este punto nos queda mencionar que la decisión del constituyente de 1993 de no computar los votos en blanco y nulos ha sido, a nuestro entender, adecuada por cuanto con ello se valoriza el voto.

²³⁸ TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. El sistema electoral peruano: sus efectos en el sistema político. En: "Simposio sobre reforma electoral. Memoria", p. 149

²³⁹ TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. Ob. cit., p. 150.

DOCTRINA

PANIAGUA CORAZAO, Valentín. El sistema electoral. En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios". Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 10, tomo 1, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994; TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. El sistema electoral peruano: sus efectos en el sistema político. En: "Simposio sobre reforma electoral. Memoria".

Periodo del mandato presidencial y reelección

Artículo 112

El mandato presidencial es de cinco años, no hay reelección inmediata. Transcurrido otro periodo constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones. (*)

(*) Texto del artículo según modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 27365, publicada el 05 de noviembre de 2000.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 110, 111, la D.T.E.;

L.O.E.: arto 105; Ley 27365

Mario Castillo Freyre

A lo largo de nuestra historia republicana, la duración del mandato ejecutivo ha fluctuado entre cuatro y cinco años.

Solo dos Cartas Constitucionales preveían disposición distinta. Estas eran la Constitución de 1826 que establecía, en su artículo 77: "El ejercicio del Poder Ejecutivo reside en un Presidente vitalicio, un Vice-Presidente, y cuatro Secretarios de Estado"; y la Constitución de 1839, que precisaba en su artículo 78 que la duración del cargo de Presidente de la República era de seis años.

La actual Carta Política peruana, siguiendo el lineamiento de sus predecesoras, establece en la primera parte de su artículo 112, que el mandato presidencial es de cinco años²⁴⁰.

Se ha establecido en doctrina constitucional, que es propio de la forma republicana democrática, que las funciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo sean temporales. Consecuentes con este principio, nuestras Cartas Constitucionales se han mantenido en esta línea.

Al examinar la norma bajo análisis, nos encontramos, además, frente al difícil y espinoso tema de la reelección presidencial.

La Constitución Política del Perú de 1993 constituía, antes de la reforma de esta norma en noviembre del año 2000, una de las dos Cartas latinoamericanas que admitía -de modo expreso- la reelección inmediata del Presidente. Así lo precisaba en la versión modificada de su artículo 112: "El mandato presidencial es de cinco años. El Presidente puede ser reelegido de

²⁴⁰ Cabe señalar que el texto del artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1933, señalaba que el periodo presidencial era de seis años, el mismo que comenzaba el 28 de julio del año en que se realizaba la elección, aunque el elegido no hubiese asumido sus funciones en aquella fecha. Dicho artículo fue modificado posteriormente por el artículo 1 de la Ley N° 11874 del 31 de octubre de 1952, cuyo texto era el siguiente: "El período presidencial dura cinco años, y comienza el 28 de julio del año en que se realiza la elección, aunque el elegido no hubiese asumido sus funciones en aquella fecha".

inmediato para un periodo adicional. Transcurrido otro periodo como mínimo, el ex presidente puede volver a postular sujeto a las mismas condiciones".

Resulta más que revelador el hecho de que, de un análisis de las Constituciones latinoamericanas y de las nacionales (anteriores a la de 1993), podemos observar que ninguna de ellas contemplaba el supuesto de la reelección inmediata.

Así, debemos destacar que la prohibición de reelección inmediata -como uno de los frenos primordiales para combatir los abusos en el poder- se encuentra en casi todas las Constituciones latinoamericanas²⁴¹.

El tema de la reelección presidencial resulta complicado, en la medida que en él, por excelencia, no solo están en juego concepciones de teoría constitucional, sino fundamentalmente de poder.

El ser humano busca, por lo general, el poder, entendido este como la facultad de disponer en relación a diversas materias y grados, respecto de otros seres humanos con los que vive en sociedad.

El poder, y esto ocurre con frecuencia, fascina a muchos; el poder atrae; el poder deslumbra; y, para quienes lo ejercen ilegalmente, el poder enriquece y engorda. Por ello, hay muchas personas que aman tanto el poder que ni siquiera son capaces de imaginarse -por un momento- sin él.

²⁴¹ En Bolivia el periodo del Presidente y Vicepresidente es de 4 años improrrogables, prohibiéndose la reelección inmediata.

Asimismo, señala la Constitución de Brasil, en su artículo 82: "El mandato del Presidente de la República es de cinco años, prohibiéndose la reelección para el periodo siguiente, y tendrá inicio el 1 de enero del año siguiente de su elección".

La Constitución colombiana, por su parte, señala que no podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cobija al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio.

La Constitución chilena precisa, en su artículo 25, los requisitos para ser elegido Presidente de la República, la duración del mandato ejecutivo y la prohibición de reelección inmediata: "Para ser elegido Presidente de la República se requiere haber nacido en el territorio de Chile, tener cumplidos cuarenta años de edad y poseer las demás calidades para ser un ciudadano con derecho a sufragio.

El Presidente de la República durará en el ejercicio de sus funciones por el término de ocho años, y no podrá ser reelegido para el periodo siguiente".

Por su parte, la Carta Constitucional de Costa Rica, lo hace en su artículo 132, señalando lo siguiente: "No podrá ser elegido Presidente ni Vicepresidente:

1. El Presidente que hubiera ejercido la Presidencia durante cualquier lapso#1 Vicepresidente o quien los sustituya, que la hubiera ejercido durante la mayor parte de un periodo constitucional.
2. El Vicepresidente que hubiera conservado esa calidad en los doce meses anteriores a la elección, y quien en su lugar hubiera ejercido la Presidencia por cualquier lapso dentro de ese término;
3. El que sea por consaguinidad o afinidad ascendiente, descendiente, o hermano de quien ocupe la Presidencia de la República al efectuarse la elección o del que la hubiera desempeñado en cualquier lapso dentro de los seis meses anteriores a esa fecha; , 4. El que haya sido Ministro de Gobierno durante los doce meses anteriores a la fecha de su elección;

Y eso que solo estamos hablando del poder político que, por lo general (y la historia nos demuestra esto), es efímero; no de otros tipos de poder, tal vez más permanentes en el tiempo y más sólidos, como el económico.

Otro de los cuestionamientos que plantea la reelección inmediata, está centrado en cómo controlar el uso electorero de las armas que brinda el poder.

5. Los Magistrados propietarios de la Corte Suprema de Justicia, los Magistrados propietarios y suplentes del Tribunal Supremo de Elecciones, el Director del Registro Civil, los directores o gerentes de las instituciones autónomas, el Contralor y Subcontralor Generales de la República.

Esta incompatibilidad comprenderá a las personas que hubieran desempeñado los cargos indicados dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección".

La Constitución ecuatoriana es tajante respecto a la duración del mandato ejecutivo y la posibilidad de reelección. En ese país, quien es elegido Presidente de la República, no puede volver a ocupar ese cargo; así lo señala el artículo 74 de la Constitución Política.

Dentro de la misma tendencia se encuentra la Constitución de El Salvador: "El periodo presidencial será de cinco años y comenzará y terminará el día primero de junio, sin que la persona que haya ejercido la Presidencia pueda continuar en sus funciones ni un día más" (artículo 154 de la Constitución salvadoreña).

En Guatemala también está prohibida la reelección presidencial: "La persona que haya desempeñado durante cualquier tiempo el cargo de Presidente de la República por elección popular, o quien la haya ejercido por más de dos años en sustitución del titular, no podrá volver a desempeñado en ningún caso.

La reelección o la prolongación del periodo presidencial por cualquier medio son punibles de conformidad con la ley. El mandato que se pretenda ejercer será nulo" (artículo 187 de la Constitución de Guatemala).

La Constitución de Haití se refiere, más bien, a la prohibición de prolongarse en el mandato presidencial, permitiendo la reelección, transcurrido un periodo constitucional:

La Constitución de Honduras, por su parte, señala, en su artículo 239, la prohibición de reelección presidencial y la sanción a quienes quebranten dicho impedimento: "El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser presidente o designado. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años en el ejercicio de toda función pública C...)".

Cuando un Presidente de la República puede ser reelegido, no se constituye en un candidato más, sino en el candidato por excelencia, por todos los resortes que implica ejercer el Poder Ejecutivo.

Este tema fue discutido de manera muy clara en el proceso de elaboración de la Constitución Política de 1993, durante el cual la mayoría de constitucionalistas opinó en sentido adverso a la reelección presidencial inmediata, pues ello representaba un peligro muy grave para la equiparidad de condiciones que debe existir entre todos los candidatos aspirantes a la Presidencia de la República, más aún, teniendo en consideración, que al no existir entonces una ley de partidos políticos, y, por ende, norma alguna que ejerciera control o regulación en tomo a la disposición de los bienes públicos y privados en la campañas electorales, el Presidente cuenta con grandes ventajas para ello, las mismas que se traducen -en la práctica- en no tener límites a este respecto.

En buena cuenta, lo que se hace imposible distinguir ante un Presidente-candidato es cuáles de sus actos constituyen actos de gobierno y cuáles pueden ser considerados como actos proselitistas.

En adición a lo señalado, debemos considerar que la reelección inmediata conlleva el serio problema de la tentación del gasto público en obras improductivas, pero de las cuales el Presidente-candidato pueda sacar provecho inmediato.

Está también el artículo 240, inciso 1: "No pueden ser elegidos Presidente de la República: 1. Los designados a la Presidencia de la República, secretarios y subsecretarios de Estado, miembros del Tribunal Nacional de Elecciones, magistrados y jueces del Poder Judicial, presidentes, vicepresidentes, gerentes, subgerentes, directores, subdirectores, secretarios ejecutivos de instituciones descentralizadas, Contralor y Subcontralor General de la República, director y subdirector de Probidad Administrativa, que hayan ejercido sus funciones durante los seis meses anteriores a la fecha de elección del Presidente de la República (...)".

La Constitución mexicana también establece una prohibición absoluta, en su artículo 83: "El Presidente entrará a ejercer su encargo el 1 de diciembre y durará en él seis años. El ciudadano que haya desempeñado el cargo de Presidente de la República, electo popularmente, o con el carácter de interino, provisional o sustituto, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto".

En Panamá, la reelección presidencial está prohibida hasta para los dos periodos constitucionales siguientes.

La Constitución del Paraguay señala al respecto: "El Presidente de la República del Vicepresidente durarán cinco años improrrogables en el ejercicio de sus funciones, a contar desde el quince de agosto siguiente a las elecciones. No podrán ser reelectos en ningún caso. El Vicepresidente solo podrá ser electo Presidente para el periodo posterior si hubiese cesado en su cargo seis meses antes de los comicios generales. Quien haya ejercido la presidencia por más de doce meses, no podrá ser electo Vicepresidente de la República" (artículo 229).

La prohibición de reelección inmediata también se encuentra contemplada en la Constitución del Uruguay (artículo 152): "El Presidente y el Vicepresidente durarán cinco años en sus funciones, y para volver a desempeñarlas se requerirá que hayan transcurrido cinco años desde la fecha de su cese (...)". Sin embargo, las de República Dominicana y Nicaragua, nada dicen al respecto.

Además, la posibilidad de reelección presidencial en la Constitución de 1993 constituyó una legitimación del golpe de Estado del 5 de abril de 1992.

Estimo que podría llegarse a calificar el texto original del artículo 112 de la Constitución de 1993, como el correlato de dicho golpe de Estado; tal vez, el correlato políticamente necesario para Fujimori, pues no se concibe -dentro de una lógica golpista- que tras el quebrantamiento del orden constitucional y la instauración de un gobierno de facto (como fue el caso del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional), el protagonista de ese golpe de Estado abandone fácilmente el poder.

De todo lo expresado puede deducirse claramente que la posibilidad de reelección presidencial inmediata, juega como un factor desequilibrante entre los Poderes del Estado. Y nótese que no estamos con ello diciendo que este sea el único factor que ocasiona el desequilibrio entre dichos Poderes.

Lo que ocurre es mucho más grave, pues la posibilidad de reelección inmediata no hace sino incidir en el enorme desequilibrio existente entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República.

En tal sentido, resultan relevantes las expresiones de Enrique Bernal Ballesteros²⁴², cuando anota que la reelección presidencial es funcional a un determinado tipo de régimen de Gobierno, en cuyo caso la Constitución debe ser consecuente con el conjunto de instituciones que tienen que ver con el régimen político, para evitar que se rompa el equilibrio de Poderes y se constituya un gobierno de tipo dictatorial, tanto por la concentración de atribuciones, como por la duración en el cargo de Presidente de la República.

Por otra parte, tal como dice Enrique Bernal, el tema de la reelección presidencial, debe ser visto desde una perspectiva histórica y sociológica.

Señala el citado profesor que en el Perú la reelección tiene el lastre de las tendencias autoritarias, el caudillismo y el paternalismo de quienes llegan a la Presidencia y se resisten, con pocas y honrosas excepciones, a dejar el cargo. Agrega que en estas condiciones la reelección es un estímulo al cesarismo presidencialista y un adormecimiento de la conciencia cívica del país, ya que la renovación es intrínseca a la democracia, y lo es más cuando esta recién se está reconstruyendo y es necesario consolidarla, razón por la cual estima que la reelección presidencial inmediata, que era contemplada por el artículo 112 de

²⁴² BERNAL BALLESTEROS, Enrique. Estructura del Estado y modelo político en la Constitución de 1993. En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios". Serie: Lecturas sobre temas constitucionales, N° 11, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, pp. 103 Y 104

la Constitución de 1993 antes de su modificación, constituía un lamentable retroceso.

En lo personal, creo que Bernales tiene razón en señalar que establecer la posibilidad de reelección inmediata no resulta apropiada, pero no estoy convencido de que hayamos retrocedido, pues los diez años de gobiernos democráticos, en los cuales se guardaron las formalidades y libertades que implica un Estado de Derecho, no representaron significativos avances en lo que respecta a la maduración de una tradición democrática en el Perú, ya que sería ilusorio pensar que el pueblo peruano se sintiera satisfecho con el resultado de esos dos primeros gobiernos, y hubiese sido interesante preguntarle, en 1990, si se hubiera opuesto a una salida dictatorial que le garantizase una mejoría del país en el aspecto macroeconómico, a la par que una alternativa viable y rápida de combate frontal al fenómeno terrorista.

Sin perjuicio de este último comentario, estimo que la posibilidad de reelección presidencial inmediata representa uno de los principales factores negativos que ha caracterizado al presidencialismo en el Perú de la década 1990-2000, y que podrían llevar a que se le califique como una deformación del régimen presidencialista.

De aquí que considere un acierto tan necesario como previsible que, por medio del artículo 1 de la Ley N° 27365, publicada el 5 de noviembre del año 2000, se haya modificado el artículo 112 de nuestra actual Carta Política, abandonando así la posibilidad a una reelección inmediata del Presidente de la República.

Con dicha modificación hemos regresado a un sistema que permite la reelección, pero transcurrido como mínimo otro período constitucional, con lo que se deja abierta la posibilidad de que quien haya cumplido una buena labor, o incluso quienes no lo hayan hecho y se valgan de la memoria frágil de quienes ya no recuerdan su etapa de gobierno, vuelvan a postular sin toda esa carga de factores negativos implicada en la idea de un Presidente-candidato.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Estructura del Estado y modelo político en la Constitución de 1993. En: "La Constitución de 1993. Análisis Y comentarios". Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 11, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.

Vacancia de la Presidencia de la República

Artículo 113

La Presidencia de la República vaca por:

1. Muerte del Presidente de la República.
2. Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso.
3. Aceptación de su renuncia por el Congreso.
4. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado. Y
5. Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117 de la Constitución.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 33 inc. 1); 110, 114, 115, 117, 118 inc. 2);

C.P.: arts. 325 y ss., 354, 360;

C.J.M.: arto 78;

T.U.O. Rgmt. Congreso: arts. 68 inc. t), 89-i, 89-A;

C.A.D.H.: arto 23.2

Mario Castillo Freyre

Consideramos apropiado iniciar nuestro examen de esta norma comentando que el tema de la vacancia se encuentra vinculado al del sistema de delegación en el ejercicio del Poder Ejecutivo, en tanto, mediante este, se procura evitar que la máxima y primera magistratura del Gobierno, quede vacante y -esta circunstancia- encierre graves consecuencias para la estabilidad del régimen político de una Nación.

Señala la doctrina que según sea la causa que determine la sustitución, esta puede ser definitiva o absoluta, temporal o transitoria²⁴³. Las primeras son las que dan lugar a la vacancia de la Presidencia.

Estas causas pueden producirse antes de que el Presidente de la República asuma la Presidencia, las que determinan la sustitución del Presidente electo; o después, cuando el Presidente está en ejercicio de sus altas funciones.

Las causas que provocan faltas absolutas o vacancias de quienes ejercen el Poder Ejecutivo, pueden ser: renuncia aceptada, incapacidad física o mental permanente declarada por el Congreso, destitución, salida del territorio

²⁴³ De otro lado, las causas que provocan faltas temporales -impedimentos, ausencia, inhabilidad transitoria o falta accidental- de los titulares del Poder Ejecutivo, pueden ser: enfermedad, incapacidad física o mental transitoria, ausencia del territorio nacional por determinado plazo con autorización del Congreso, hallarse sometido a juicio político o judicial, o con licencia por un determinado plazo y, en general, cualquier otra inhabilidad temporal. Si la subrogación es temporal, el sustituto permanece como tal en el lapso que dura el impedimento o ausencia del titular del Poder Ejecutivo. Determinada la causa de la sustitución, el problema se reduce a señalar quién es el sustituto, para lo cual se aplican los mismos criterios que corresponden a las sustituciones definitivas.

nacional sin la debida autorización del Congreso, no reincorporarse al territorio de la República vencido el plazo concedido por el Congreso, abandono de su puesto, sentencia judicial condenatoria por ciertos delitos o cualquier otro grave motivo que provoque una falta absoluta.

Producida la falta absoluta, hay que entrar a determinar si existe sustituto elegido o designado con antelación al hecho que motiva la subrogación -sea este el Vicepresidente o Designado- para ver quién entra a desempeñar el puesto vacante.

Este tema es tratado por la generalidad de Constituciones consultadas y ello resulta lógico dentro de la Teoría Constitucional, a fin de evitar una acefalia en el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, pueden darse infinidad de situaciones en las cuales se aprecie -en diversos órdenes- el juego de los agentes políticos respecto al poder, ya que no necesariamente los encargados de suceder, en cualquier eventualidad, al Presidente de la República, serán personas de su mismo grupo político o, incluso siéndolo, podrían existir problemas internos o rivalidades recíprocas.

La causal de vacancia por muerte no merece mayor atención, además de lo ya comentado en términos generales. Resulta más que evidente que ante la muerte del Presidente se configura la vacancia del cargo.

La causal de permanente incapacidad moral o física nos ofrece, en cambio, mayores complicaciones, siendo, además, políticamente conflictiva por cuanto podría versar -con nitidez- sobre el siempre conflictivo tema del poder. En principio, partimos de la premisa de que para que se configure la vacancia el Presidente de la República tendría que incurrir en esa causal, en tanto que el Congreso, en virtud de lo establecido por el artículo 113, inciso 2, de la Constitución Política del Perú, debe acordar dicha vacancia.

Ante todo, habría que distinguir en este punto si el Presidente ~ la República en funciones cuenta con una mayoría parlamentaria suficiente, que responda a una misma consigna ideológica; o si, por el contrario, la mayoría parlamentaria está conformada por miembros de la oposición política.

En el supuesto de que el Presidente cuente con mayoría parlamentaria, y se dé una permanente incapacidad física en su persona, de tal magnitud que le impida seguir ejerciendo el cargo de Presidente de la República, podría ser factible que el Congreso (basado en esa mayoría) declare la vacancia de la Presidencia de la República, con la finalidad de que el Primer Vicepresidente de la misma pueda asumir el cargo de Presidente. Al fin y al cabo, Presidente y Vicepresidente, han sido elegidos en una misma fórmula presidencial, que, en nuestra hipótesis de trabajo, pertenecería a la misma agrupación política que la mayoría parlamentaria.

Sin embargo, y este no sería el primer caso en la historia del Perú, podría haber una rivalidad interna en la agrupación parlamentaria de mayoría, más

aún, considerando la eventual imposibilidad física absoluta del Presidente de la República, para seguir ejerciendo el cargo para el cual fue elegido.

Por otra parte, no nos cabe duda de que en caso el Presidente carezca de mayoría parlamentaria, esta se encontraría en aptitud de declarar la vacancia del cargo y hacer que el Primer Vicepresidente de la República asuma la Presidencia.

Además, debería tenerse en cuenta otro factor, consistente en que el Presidente, justamente por dicha incapacidad física permanente y absoluta, habría dejado de ser la cabeza o el líder de la opinión pública.

Sin embargo, se podría tener en cuenta una posibilidad distinta: que el Congreso decida no declarar la vacancia de la Presidencia de la República, justamente para evitar que el Vicepresidente se constituya en nuevo líder de la opinión pública, y que el Congreso prefiera que -de ser el caso- el Presidente, con su incapacidad física a cuestas, continúe ejerciendo el cargo, para, de este modo, evitar surja un nuevo liderazgo en las filas del Gobierno, y -en cambio- este liderazgo se traslade a las tiendas opositoras.

El otro tema que debemos analizar en este punto resulta aun más conflictivo que el primero, y consiste en la posibilidad de que el Congreso declare la vacancia de la Presidencia de la República por incapacidad moral del Presidente.

Ante todo, debe admitirse la relatividad del concepto incapacidad moral, entendida esta como la falta de capacidad en el plano moral que revista tal magnitud que haga necesario que el Congreso declare la vacancia de la Presidencia de la República, en la medida que el Presidente se encuentra inhabilitado para seguir ejerciendo sus funciones; con el propósito de resguardar la salud de la República.

Esto en el plano conceptual; pero en el orden práctico las cosas serían más complicadas, pues podríamos imaginar infinidad de situaciones o circunstancias en las cuales se pueda discutir si se trata de supuestos de incapacidad moral.

Al respecto, consideramos que la moral del Presidente de la República debe ser resguardada celosamente por el Congreso, y que este no debe convertirse -en momento alguno- en cómplice o encubridor de actos inmorales del mandatario, situación que ocasionaría un daño mayor a la República en su conjunto. Lamentablemente situaciones en las cuales el Congreso de la República actúe de esta forma no han sido frecuentes en la historia política de América Latina y del Perú, sobre todo en relación a un Presidente en ejercicio del cargo.

Mucho tiene que ver en el tema la afinidad política existente entre el Presidente de la República y la mayoría parlamentaria. Es muy probable que en caso existiera esta concordancia, difícilmente se procedería a declarar la vacancia del cargo por inmoralidad; en tanto que en la situación contraria, la mayoría

opositora del Congreso tendría que analizar la conveniencia política de una decisión tan trascendental, teniendo en cuenta las tendencias de la opinión pública.

Como se puede apreciar del análisis de este punto concreto, el Congreso cuenta, dentro del marco constitucional peruano, con potestades suficientes para fiscalizar, incluso, la vida privada del Presidente de la República; aspecto que debe tenerse en consideración, ya que el mismo constituye un arma muy importante del Congreso en relación con los actos del Presidente de la República.

Con respecto a la vacancia de la Presidencia de la República por renuncia, puede decirse que renunciar es potestativo del Presidente, en tanto que la aceptación de dicha renuncia corresponde al Congreso.

Estimamos que en lo referente a la renuncia del Presidente de la República, estamos ante una hipótesis de ocurrencia bastante difícil en nuestro país, en la medida que la palabra renuncia no es un término que manejen los funcionarios públicos por regla general en sus esquemas mental y de valores. En el Perú los Presidentes no renuncian; los Ministros tampoco lo suelen hacer. La renuncia en el Perú es algo exótico.

El alejamiento de un cargo nunca pasa por la voluntad del renunciante, sino por presiones que lo llevan a tomar una decisión de tal naturaleza. Solo se renuncia con una sonrisa en los labios cuando se trata de ocupar un Ministerio de mayor importancia o cuando, luego de algunos meses o años en el ejercicio del cargo de Ministro, el Presidente desea premiar a esa persona con el cargo de Embajador de! Perú en alguna República amiga en la que no tenga nada más que hacer que asistir a todas las recepciones oficiales que el protocolo impone.

En tal sentido es que no podemos imaginar un supuesto tan serio que ocasione la renuncia del Presidente de la República del Perú; no imaginamos algo que la moral de nuestros tiempos lo haga ver tan fuerte y repudiable, que el Presidente se halle en la obligación de renunciar y, efectivamente, renuncie, sin haber tratado de aferrarse al poder por todos los medios lícitos e ilícitos; constitucionales e inconstitucionales.

Ahora bien, si ello llegara a ocurrir, al Congreso -obviamente- no le quedaría más trámite que aceptar la renuncia formulada por el Presidente de la República, aunque, teóricamente, consideramos factible la posibilidad de que -al no precisarlo la Constitución- el Congreso no acepte la renuncia del Presidente y este, por tal razón, continúe en ejercicio de su cargo.

Con respecto a la vacancia de la Presidencia de la República por salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado, debemos recordar que el artículo 102, inciso 9, de la Constitución Política del Perú, establece que corresponde al Congreso autorizar al Presidente de la República para salir del país.

Dado este supuesto, el Congreso (artículo 113, inciso 4) tiene la facultad de acordar la vacancia de la Presidencia de la República.

Por lo menos en tiempos recientes, no se han presentado casos en los cuales el Congreso niegue la posibilidad para salir del país al Presidente de la República. Y esto es natural, en la medida que el Presidente es el encargado de dirigir la política exterior del Perú, y, en tal virtud, debe ser él quien decida cuándo y dónde ir, obviamente, con autorización del Congreso.

Además, no sería políticamente bien visto que el Congreso denegara la salida del Presidente de la República, ya que aparecería como un Congreso opresor, que -en buena cuenta- quiere coartar la libertad del Presidente (la misma que tiene todo ciudadano) de salir y retornar al territorio de la República cuantas veces lo estime conveniente.

Un actuar de este tipo sería negativo -políticamente hablando- para la imagen del Congreso.

No obstante ello, el Congreso podría negarse a autorizar la salida del Presidente del territorio patrio. Ello, por las más diversas circunstancias, fundadas o no.

Podría tratarse de una negativa fundamentada y razonable, cuando, por ejemplo, el Presidente de la República haya estado efectuando viajes excesivamente dispendiosos para el erario público y de poca utilidad en todos los ámbitos; o cuando el Presidente de la República haya actuado de manera poco decorosa en ocasiones anteriores en que haya salido del Perú.

En tales casos, el Congreso podría preferir que el Presidente no viaje, para resguardar -de este modo-la imagen y los intereses del Perú.

Además, ello no significaría que el Perú dejara de estar representado en esos foros o eventos internacionales, ya que el Presidente de la República no tendría que pasar por la autorización del Congreso para enviar a los mismos a cualquiera de sus Vicepresidentes o a algún Ministro u otro funcionario especializado de alta jerarquía, el mismo que cumpliría con la misión encomendada.

Pero también podríamos encontraros frente a un Congreso que trate de obstaculizar el desempeño de las funciones del Presidente de la República, sin razón aparente, es decir, que obstaculice su salida al exterior con el único y exclusivo afán de entorpecer su labor.

Ahora bien, el supuesto que nos encontramos analizando es aquel en el cual vaca la Presidencia de la República por el hecho de que el Presidente salga del territorio nacional sin permiso del Congreso o que, habiendo salido con permiso del Congreso, no retorne al país dentro del plazo conferido por el órgano legislativo.

En principio, debemos dejar sentado nuestro parecer en el sentido que cualquiera de estos dos supuestos implicarían -necesariamente- un actuar voluntario del Presidente de la República, de querer infringir la norma constitucional.

Es obvio que sería muy raro que salga del territorio patrio sin su voluntad, pero ello podría ocurrir de casualidad, en caso el Presidente sostuviera, por ejemplo, un encuentro en la zona limítrofe del Lago Titicaca con su homólogo de Bolivia. Allí no sería difícil que, a pesar de querer celebrar un encuentro en la zona peruana, por el natural desplazamiento de las naves en el agua, se pueda traspasar la frontera involuntariamente.

o en el caso de que el Presidente de la República haya salido con autorización del Congreso por un cierto plazo, pero que al retornar, dentro de las horas previstas, el avión presidencial sufra un desperfecto que lo obligue a retrasar el vuelo el tiempo suficiente como para que se configure la infracción constitucional.

Resulta evidente que dentro de una interpretación sana de la Constitución, nadie podría pensar que en estos casos se habrían configurado supuestos de infracciones constitucionales, dignas de hacer que el Congreso declare la vacancia del cargo de Presidente de la República.

Si estamos en presencia de un Congreso en el cual la mayoría parlamentaria responda al Presidente de la República, ello sería aún más impensable. Pero si estuviésemos ante un Congreso con mayoría parlamentaria adversa al Presidente de la República, todo se podría esperar, incluso que por una situación de esta naturaleza se proceda a declarar la vacancia de la Presidencia de la República, sin que medie culpa alguna del Presidente.

Dentro de tal orden de ideas, de haber sido sancionado el Presidente de la República por alguna de las infracciones antes señaladas, corresponderá al Congreso acordar su destitución, en virtud de lo señalado por el artículo 113, inciso 5, de nuestra Carta Política.

Sabemos²⁴⁴ que el Presidente de la República, como Jefe de Estado, es políticamente irresponsable, lo que quiere decir que no puede ser acusado por ninguna decisión política que tome, siendo sus ministros responsables de ellas y, por eso, deben firmarlas para que tengan validez; pero se hace excepción de la irresponsabilidad del

Presidente solo en los casos expresamente mencionados en el artículo 117, que son delitos tremendamente graves y que justifican enjuiciarlo.

Es obvio que para que el juicio proceda, el Presidente debe ser sometido al antejuicio establecido en los artículos 99 y 100 de nuestra Carta Política.

²⁴⁴ RUBIO CORREA, Marcial. Para conocer la Constitución de 1993. Tercera edición. Deseo, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, Lima, 1994, p. 132.

Sin embargo, debemos subrayar el hecho de que para que el Congreso declare la vacancia de la Presidencia de la República, será necesario que el Presidente haya sido -previamente- sancionado por efecto de la infracción de que se le acusa, en virtud de una sentencia condenatoria expedida por la última instancia de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Aquí está claro que las facultades de control del Congreso pueden tener eficacia, pero siempre y cuando vayan aparejadas de un actuar honesto, tanto de la Fiscalía de la Nación, como de la Corte Suprema.

A pesar de ello, en una hipótesis de esta naturaleza se moverán más que nunca los hilos de las influencias políticas ante estos órganos -teóricamente independientes en sus funciones jurisdiccionales-.

En el Perú resultaría evidente que una acusación por efecto de las causales mencionadas en el artículo 117 de la Constitución, implicaría, sin lugar a dudas, una situación límite dentro del Derecho Constitucional, la misma que pondría a prueba el funcionamiento del Sistema.

Independientemente de lo anotado, consideramos que, como vía alternativa, y en vista de la gravedad de los hechos eventualmente cometidos por el Presidente de la República, el Congreso podría decidir declarar la vacancia del cargo de Presidente, por considerarlo moralmente inapto para continuar en el desempeño del mismo.

Es más, creemos que una medida de esta naturaleza sería sumamente necesaria en caso de inmoralidad (que constituya delito) flagrante.

Sin embargo, incluso en estas hipótesis, subsistirían los problemas relativos al control de la constitucionalidad.

La lectura y el análisis del artículo 113 nos permite, en consecuencia, apreciar el juego de poderes que se da en la vida política. El que el Presidente tenga o no mayoría parlamentaria constituye un factor de primer orden que puede dar lugar a que, ante un mismo hecho, se obtengan resultados o soluciones completamente opuestos guiados --con frecuencia- por intereses ajenos al bienestar de la República:

DOCTRINA

RUBIO CORREA, Marcial. Para conocer la Constitución de 1993. Tercera edición, Deseo, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, Lima, 1994.

Artículo 114

Suspensión del ejercicio de la Presidencia

El ejercicio de la Presidencia de la República se suspende por:

1. Incapacidad temporal del Presidente, declarada por el Congreso, o
2. Hallarse éste sometido a proceso judicial, conforme al artículo 117 de la Constitución.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 102 inc. 10), 110, 113 inc. 2), 115, 117;

C.A.D.H.: arto 23.2

Oscar Díaz Muñoz

Los supuestos de suspensión del ejercicio de la Presidencia de la República están presentes en nuestro constitucionalismo desde la Constitución de 1834. El artículo 83 de esta, prescribía:

"El ejercicio de la presidencia se suspende, por mandar en persona el Presidente la fuerza pública, por enfermedad temporal, y por ausentarse á mas de ocho leguas de la capital de la República. En cualquiera de estos casos le subroga el Presidente del Consejo de Estado".

El Presidente no podía mandar personalmente la fuerza pública, salvo permiso del Congreso o, en su receso, del Consejo de Estado. Por ello, en tal excepcional situación, el Presidente quedaba suspendido en sus funciones, pasando a mandar la fuerza pública en condición de general en jefe, conforme indicaba el artículo 86 inciso 3 del Texto Constitucional de 1834.

La Constitución de 1834 no previó la figura del vicepresidente, por lo que encarga las funciones del Presidente suspendido al Presidente del Consejo de Estado.

Como podemos apreciar, la Constitución de 1834 precisaba el supuesto de suspensión por incapacidad temporal a aquel derivado de enfermedad. Por su parte, la suspensión por ausentarse más de ocho leguas de la capital de la República, será dejada de lado a partir de la siguiente Constitución de 1839.

La Constitución de 1860 contempló los siguientes supuestos de suspensión:

"Artículo 93.- El ejercicio de la Presidencia se suspende:

1. Por mandar en persona el Presidente la fuerza pública.
2. Por enfermedad temporal.
3. Por hallarse sometido á juicio en los casos expresados en el artículo 65".

Observamos aquí un supuesto novedoso: la suspensión del Presidente si se halla sujeto a juicio en los casos en que la Constitución habilitaba procesado durante su mandato: traición, atentar contra la forma de gobierno, disolver el Congreso, impedir su reunión o suspender sus funciones (artículo 65).

Si hasta la Constitución de 1834, el Presidente podía ser pasible de acusación constitucional, aun durante su período, por todo delito cometido en ejercicio de sus funciones "á que esté impuesta pena infamante" (artículo 23), en la Carta de 1839 procede la acusación constitucional contra el Presidente durante su mandato solo "si atentare contra la independencia y unidad nacional" (artículo 35). Y en la de 1856 se señala que solo cabe acusar al Presidente en ejercicio "por infracciones directas a la Constitución" (artículo 61). Como puede verse, los textos constitucionales han ido liberando de responsabilidad al Presidente de la República durante su período, hasta otorgarle una irresponsabilidad propia de un jefe de Estado parlamentario, no obstante ser el nuestro un régimen presidencial, en el que el Presidente reúne las jefaturas de Estado y de Gobierno. En esta línea se encuentra el citado artículo 65 de la Constitución de 1860²⁴⁵.

Las siguientes Constituciones, de 1867 (artículo 80 inciso 4 y artículo 81), de 1920 (artículo 118) y de 1933 (artículo 145), contemplaron los tres supuestos de suspensión del artículo 93 de la Constitución de 1860, debiéndose mencionar, solamente, que la Carta de 1933 reemplazó la "enfermedad temporal" por "incapacidad física temporal" (artículo 145 inciso 2).

Con la Constitución de 1979 (artículo 207), quedó suprimido como supuesto de vacancia que el Presidente mande en persona la fuerza pública. Un constituyente, Enrique Chirinos Soto, justificaba esta supresión en que: "Si el Presidente manda en persona la fuerza armada, aun en el teatro de operaciones, sigue siendo Presidente"²⁴⁶.

Llegamos así al artículo 114 de la Constitución de 1993, conforme al cual:
"El ejercicio de la Presidencia de la República se suspende por:

Incapacidad temporal del Presidente, declarada por el Congreso, o

Hallarse éste sometido a proceso judicial, conforme al artículo 117 de la Constitución".

Estamos ante casos de suspensión, no de vacancia, es decir, superado el motivo de suspensión, el Presidente puede retomar el ejercicio de la Presidencia.

En el primer inciso (incapacidad temporal declarada por el Congreso), "encontramos una decisión esencialmente política del Congreso en función de elementos de juicio que aporte la realidad sobre la incapacidad temporal del presidente"²⁴⁷.

²⁴⁵ DÍAZ MUÑOZ, asear. La moción de censura en el Perno Lima, 1997, p. 114

²⁴⁶ CHIRINOS SOTO, Enrique. La nueva Constitución al alcance de todos. Andina, Lima, 1979, p. 221.

²⁴⁷ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de /a Constitución Política de 1993. Volumen 4, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999, p. 285.

Como hemos visto, hasta la Constitución de 1933 la suspensión del Presidente por incapacidad, se concretaba a la "incapacidad física", incluso, antes, los textos constitucionales eran aún más específicos, hablando de "enfermedad temporal". Será la Constitución de 1979, seguida en esto por la de 1993, la que hablará genéricamente de "incapacidad temporal".

No es el único artículo de la Constitución de 1993 que contempla un supuesto de incapacidad del Presidente de la República. Antes ya lo ha hecho el artículo 113 inciso 2, que prescribe que el cargo de Presidente vaca por su "permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso". De esta forma, la incapacidad presidencial declarada por el Congreso puede ser física o moral.

Sin embargo, ¿podría sustentarse la suspensión del Presidente por "incapacidad moral temporal"? En nuestra opinión, no. La "incapacidad moral" es un concepto jurídico indeterminado, por lo que el Congreso ha de darle contenido en cada caso concreto²⁴⁸, asociándola a inconductas graves, no necesariamente delitos, y aun cuando lo fueran, no se requiere de previa condena judicial para que el Congreso declare al Presidente incapaz moralmente y su cargo vacue.

Teniendo la "incapacidad moral" tales características, no consideramos que esta pueda ser "temporal" y habilitar solo la suspensión del Presidente en el ejercicio de su cargo. La "incapacidad moral" no es temporal o permanente, sino simplemente el Presidente merece o no tal calificación de parte del Congreso al momento de la votación²⁴⁹.

Por ello, la "incapacidad temporal" declarada por el Congreso como causal de suspensión del ejercicio de la Presidencia de la República, no puede ser otra que incapacidad física temporal. Tal incapacidad podrá estar relacionada con la enfermedad, como se mencionaba hasta la Constitución de 1860, o circunstancias análogas.

Pero el Congreso no podría declarar la suspensión del ejercicio de la Presidencia de la República por una pretendida "incapacidad moral temporal" del Presidente. En nuestra opinión, si el Congreso imputa "incapacidad moral" al Presidente de la República, le corresponde declarar la vacancia presidencial, conforme al artículo 113, inciso 2, de la Constitución, y no la suspensión del Presidente. Ello pues pensamos que no puede hablarse de una "incapacidad moral temporal".

²⁴⁸ LANDA ARROYO, C. Entrevista en el diario El Comercio de Lima, el 30 de enero de 2005, p. A 10.

²⁴⁹ Coincidimos, por ello, con Marcial Rubio, en su crítica a la Constitución de 1993, cuando esta precisa (a diferencia de la Carta de 1979) que es supuesto de vacancia del Presidente de la República su permanente incapacidad moral (artículo 113 inciso 2). Según este autor, "la incapacidad moral es razón suficiente para la vacancia si existe en el momento de la votación del Congreso. Consideramos que es en este sentido que debe interpretarse la norma a pesar del cambio ocurrido y no pretender la permanencia de la incapacidad moral, requisito absurdo en sí mismo" RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 280

El segundo inciso del artículo 114 de la Constitución de 1993 está referido a la suspensión del Presidente de la República por hallarse este sometido a proceso judicial. Conforme al artículo 117 de la Constitución, el Presidente solo puede ser acusado, durante su período, por traición a la patria; impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, o impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

Conforme al artículo 100 de la Carta de 1993, el proceso judicial al Presidente se desarrolla ante la Corte Suprema, previa acusación del Congreso, luego de que este haya llevado a cabo el antejuicio político (artículo 99 de la Constitución).

Mientras el Presidente esté siendo procesado por la Corte Suprema, quedará suspendido en el ejercicio de sus funciones. Esta suspensión -aunque la Constitución no lo señale expresamente- debe ser declarada por el Congreso de la República, como acontece con la suspensión por incapacidad temporal.

En caso de que el Presidente de la República sea condenado por la Corte Suprema, pasará de suspendido a destituido, produciéndose el supuesto de vacancia previsto en el artículo 113 inciso 5 de la Constitución. Luego de la condena judicial, el Presidente podrá ser también pasible de que el Congreso le aplique la sanción de inhabilitación hasta por 10 años para el ejercicio de la función pública, de la que habla el primer párrafo del artículo 100 de la Constitución²⁵⁰.

DOCTRINA

CHIRINOS SOTO, Enrique. La nueva Constitución al alcance de todos. Andina, Lima, 1979; DÍAZ MUÑOZ, O. La moción de censura en el Perú. Lima, 1997; LANDA ARROYO, César. Entrevista en el diario El Comercio de Lima, el 30 de enero, 2005, p. A10; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

²⁵⁰ C&. Sentencia del Tribunal Constitucional, de 1 de diciembre de 2003, Exp. N° 0006-2003-AI/TC. Fundamento N° 25

Artículo 115

Sucesión presidencial y vicepresidencial

Por impedimento temporal o permanente del Presidente de la República, asume sus funciones el Primer Vicepresidente. En defecto de éste, el Segundo Vicepresidente.

Por impedimento de ambos, el Presidente del Congreso.

Si el impedimento es permanente, el Presidente del Congreso convoca de inmediato a elecciones.

Cuando el Presidente de la República sale del territorio nacional, el Primer Vicepresidente se encarga del despacho. En su defecto, lo hace el Segundo Vicepresidente.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 110, 111, 113, 114, 117; Ley 27375;

D.Leg. 560: arto 1;

C.J.M.: arto 78;

C.A.D.H.: arto 23;

D.U.D.H.: art. 23;

P.I.D.C.P.: art. 25; Convenio 169 de la OIT: arto 6.b.

Oscar Díaz Muñoz

Como es sabido, nuestra forma de gobierno sigue el modelo presidencial, diseñado por la Constitución norteamericana de 1787. En esta se prevé que acompañe al Presidente un Vicepresidente, elegido de la misma manera y para el mismo período (Artículo II, Sección 1).

Sin embargo, no todas nuestras Constituciones han contenido la figura del Vicepresidente. Así, las Constituciones entre 1823 y 1828 previeron solo un Vicepresidente. Pero no la Constitución de 1834 que, en caso de vacancia de la Presidencia de la República, disponía que el Presidente del Consejo de Estado se encargue de esta y convoque elecciones. Lo propio hizo la Constitución de 1839.

La Constitución de 1856 volvió a contemplar una Vicepresidencia. Y será la Constitución de 1860 la que, por vez primera, prevea dos Vicepresidencias.

Nuevamente las Constituciones de 1867 y 1920 no mencionarán a los Vicepresidentes, encargando la presidencia interina al Presidente del Consejo de Ministros.

Lo propio hizo la Constitución de 1933, aunque esta fue reformada por la Ley N° 8237 que crea las Vicepresidencias.

El artículo de la Constitución de 1993 que comentamos difiere de su antecedente, el artículo 208 de la de 1979, en que la primera dispone que el Presidente del Congreso convoca elecciones solo si el impedimento de los Vicepresidentes es permanente. Si el impedimento de estos no tiene ese

carácter, el Presidente del Congreso puede ejercer la Presidencia de la República interinamente.

Es de sobra conocido que el primer párrafo del artículo bajo comentario fue aplicado con ocasión de la renuncia, desde Japón, de Alberto Fujimori a la Presidencia de la República, el 21 de noviembre de 2000. El Congreso no aceptó su renuncia, y declaró la vacancia de la Presidencia de la República por la causal de incapacidad moral (por 62 votos a favor, 7 en contra y 9 abstenciones). Los dos Vicepresidentes igualmente renunciaron, por lo que la Presidencia de la República recayó en el Presidente del Congreso, Valentín Paniagua, que convocó a elecciones generales.

Como ya ha advertido Marcial Rubio Correa²⁵¹, en caso de que el Presidente del Congreso deba convocar a elecciones, hay dos aspectos no resueltos por la Constitución:

Si el nuevo Presidente, completa el periodo del anterior o se empieza a computar un nuevo periodo de cinco años a partir de su elección.

Si el Presidente del Congreso debe convocar a elección Presidencial y de congresistas o solo a la primera. En este último supuesto, se tendría un mandato parlamentario que no marcharía en paralelo con el del Presidente de la República.

A nuestro juicio, el nuevo Presidente de la República es elegido para completar el periodo de cinco años de su predecesor²⁵². Y estas elecciones no llevan a la elección simultánea de un nuevo Congreso, porque lo contrario haría que estemos ante un supuesto de revocatoria del mandato parlamentario, lo cual viene 'prohibido por el artículo 134 de la Constitución, que solo habilita la disolución del Congreso por el Presidente de la República cuando el Parlamento ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros²⁵³.

La Constitución de 1979 fue la primera en encargar a la Vicepresidencia el despacho del Presidente de la República cuando este sale del territorio nacional. Como es evidente, el viaje del Presidente al extranjero (con la debida autorización del Congreso, por supuesto), no es un caso de suspensión ni mucho menos de vacancia.

Cuando el Presidente sale del territorio en viaje oficial, sigue siendo Presidente. Como recuerda Chirinos Soto, antes de 1979 los Presidentes adoptaron distintas soluciones al viajar fuera del Perú: Manuel Prado, en su primer

²⁵¹ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Volumen 4. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 291.

²⁵² De acuerdo al artículo 112 de la Constitución, el mandato presidencial es de cinco años

²⁵³ Sin embargo, nuestra historia reciente muestra un camino distinto al que acabamos de describir: la convocatoria que, rara el 2001, hizo el Presidente Valentín Paniagua fue para elecciones no solo presidenciales, sino también parlamentarias. Es cierto que sobre estas últimas no hay previsión constitucional expresa, pero los cuestionamientos a la transparencia de las elecciones generales del 2000 harán imperiosa la elección de un nuevo Parlamento. El ganador de esas elecciones presidenciales, Alejandro Toledo, fue elegido no para completar el período del Presidente vacada (iniciado el 2000), sino para un nuevo período presidencial de cinco años (2001-2006).

gobierno (1939-45), encargó su despacho al Presidente del Consejo de Ministros y no a alguno de los dos Vicepresidentes; en su segundo gobierno (1956-62), le dio el encargo a su Primer Vicepresidente. Por su parte, el Presidente Fernando Belaunde al viajar al exterior, en 1967, dejó su cargo en manos de su Primer Vicepresidente²⁵⁴.

La Constitución de 1993, en el último párrafo de su artículo 114, precisa, al igual que la de 1979, que en la eventualidad del viaje del Presidente al extranjero, el Vicepresidente queda encargado del despacho Presidencial. Para Chirinos Soto, encargarse del despacho "no significa asumir, a plenitud, las funciones del Presidente, sino atender las cuestiones de mero trámite"²⁵⁵.

Por nuestra parte, opinamos que, eventualmente, la responsabilidad del Vicepresidente encargado del despacho presidencial, puede ir más allá de la atención de los asuntos de mero trámite, llegando a desempeñar cualquier función de gobierno si las circunstancias lo exigen, pues "el vicepresidente realiza los actos que corresponden al Presidente dentro del territorio nacional, aunque el Presidente no haya dejado de ser tal"²⁵⁶.

DOCTRINA

CHIRINOS SOTO, Enrique. La nueva Constitución al alcance de todos. Andina, Lima, 1979; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993.

Volumen 4. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

²⁵⁴ CHIRINOS SOTO, Enrique. La nueva Constitución al alcance de todos. Andina, Lima, 1979, P. 222.

²⁵⁵ *Ibidem*

²⁵⁶ RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 292

Artículo 116

Asunción del cargo presidencial

El Presidente de la República presta juramento de ley y asume el cargo, ante el Congreso, el 28 de julio del año en que se realiza la elección.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 110, 111 Y 112;

T.U.O. Rgmo. Congreso: arto 11; D.Leg.: 560: arto 1

Osear Díaz Muñoz

La juramentación del electo Presidente de la República antes de asumir el cargo, la encontramos en la Constitución norteamericana de 1787, de donde -<:on importantes variantes- tomamos nuestra forma de gobierno, la presidencial. Así, dicha Constitución señala no solo la obligación del Presidente electo de juramentar, sino también la fórmula para hacerlo: "Antes de aprestarse al cumplimiento de sus funciones, (el Presidente) deberá pronunciar el siguiente Juramento o Declaración Solemne: "Juro (o declaro) solemnemente desempeñar con toda fidelidad el cargo de Presidente de los Estados Unidos y que, hasta el límite de mi capacidad, preservaré, protegeré y defenderé la Constitución de los Estados Unidos" (Artículo II, Sección 1). La Constitución norteamericana no especifica quién debe tomar juramento al Presidente, pero la costumbre ha impuesto que lo haga ante el Presidente de la Corte Suprema Federal.

Nuestro constitucionalismo muestra la exigencia de este juramento, ante el Congreso de la República. En algún caso, la Constitución señaló la fórmula de juramento: "Yo, N., juro por Dios y estos Santos Evangelios que ejerceré fielmente el cargo de presidente (o vicepresidente) que me ha confiado la República: que protegeré la religión del Estado, conservaré la integridad é independencia de la nación y guardaré y haré guardar exactamente su Constitución y leyes" (artículo 87 de la Constitución de 1828).

En el Reglamento del Congreso de la República se señala:

"El 28 de julio se realiza la ceremonia de asunción del cargo de Presidente de la República. En ella, el Presidente del Congreso toma juramento al Presidente de la República electo y le impone la banda presidencial. Luego el Congreso escucha el mensaje del Presidente de la República. No hay debate ni pueden hacer uso de la palabra los Congresistas" (artículo 11).

Actualmente, no hay una fórmula rígida de juramento. El Reglamento del Congreso menciona un contenido básico, en la juramentación para la toma de posesión de los Congresistas electos: "La fórmula de la juramentación será la de uso común, por Dios y por la Patria; salvo que algún Congresista expresara el deseo de que se prescinda de la invocación a Dios en su juramento, a lo cual la Mesa Directiva accederá de inmediato" (artículo 12 inciso "e"). Estas mismas

reglas tendrían que observarse en la juramentación del Presidente de la República.

El artículo 116 de la Constitución dice que el Presidente de la República asume el cargo el 28 de julio del año en que se realiza la elección. Cabe plantearse qué ocurriría si -por ejemplo, por una demora en el cómputo electoral- el Presidente no puede jurar el cargo en esa fecha. Pensamos que en tal caso asumirá tan cerca al 28 de julio como sea posible, lo que no supondrá que su mandato se extienda más allá del 28 de julio cinco años después²⁵⁷. Así resolvía este problema la Constitución de 1933, al prescribir que el período presidencial comienza el 28 de julio del año en que se realiza la elección "aunque el elegido no hubiese asumido sus funciones en aquella fecha" (artículo 139).

DOCTRINA

RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

²⁵⁷ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Volumen 4, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 295.

Procedencia de acusaciones al Presidente de la República

Artículo 117

El Presidente de la República solo puede ser acusado, durante su período, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 99, 100, 113, 114, 118 inc. 5), 134, 140, 187, 191, 198;

C.P.: arts. 10, 325, 354, 360;

C.A.D.H.: arto 23.2

Ornar Cairo Roldán

Cuando en esta disposición se establece que el Presidente de la República solo puede ser acusado, durante su periodo, por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales, municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución²⁵⁸, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral, se está prescribiendo que -durante ese mismo tiempo- no es posible iniciar válidamente en su contra ningún proceso penal por delitos distintos a los mencionados. Esta prohibición también ha estado presente en las distintas Constituciones aprobadas en el Perú durante el siglo veinte, en las cuales se contemplaron algunas de las excepciones previstas en el artículo 117 de la Constitución vigente²⁵⁹. Sin embargo, teniendo en cuenta que un elemento central de la democracia constitucional es el control de la conducta de los funcionarios públicos para proteger los derechos de las personas ¿se justifica esta obstrucción temporal contra la persecución penal de la criminalidad gubernativa?

²⁵⁸ El artículo 134 de la Constitución establece que el Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si este ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros.

²⁵⁹ El artículo 96 de la Constitución de 1920 estableció que el Presidente de la República solo podía ser acusado durante su periodo en los casos "de traición, de haber atentado contra la forma de Gobierno, de haber disuelto el Congreso, impedido su reunión o suspendido sus funciones.". El artículo 150 de la Constitución de 1933 permitía la acusación contra el Presidente, durante su mandato, "por traición a la patria; por haber impedido las elecciones presidenciales o parlamentarias; por haber disuelto el Congreso, o impedido su funcionamiento, o la reunión o funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones". La Constitución de 1979, en su artículo 210, permitía la acusación contra el Presidente "por traición a la patria, impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o locales; por disolver el Congreso, salvo lo dispuesto en el artículo 227; Y por impedir su reunión o funcionamiento o los del Jurado Nacional de Elecciones y del Tribunal de Garantías Constitucionales"

Para encontrar algunas respuestas puede ser útil acudir al Derecho Comparado.

Según explica Luis María Díez-Picazo, en Estados Unidos, la responsabilidad penal del Presidente es la misma que corresponde a los particulares²⁶⁰, es decir, el Jefe del Poder Ejecutivo puede ser acusado, durante su mandato, por cualquier delito. Si bien es cierto que la Constitución norteamericana establece la existencia de un procedimiento parlamentario -denominado impeachment-, en virtud del cual corresponde a la Cámara de Representantes acusar ante el Senado al Presidente, Vicepresidente y a todos los funcionarios civiles por traición, cohecho, otros delitos y faltas graves, en Estados Unidos se ha considerado que no es necesario transitar previamente por dicho trámite en el Congreso antes de iniciar un proceso penal contra ellos²⁶¹. Esto se debe a que ambos procedimientos (parlamentario y judicial) tienen finalidades distintas. Mientras el impeachment está dirigido a proteger la dignidad de la función pública impidiendo que continúe en su puesto una persona considerada como criminal por dos tercios de los senadores presentes²⁶², el objetivo del proceso penal es hacer efectiva -mediante la condena penal- la protección del bien jurídico afectado mediante el delito cometido. Por eso Juan García Cotarelo explica que el impeachment es un procedimiento criminal con finalidades políticas, que solo produce la separación del cargo de aquel que sea condenado en su desarrollo, mientras que las "eventuales responsabilidades penales que se deriven de los cargos que fundamentan la acusación planteada por la Cámara baja, es algo que corresponderá a la justicia ordinaria"²⁶³.

En Inglaterra, el Jefe de Gobierno, denominado Primer Ministro, es el líder de la mayoría parlamentaria y, a pesar de que forma parte de la Cámara de los Comunes, puede -como cualquier ciudadano- ser sujeto pasivo de un proceso penal, porque los privilegios parlamentarios no han servido "para dotar subrepticamente de inmunidad penal a los miembros del Gobierno"²⁶⁴. Ahí, según afirma Klaus Tiedemann, la inmunidad parlamentaria (privilege of freedom arrest or molestation) no tiene apenas importancia en la práctica, pues garantiza protección "sólo ante presiones de naturaleza procesal civil que prácticamente no existen en la actualidad"²⁶⁵²⁶⁶. El mismo Tiedemann explica que, en Alemania, el Jefe de Gobierno (Canciller Federal) también es responsable criminalmente sin limitación²⁶⁷.

²⁶⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis María. Lo criminalidad de los gobernantes. Critica, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1996, p. 87

²⁶¹ ARMAGNAGUE, Juan Fernando. Juicio político y Jurado de Enjuiciamiento en la n/leva Constitución Nacional. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 48-49

²⁶² DÍEZ-PICAZO, Luis María. Ob. cit., p. 99

²⁶³ GARCÍA COTARELO, Juan. El régimen político de MS Estados Unidos. En: "Regímenes Políticos Actuales". Juan Ferrando Badía (Coordinador). 3ª edición, Tecnos S.A., Madrid, 1995, p. 570

²⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis María. Ob. cit., p. 65

²⁶⁵ TIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho Penal Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 141-142.

²⁶⁶ Según explica Pedro Planas, en sus orígenes la inmunidad parlamentaria protegía la libertad de los parlamentarios frente a los procesos civiles y por eso perdió su razón de ser en Inglaterra cuando ahí se abolió la prisión por deuda. PLANAS Pedro. Derecho Parlamentario. Ediciones Forenses.

Lima, 1997, p. 121.

²⁶⁷ TIEDEMANN, Klaus, Ob. cit., p. 146

Por lo visto, resulta incompatible con la igualdad de las personas -uno de los derechos protegidos por el sistema constitucional-la prohibición temporal de iniciar un proceso penal contra una de ellas (el Presidente de la República) por la mayor parte de delitos previstos en la legislación penal. Al respecto, el profesor Francisco Eguiguren Praeli ha afirmado correctamente que esta virtual "irresponsabilidad" penal del Presidente resulta injustificable en un régimen democrático y constitucional, porque "mal puede aceptarse que quien ostenta el mayor poder del Estado carezca casi totalmente de una razonable responsabilidad, en los planos político y penal, como elemento de contrapeso y equilibrio"²⁶⁸. Por esa razón ha propuesto que la incorporación de "la posibilidad de acusación al Presidente, mientras ejerce el cargo, por un conjunto más amplio de causales, vinculadas a graves infracciones de la Constitución, corrupción o delitos dolosos"²⁶⁹.

No debemos olvidar que la finalidad del Derecho Penal y, por consiguiente, de la sanción de los delitos, es la defensa del interés público de la sociedad "en mantener una convivencia pacífica por medio de la protección de los bienes jurídicos fundamentales"²⁷⁰. Recordemos, además, que la mayor parte de estos bienes jurídicos constituyen derechos (vida, libertad, propiedad, dignidad, entre otros) de las personas. Por eso, cuando -quebrantando la igualdad de las personas- esta protección se suprime durante cinco años respecto de la mayor parte de delitos que podría cometer un Presidente de la República, se instala en la sociedad una sensación de injusticia que, frecuentemente, es aprovechada por quienes desprecian al sistema constitucional y sienten nostalgia por las dictaduras.

En relación al alcance de la prohibición de formular acusaciones contra el Presidente de la República prevista en esta norma, consideramos que esta solo comprende a las acusaciones penales, es decir, no contiene el impedimento de la interposición válida de demandas civiles contra el Presidente de la República, durante su mandato. Para incluir a la materia procesal civil dentro del ámbito de prohibición del artículo 117 de la Constitución habría que realizar una interpretación extensiva de la limitación al derecho a la tutela jurisdiccional contenida en esta disposición, olvidando el principio de interpretación expansiva o progresiva de los derechos humanos "conforme al que, entre varias exégesis posibles de una norma, debe preferirse la que restrinja en menor escala al derecho en juego"²⁷¹.

Con relación a este tema puede ser útil recordar que en Estados Unidos, el Presidente cuenta con inmunidad en materia de "responsabilidad civil por

²⁶⁸ EGUIGUREN, Francisco. Comisiones investigadoras, antijuricidad y responsabilidad MI Presidente. En: "Ius et Veritas". Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XIII, N° 25, noviembre de 2002, p. 108

²⁶⁹ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Ob. cit., p. 109

²⁷⁰ ECHANO, Juan 1. Perspectiva jurídico-penal mi perdón, p. 124

²⁷¹ SAGÜÉS, Néstor. Interpretación tk los Derechos Humanos en las Jurisdicciones nacional e internacional En: "Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos". Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 2002, p. 37.

cualquiera de las acciones u omisiones relativas al ejercicio de sus funciones"²⁷², pero esta "no abarca los daños que el Presidente pueda causar en su condición de persona privada"²⁷³. Por eso, después de que Paula Jones interpuso una demanda contra el Presidente William Clinton sobre indemnización por daños y perjuicios y daños punitivos, por actos ocurridos en 1991 -es decir antes que se iniciara el periodo presidencial que venía ejerciendo el demandado- la Corte Suprema norteamericana, por votación de nueve a cero, estableció que la inmunidad referida a la responsabilidad civil derivada de los daños producidos por los actos oficiales del Presidente -reconocida en el caso Nixon vs. Fitzgerald (1982)- no alcanza a sus actos no oficiales²⁷⁴.

DOCTRINA

ARMAGNAGUE, Juan Fernando. Juicio político y Jurado de Enjuiciamiento en la nueva Constitución Nacional. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995; DíEZ PICAZO, Luis María. La criminalidad de los gobernantes. Crítica. Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1996; ECHANO, Juan 1. Perspectiva jurídico-penal del perdón; EGUIGUREN, Francisco. Comisiones investigadoras, antejuicio y responsabilidad del Presidente. En: "Ius et Veritas". Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XIII, N° 25, noviembre, 2002; GARCIA COTARELO, Juan. El régimen político de los Estados Unidos. En: "Regímenes Políticos Actuales". Juan Ferrando Badía (Coordinador). Tercera edición, Ternos S.A., Madrid, 1995; PLANAS Pedro. Derecho Parlamentario. Ediciones Forenses. Lima, 1997; TIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho Penal. Palestra Editores, Lima, 2003; SAGÜÉS, Néstor. Interpretación de los Derechos Humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. En: "Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos". Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 2002

²⁷² DíEZ-PICAZO, Luis María, Ob. cit., p. 88

²⁷³ DíEZ-PICAZO, Luis María, Ob. cit., p. 88

²⁷⁴ Clinton vs. Jones (95-1853), 520 U.S. 681 (1997)

Artículo 118

Atribuciones y obligaciones del Presidente de la República

Corresponde al Presidente de la República:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.
2. Representar al Estado, dentro y fuera de la República.
3. Dirigir la política general del Gobierno.
4. Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República.
5. Convocar a elecciones para Presidente de la República y para representantes a Congreso, así como para alcaldes y regidores y demás funcionarios que señala la ley.
6. Convocar al Congreso a legislatura extraordinaria; y firmar, en ese caso, el decreto de convocatoria.
7. Dirigir mensajes al Congreso en cualquier época y obligatoriamente, en forma personal y por escrito, al instalarse la primera legislatura ordinaria anual. Los mensajes anuales contienen la exposición detallada de la situación de la República y las mejoras y reformas que el Presidente juzgue necesarias y convenientes para su consideración por el Congreso. Los mensajes del Presidente de la República, salvo el primero de ellos, son aprobados por el Consejo de Ministros.
8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.
9. Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales.
10. Cumplir y hacer cumplir las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.
11. Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados.
12. Nombrar embajadores y ministros plenipotenciarios, con aprobación del Consejo de Ministros, con cargo de dar cuenta al Congreso.
13. Recibir a los agentes diplomáticos extranjeros, y autorizar a los cónsules el ejercicio de sus funciones.
14. Presidir el Sistema de Defensa Nacional; y organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
15. Adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado.
16. Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso.
17. Administrar la hacienda pública.
18. Negociar los empréstitos.
19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.
20. Regular las tarifas arancelarias.
21. Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria.

22. Conferir condecoraciones en nombre de la Nación, con acuerdo del Consejo de Ministros.

23. Autorizar a los peruanos para servir en un ejército extranjero. y 24. Ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 9, 31, 38, 39, 44, 55 al 57, 74, 75, 78, 102 inc. 5), 105, 110, 113 (inc. 4), 115, 117, 134, 137, 139 incs. 2), 13), 18) Y 19) ;163 al 175, 176 Y ss., 181; C.T.: arto III T.P.;

C.P.Ct.: arto 75;

T.U.O.Rgnto.Congreso: arts. 50,54 (inc. e), 91;

D.Leg. 560: arts. 3, 4;

D.Leg. 743;

L.O.M.: arto 22 D.e.;

Ley 25397;

Ley 26329;

Ley 26994;

Ley 27479;

Ley 27594: arts. 1 inc. 3), 2;

Ley 28091;

P.I.D.C.P.: arto 1;

P.I.D.E.S.C.: arto 1

Ornar Cairo Roldán

En el sistema constitucional existen dos formas básicas de gobierno: el régimen parlamentario y el régimen presidencial. En ambos regimenes las funciones que corresponden a la Jefatura del Estado (representación protocolar del Estado) y a la Jefatura del Gobierno (dirección de la gestión de los asuntos públicos) son realizadas de diferentes maneras. En el régimen parlamentario, la Jefatura del Gobierno está cargo de un funcionario que, según el país de que se trate, recibe distintas denominaciones (por ejemplo, Primer Ministro, Canciller o Presidente del Gobierno), mientras que la Jefatura del Estado es asumida por una persona distinta. En el régimen presidencial, en cambio, tanto la Jefatura del Estado como la Jefatura del Gobierno están a cargo de una sola autoridad que recibe el nombre de Presidente²⁷⁵. La Constitución peruana de 1993 ha asumido un régimen semipresidencial, es decir una organización del ejercicio del poder político que contiene los elementos fundamentales del régimen presidencial, pero acompañados por algunos mecanismos ajenos al

²⁷⁵ Al respecto, Juan Linz: explica que en los sistemas presidenciales "el presidente no es solo el que ejerce el poder ejecutivo, sino también el jefe simbólico del Estado, y no se le puede destituir, excepto en algún caso excepcional de juicio político (impeachment), entre elecciones". (LINZ, Juan.

Democracia presidencial o parlamentaria: ¿qué diferencia implica? En: "Las crisis del presidencialismo. 1.

Perspectivas comparadas." Juan Linz y Arturo Valenzuela (compiladores). Alianza Editorial S.A., Madrid, 1997, p. 32).

mismo, que pertenecen al régimen parlamentario (por ejemplo, la censura de los ministros, la interpelación y la disolución del Congreso).

Uno de los elementos centrales del régimen presidencial, contenidos en la Constitución peruana vigente, es la atribución al Presidente de la República de las funciones de Jefe de Estado y de Jefe de Gobierno. Así, mientras el artículo 110 del texto constitucional establece que el Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación, el inciso 3 de su artículo 118 prescribe que a esta autoridad le corresponde dirigir la política general del Gobierno.

El artículo 118 de la Constitución -que es materia del presente comentario contiene 24 incisos, en los cuales se mencionan distintas atribuciones presidenciales, la mayor parte de ellas correspondientes a los dos ámbitos mencionados de las funciones del Presidente de la República. Así, en cuanto a la Jefatura de Estado, en esta norma se reconoce al Presidente la atribución de representar al Estado dentro y fuera de la República (inciso 2). En cuanto a la Jefatura de Gobierno, en este artículo se establece que al Presidente de la República le corresponde dirigir la política general de Gobierno (inciso 3), velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República (inciso 4), dirigir mensajes al Congreso en cualquier época y, obligatoriamente, al instalarse la primera legislatura anual (inciso 7), reglamentar las leyes, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones (inciso 8), cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales (inciso 9), cumplir y hacer cumplir las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (inciso 10), dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados (inciso 11), nombrar embajadores y ministros plenipotenciarios, con aprobación del Consejo de Ministros, y con cargo de dar cuenta al Congreso (inciso 12), presidir el Sistema de Defensa Nacional; y organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (inciso 14), adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado (inciso 15), declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso (inciso 16), administrar la hacienda pública (inciso 17), negociar los empréstitos (inciso 18), regular las tarifas arancelarias (inciso 20) y autorizar a los peruanos para servir en un ejército extranjero (inciso 23). También le corresponde convocar a elecciones presidenciales, parlamentarias y municipales (inciso 5), convocar al Congreso a legislatura extraordinaria (inciso 6), conceder indultos, conmutar penas y ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados, cuando la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria (inciso 21), recibir a los agentes diplomáticos extranjeros, y autorizar a los cónsules el ejercicio de sus funciones (inciso 13) y conferir condecoraciones a nombre de la nación, con aprobación del Consejo de Ministros (inciso 22).

El inciso 19 del artículo materia del presente comentario contiene una atribución excepcional del Presidente de la República: la expedición de normas con fuerza de ley, en materia económica y financiera. Se trata de los decretos de urgencia, los cuales -aunque el texto de este inciso no lo dice expresamente- solo pueden ser expedidos válidamente en circunstancias de

emergencia. Permitir el empleo ordinario de esta facultad presidencial conllevaría la ruptura de uno de los elementos fundamentales del sistema constitucional: la prohibición de que una autoridad concentre el ejercicio regular de las funciones ejecutiva y legislativa. Esta concentración se produjo durante los 12 años de vigencia de la Constitución de 1979, cuando los gobiernos de entonces modificaron numerosas leyes del Congreso mediante el empleo de la facultad establecida en el inciso 20 de ese texto constitucional²⁷⁶.

El funcionamiento de los decretos de urgencia en el Derecho Comparado y su tratamiento doctrinal permiten apreciar que esta institución comprende cuatro elementos fundamentales: circunstancia habilitante, carácter transitorio, limitación normativa, procedimiento de expedición y mecanismo de convalidación parlamentaria. La circunstancia habilitante es el estado de necesidad que justifica la expedición de un decreto de urgencia. Al respecto, la Constitución de España de 1978 faculta al Gobierno a dictar disposiciones legislativas provisionales en caso de "extraordinaria y urgente necesidad", mientras que el artículo 177 de la Constitución italiana de 1947 prescribe que las "medidas provisionales" con fuerza de ley pueden ser expedidas en casos "extraordinarios de necesidad y urgencia"²⁷⁷. En cambio, el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución peruana, ignorando el significado de los decretos de urgencia, señala que el Presidente puede expedirlos "cuando así lo requiere el interés nacional". El carácter transitorio de los decretos de urgencia obedece a que su finalidad es enfrentar una situación que, por ser de emergencia, no es permanente. Por eso -a diferencia del silencio presente en nuestro texto constitucional-las Constituciones de Italia, Brasil, Austria y España mencionan expresamente la transitoriedad de estas normas²⁷⁸. La limitación normativa es el establecimiento de ámbitos que no pueden ser objeto de regulación por estos decretos. Al respecto, el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución peruana señala que deben versar sobre materia económica y financiera.

Asimismo, el artículo 74 del mismo texto constitucional establece que los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria. El procedimiento de expedición de los decretos de urgencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución del Perú, comprende la necesidad de su aprobación por parte del Consejo de Ministros. Finalmente, el mecanismo de convalidación parlamentaria sirve al Congreso para enfrentar los abusos en los cuales el Jefe de gobierno puede incurrir al utilizar esta facultad, privando de

²⁷⁶ El inciso 20 del artículo 211 de la Constitución de 1979 facultaba al Presidente de la República para dictar "medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso". César Landa explica que durante "la vigencia de la Constitución de 1979, en el Perú, el Poder Ejecutivo legisló casi tanto o a veces más que el Congreso", y recuerda que durante el gobierno de Fernando Belaunde se dictaron 667 decretos de urgencia, 1033 durante el gobierno de Alan García y 562 durante el gobierno constitucional de Alberto Fujimori (1990-1992). LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. 2ª edición, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 650.

²⁷⁷ PLANAS, Pedro. Decretos de urgencia y "medidas extraordinarias": Notas para una tipificación. En: "Ius et Veritas" N° 7, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 135-136.

²⁷⁸ "Brasil (1988) se preocupa de resaltar que son 'medidas provisionales'; Italia (1947) las denomina 'medidas provisionales'; Austria (1920), 'decretos transitorios de modificación de leyes'; y España (1978) reconoce que estas 'disposiciones legislativas provisionales tomarán forma de decretos leyes'" (PLANAS, Pedro. Ob. cit., pp. 136-137).

eficacia jurídica desde el inicio de su vigencia a los decretos expedidos sin que exista una circunstancia habilitante, sin observar la limitación normativa o transgrediendo el procedimiento de expedición.

A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos de Brasil²⁷⁹ e Italia²⁸⁰, la Constitución peruana no contempla este mecanismo, pues el inciso 19 de su artículo 211, únicamente señala que el Presidente debe dar cuenta al Congreso del ejercicio de esta facultad, y que este órgano puede modificar o derogar los decretos de urgencia.

DOCTRINA

LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Segunda Edición, Palestra Editores, Lima, 2003; LINZ, Juan. Democracia presidencial o parlamentaria: ¿qué diferencia implica? En: "Las crisis del presidencialismo. 1.

Perspectivas comparadas". Juan Linz y Arturo Valenzuela (compiladores).

Alianza Editorial S.A., Madrid, 1997; PLANAS, Pedro. Decretos de urgencia y "medidas extraordinarias". Notas para una tipificación. En: "Ius et veritas" N° 7, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; PLANAS, Pedro. Inseguridad jurídica, imprevisión normativa e ineficiencia legislativa. Efectos de la subordinación del Congreso peruano al Ejecutivo (1980-2000). En: "Advocatus". Nueva Época, Tercera Entrega 2000, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

²⁷⁹ En Italia, su Constitución especifica que el Gobierno debe someter la medida extraordinaria con fuerza de ley a las Cámaras el mismo día de su expedición para su convalidación, y que si estas no la "convierten en ley a los sesenta días de su publicación, el 'decreto perderá' eficacia desde su inicio" (PLANAS, Pedro. Inseguridad jurídica, imprevisión normativa e ineficiencia legislativa. Efectos de la subordinación del Congreso peruano al Ejecutivo (1980-2000). En: "Advocatus". Nueva Época, Tercera Entrega, 2000, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, pp. 125-126).

²⁸⁰ En Brasil, su Constitución exige al Presidente de la República que someta las medidas provisionales en caso de relevancia y urgencia "de inmediato" al Congreso "para su convalidación o rechazo", y establece que estas "pierden eficacia 'desde su publicación' si el Congreso no las convierte en ley en un plazo de treinta días" (PLANAS, Pedro. Inseguridad jurídica... Ob. cit., p. 126).

CAPÍTULO V

DEL CONSEJO DE MINISTROS

Dirección y gestión de los servicios públicos

Artículo 119

La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 39, 58, 76, 92, 119, 123, 127, 162, 192.6, 194, 197, 8' nET.;

D.Leg. 560: arts. 14, 15, 16, 19 Y ss.;

Ley 27658;

Ley 27711;

Ley 27789;

Ley 27790;

Ley 27791;

Ley 27792;

Ley 27793;

Ley 27860;

C.A.n.H.: arto 23.1.c;n.

D.n.H.: arto 22.2;

p.l.n.C.p.: arto 25.c

Jorge Santistevan de Noriega

1. Antecedentes de la Constitución Histórica

En el Título IV de la Constitución, dedicado a la estructura del Estado, el Capítulo V desarrolla la institución del Consejo de Ministros. Lo hace inmediatamente después de tratar, en el Capítulo IV, el tema del Poder Ejecutivo. El primero de los artículos sobre el Consejo de Ministros aborda tres temas: los ministros que conforman el gabinete; el Consejo de Ministros como órgano del gobierno (al que le prestan atención en especial los artículos 121, 125, 126, 128 Y 129); Y los asuntos que competen a los ministros en particular y al Consejo que estos integran en conjunto.

Admite la doctrina que en el Perú rige un presidencialismo atenuado que encuentra en el Consejo de Ministros una clara expresión de instituciones que provienen de la forma parlamentaria de gobierno²⁸¹. Estas han ido ganando

²⁸¹ VALEGA GARCÍA, César. La responsabilidad política del Gobierno. En: "Lecturas sobre temas constitucionales" N° 10. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 201. Valega

terreno, aunque tímidamente, a lo largo de nuestra historia, pues la verdad es que, aunque la Constitución tenga un diseño favorable al Consejo de Ministros y a su Presidente para balancear el enorme poder del Presidente de la República, en la práctica la figura presidencial no ha perdido protagonismo. En el Perú gobierna el Presidente de la República, con la colaboración de los ministros; estos ni individualmente ni en Consejo se sienten cogobernando con el Primer Mandatario. Tanto es así que ni en las formas bajo las que actúa el Gobierno en el Perú, aun en democracia indiscutida, este responde con rigor al diseño constitucional. Basta comprobar que el artículo 122 de la Carta -que dispone que el Presidente nombra y remueve a los Ministros de Estado, a propuesta y con acuerdo del Presidente del Consejo de Ministros- es y casi siempre ha sido letra muerta.

La Constitución histórica da cuenta, desde la Carta de 1823, de normas relativas a los ministros, a los que se les ha concebido como "órganos de gobierno en los departamentos de su dependencia" (1823) o directores "de la política general del Poder Ejecutivo" en los asuntos que competen a sus respectivos ministerios (1933).

Hubo ocasiones en que la Constitución ha limitado su número (tres ministros de Estado en 1823, cuatro secretarios de despacho bajo las órdenes del vicepresidente en 1826); y otras en las que se ha dejado el número de ministros a la determinación de la ley (1856). Desde la Constitución de 1933 no se ocupa la Carta en determinar en su texto el número de ministros.

Lo importante es que con el transcurso del tiempo, especialmente a partir de la Carta de 1933, se ha ido configurando la idea de un Consejo de Ministros como órgano colegiado responsable de la gestión del Gobierno. Así lo concibió Villarán (2) y así quedó consagrado en la Constitución de 1933 cuyos artículos 157, 163, 164 Y 165 regularon con detalle esta institución.

En cuanto al texto puntual del actual artículo 119 de la Constitución vigente, la mención al Consejo de Ministros en su conjunto queda mejor reflejada formalmente en la Carta de 1979. Efectivamente, la norma comienza haciendo referencia al Consejo en su conjunto para hacerlo responsable de la gestión de Gobierno. Acto seguido se ocupa de los ministros, individualmente considerados, como responsables de cada cartera a su cargo (como lo dice la Constitución actual) o de los asuntos que competen a su ministerio (como lo expresan las Constituciones precedentes de 1979 y 1933). Todo lo cual puede englobarse dentro del criterio de "responsable de su sector" que se utiliza en el lenguaje administrativo y oficial de nuestros días

Desde este punto de vista, el artículo 119 de la Constitución tiene una clara orientación administrativa que puede hacernos olvidar que los ministros y el Consejo que ellos conforman deben ser un claro instrumento de gobierno, que

describe las instituciones del gobierno de origen parlamentario que ha ido admitiéndose en nuestro constitucionalismo para atenuar la figura presidencial. El Consejo de Ministros es uno de ellos, a los que se suma el refrendo presidencial, la interpelación parlamentaria, el voto de censura y el voto de confianza de los ministros por parte del Congreso y la creación del Presidente del Consejo de Ministros como tránsito a un posible presidente de gobierno que coexista con la jefatura de Estado en manos del Presidente de la República que algunos propician en el Perú.

toma decisiones políticas de singular importancia -junto con el Presidente de la República-. Algunos tratadistas llegan a considerar que los ministros están destinados a cogobernar con el Presidente o al menos deberían hacerla, para diferenciarse del presidencialismo marcado en el que los conductores administrativos son simplemente secretarios del Presidente.

La primacía que viene adquiriendo el Consejo de Ministros sobre los ministros independientemente considerados, tiene que leerse en concordancia con los artículos 121, 125, 126 Y 128. Estos contienen el más importante desarrollo de esta institución colegiada en relación con su conformación y funciones, sus atribuciones, el voto requerido para la toma de decisiones, así como las reglas mínimas para evitar el conflicto de interés y establecer las responsabilidades por las decisiones que dentro de él se tomen.

Interesa detenerse en la definición que adopta el artículo 119 de la Constitución sobre aquello que se le confía al Consejo de Ministros en su conjunto y a los ministros individualmente considerados. El texto vigente se refiere concretamente a "los servicios públicos" como el conjunto de responsabilidades confiadas al Consejo, utilizando la misma expresión que su predecesor el artículo 212 de la Constitución de 1979. Anteriormente, los textos constitucionales han' tratado el tema como: "la política general del Poder Ejecutivo" (1933), "los negocios de la administración pública o del gobierno de la República" (1856, 1839 Y 1828), o los ministerios "necesarios para el servicio de la Confederación". Veremos a continuación si este cambio de conceptos (pasar de "la política general del Poder Ejecutivo" en 1933 a "la dirección y gestión de los servicios públicos" en 1979 y 1993) resulta conveniente en la actualidad, habida cuenta de que se admite que muchos servicios públicos puedan ser gestionados -o inclusive de propiedad de particulares ~o que es abiertamente opuesto al enunciado "la gestión y dirección" en manos del Consejo de Ministros)- sin que esta nueva visión del servicio público suponga exonerar al Estado de cumplir su papel regulador a través de organismos técnicos autónomos especializados.

Cabe, asimismo, mencionar que el desarrollo del Estado ha traído consigo la generación de nuevos y diversos portafolios a fin de atender con criterio técnico las tareas inherentes al quehacer estatal. Sin embargo, el crecimiento en número que han venido sufriendo los ministerios se ha detenido. Hoy se reclama que, en el marco de una reforma del Estado, podrían más bien reducirse en número y tamaño las reparticiones a cargo de los ministros. Ello supondría fusionar algunos, definir más claramente sus competencias para evitar duplicidades, y profundizar el proceso de descentralización y desconcentración. Esto último en beneficio del trasvase de responsabilidades que hoy se encuentran altamente centralizadas, en beneficio de la administración de los Gobiernos regionales y municipales.

En todo caso, un Consejo de Ministros con responsabilidad política y administrativa guarda consonancia con los postulados del constitucionalismo contemporáneo, en respuesta a las nuevas demandas que debe atender el Poder Ejecutivo, en tanto administrador de la "cosa pública" y responsable de

establecer las políticas públicas que concentran su competencia en el Poder Ejecutivo. Desde este punto de vista la doctrina afirma, como lo expresa García Belaunde, que los ministros "actúan como responsables de los diversos sectores de la administración pública"²⁸².

2. Debate constitucional del Pleno -1993

El jueves 5 de agosto de 1993, en la 29a sesión del Pleno congresal, se inició el debate y se aprobó el Capítulo V; del Consejo de Ministros (artículos 133 al 143) Título V; de la Estructura del Estado, generando debate en referencia al tratamiento constitucional que se debía conferir en la nueva Carta a la citada institución política.

Torres y Torres Lara (Nueva Mayoría-Cambio 90)(4) intervino señalando:"(...) hemos avanzado de manera importante para otorgarle al Consejo de Ministros una mejor jerarquía, una mayor calidad y una condición de órgano de apoyo al Poder Ejecutivo superior a la que anteriormente poseía (...) se refuerza al gabinete, se le da más funciones, se fortalece la figura del presidente del Consejo de Ministros y se le convierte en coordinador de los ministros. En consecuencia se avanza hacia la idea de un gobierno más fuerte y en apoyo de la acción del Poder Ejecutivo y del presidente de la República".

Moreyra Loredó (Solidaridad y Democracia - SODE)²⁸³ señaló que consideraba que: "(...) este capítulo es uno de los menos importantes de la Constitución, puesto que establece, de manera más o menos reiterativa, que ya está preceptuado, es decir la tradicional función de los Consejos de Ministros. Señala sí un avance importante que es conveniente resaltar, que es una vinculación más permanente entre el Consejo de Ministros y el Parlamento. No así en cuanto al propio protagonismo político que debiera de tener el Premier".

3. Desarrollo legislativo

Las previsiones constitucionales vigentes referidas al Poder Ejecutivo tienen en el ámbito legal un referente preconstitucional, expedido en el mes de marzo de 1990.

Se trata de la Ley del Poder Ejecutivo, aprobada vía Decreto Legislativo N° 560, norma que no ha sido derogada y que ha merecido una extensa reglamentación a través del Decreto Supremo N° 067-2003-PCM, que reglamenta la organización y funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros. A las citadas normas se aúna un conjunto de dispositivos expedidos con la finalidad de normar la actividad institucional de los diversos ministerios, siendo la más reciente la Ley del Ministerio de Defensa.

La citada ley orgánica ha perdido su verdadera connotación, toda vez que norma un estado de cosas previo a la dación del nuevo texto constitucional. A ello se suma la vía legislativa empleada; no corresponde, en buen derecho, que mediante legislación delegada se traten temas tales como la organización y

²⁸² GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Esquema de la Constitución peruana. J-Y. Ediciones, Lima, 1998, p. 119

²⁸³ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Diario de los Debates. Debate Constitucional Pleno-1993. Tomo n, Lima, 1998, p. 1630

funciones del Ejecutivo, la intervención parlamentaria, en una norma de indiscutible trascendencia para la vida estatal. Por ello resulta necesaria la revisión de las leyes expedidas sobre el particular, a fin de dimensionar adecuadamente las funciones constitucionales conferidas al Consejo de Ministros.

4. Aportes doctrinarios y comentarios al texto

Rubio Correa²⁸⁴ apunta en sus comentarios a la Constitución que el artículo es insuficiente pues no deja sentado que los ministros son gobernantes, en la medida que conforman con el Presidente de la República, el Poder Ejecutivo. Añade además que existe una clara dimensión política en cada ministro y en el Consejo de Ministros, pero que esta no se refleja en el artículo 119, por lo que el artículo debería adicionalmente contemplar que el ministro y el Consejo, cada uno en su ámbito, son políticamente responsables.

Continúa señalando Rubio Correa que a los ministros les corresponde dictar las normas sectoriales de alcance nacional en los asuntos de su competencia y prestar, a través de los organismos públicos descentralizados que se reservan expresamente al nivel central de Gobierno, bienes y servicios sectoriales, teniendo a su cargo la supervisión y control de las instituciones públicas descentralizadas que conforman el sector correspondiente. Asimismo, ejecutan las acciones e inversiones en los casos que le son reservados al Gobierno Nacional. Finalmente, comenta que ni el Consejo de Ministros ni los ministros individualmente, fijan de manera autónoma las líneas directrices de su gestión, sino que las políticas de cada sector y del Ejecutivo en su conjunto, tienen que ser coordinadas por los ministros con el Presidente, matices propios de nuestro régimen de gobierno.

Bernales Ballesteros²⁸⁵ señala que el artículo 119 de la Constitución fortalece las atribuciones del Consejo de Ministros, pues no solamente los ministros individualmente tienen la obligación de dirigir y gestionar los asuntos públicos, sino también en el Consejo, reforzando de esta manera el trabajo en equipo. Críticamente señala que el artículo bajo comentario es "letra muerta" porque considera que en la práctica el verdadero director y gestor de "la cosa pública" es el Presidente de la República, ya que es la figura predominante en cada sector ministerial, lo que supone reconocer que la institución del Consejo de Ministros, destinada a mitigar la tradición presidencialista, no lo ha logrado en la práctica.

De otro lado, cabe detenerse en analizar si es afortunada la mención que hace el artículo 119 de la Constitución a los "servicios públicos" como el objeto esencial de atención al Consejo de Ministros y de los ministros; y si además corresponde -como reza el actual texto constitucional- que la "dirección y gestión de éstos" esté confiada al órgano político del Ejecutivo. Hay entre

²⁸⁴ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución política de 1993. Tomo III, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 380-386.

²⁸⁵ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1999. Análisis comparado. 5ª edición. Editora Rao. Lima, 1999, pp. 581-584

nuestros comentaristas constitucionales quienes se manifiestan favorables a la expresión "servicios públicos" como el objeto de atención primigenia del Consejo de Ministros. Bernaldes defiende que mediante ellos, el Estado ampara y brinda asistencia a la población en su conjunto; sin embargo, sostiene que la acción de los ministros no se circunscribe únicamente a su despacho debido al crecimiento del Estado y las demandas de la población de servicios públicos.

García Toma²⁸⁶, en la misma dirección, coincide en que los ministros colaboran con el Presidente de la República en el ejercicio de la actividad político-administrativa del Poder Ejecutivo, asumiendo la conducción y responsabilidad del desarrollo de la planificación, organización, coordinación, dirección y control de los servicios públicos, administrados, supervisados según un régimen de derecho público y tendientes a la satisfacción de necesidades colectivas (educación, salud, transporte). Por su parte Kresalja Roselló²⁸⁷ indica que, a su juicio, la pauta constitucional ha avanzado incluyendo la dirección y gestión de los servicios públicos como función propia del Consejo de Ministros, aporte de la Carta del 93 que es relevado por este autor.

¿Es, sin embargo, correcto que la Constitución se refiera a los "servicios públicos" para referirse a lo que antes fueron considerados los "negocios del Estado" o los "asuntos públicos" o "la administración pública"? Si bien es verdad que se entiende por servicios públicos aquellos indispensables para la satisfacción de las necesidades básicas de la población, esta definición resulta tan amplia que mantenerla enmascara una realidad concreta y completa. Se considera que hay servicios públicos que el Estado brinda directamente y a los que nunca podrá renunciar (salud, educación, defensa, seguridad, justicia, orden interno). Sin embargo, se admite hoy que otros servicios públicos pueden y deben ser confiados en su gestión al sector privado mediante modalidades concesionales²⁸⁸, que abarcan desde servicios complementarios de educación y salud hasta los servicios públicos domiciliarios como el agua y saneamiento, las telecomunicaciones, la electricidad, el gas, la distribución de hidrocarburos, el transporte y hasta el uso de infraestructura para el transporte como son los puertos, aeropuertos, las vías férreas, las autopistas y las carreteras. Ante esta realidad ¿debemos mantener la mención a los "servicios públicos" en el artículo 119 de la Constitución y, además ponerlo s bajo la dirección y gestión del Consejo de Ministros?

Todo lo contrario. Se debe volver a definir los "asuntos públicos" como el objeto primordial de atención de los ministros y su cuerpo colegiado; poner a la administración del Estado bajo su responsabilidad y dejar que en el capítulo económico de una nueva Constitución surja a plenitud -como no lo ha hecho suficientemente la Carta del 93-la regulación de los servicios públicos que de manera continua y uniforme, en aplicación del principio del servicio universal, debe ofrecerse a la población. Ello supone un adecuado reconocimiento constitucional de los organismos autónomos encargados de la regulación sin la

²⁸⁶ GARCÍA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Tomo n, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1998, pp. 118-119.

²⁸⁷ KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. Rol del Estado y la gestión de /os servicios públicos. En: "Themis" N° 39, Lima, 1999.

²⁸⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Ara Editores-Ariño y Asociados. Lima, 2004, pp. 613-674. (El nuevo servicio público y la regulación económica).

contaminación política del Consejo de Ministros. Si bien a nivel legislativo se han dado pasos singularmente importantes con la promulgación de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y el Tribunal Constitucional I ha hecho valiosos aportes en la materia a través de sentencias como la que resolvió el proceso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley de Desmonopolización Progresiva²⁸⁹, el campo es virgen para el tratamiento constitucional de los servicios públicos desde una perspectiva moderna.

Por ello resulta bien orientada la redacción del artículo 175 que se propone en el marco de la reforma constitucional discutida en el Congreso de la República en las legislaturas correspondientes al 2001-2003 que puntualmente señala que "la dirección y gestión de los asuntos públicos están a cargo del Consejo de Ministros"²⁹⁰.

Son pues los "asuntos públicos" y no los "servicios públicos" los que comprometen a los ministros y al Consejo, debiendo la regulación de estos últimos quedar debidamente incorporada en el ámbito constitucional. Cabe añadir con Pareja Paz Soldán, que aún el Estado carece de un Poder Ejecutivo en el que los ministros de Estado dejen de ser únicamente, "un ente colectivo cuya función consiste en colaborar con el Presidente de la República"²⁹¹. En tal sentido, resulta evidente la necesidad de fortalecer, cuando menos jurídicamente, la labor de este colectivo que, por su propia naturaleza, debiera estar llamado a ejercer el cogobierno, sin que ello implique desvirtuar el rol directriz que ejerce el Jefe de Estado. Corresponde en consecuencia que al cambio en el objeto de atención del Consejo de Ministros, ya propuesto en el mencionado artículo 175 de la Reforma de la Constitución, se le añada una mejor definición del papel político -y no simplemente administrativo- que le corresponde al Consejo de Ministros, lo que supone configurar a este órgano del Ejecutivo como cogobernador con el Presidente de la República para que cumpla su función mitigadora del presidencialismo.

DOCTRINA

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Ara Editores Ariño y Asociados, Lima, 2004; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1999, análisis comparado. Quinta edición, Lima, 1999; CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Diario de los Debates. Debate Constitucional Pleno 1993. Tomo n. Lima, 1998; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Esquema de la Constitución peruana. J.V. Ediciones, Lima, 1998; GARCÍA TOMA, Víctor.

Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Tomo n. Lima: Fondo de desarrollo editorial de la Universidad de Lima 1998; KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. Rol del Estado y la gestión de los servicios públicos. En "Themis", N° 39, Lima, 1999; PAREJA PAZ SOLDÁN, José. Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979. Editorial Valenzuela, Lima, 1982; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo HI, Lima: Fondo

²⁸⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencias recaídas sobre el Expediente N° 00S-2003-AI/TC y el Expediente N° 0008-2003-AI/TC.

²⁹⁰ PAREJA PAZ SOLDÁN, José. Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979. Editorial Valenzuela, Lima, 1982, p. 98.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 146

Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999; V ALEGA GARCÍA. César. La responsabilidad política del gobierno. En: "Lecturas sobre temas constitucionales", N° 10. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994; VILLARÁN y GODOY, Manuel. Lecciones de Derecho Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998.

Refrendación de actos del Presidente de la República

Artículo 120

Son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 118, 123 inc. 3), 128;

D.Leg.: 560: arts. 14, 15 inc. 7)

Jorge Santistevan de Noriega

1. Origen del refrendo

Como muchas instituciones democráticas, el refrendo ministerial tiene origen monárquico. Fue concebido bajo la fórmula de que el rey, porque no podía cometer errores, no podía actuar solo. Requería entonces de un ministro que, al acompañar su firma al acto regio, lo validara y absorbiera a su favor (o desfavor) las responsabilidades que por definición nunca podía alcanzar al monarca. Como institución está vigente en las monarquías constitucionales de Europa y ha sido admitida en los sistemas presidencialistas moderados. No existe en los Estados Unidos. Siempre hemos tenido el refrendo en el Perú como resultado del principio de irresponsabilidad del Presidente de la República²⁹².

La institución del refrendo ministerial es tan antigua en el Perú como lo es la República. Villarán, en sus Páginas escogidas²⁹³, se encarga de precisar que desde el Estatuto Provisional promulgado por San Martín se estableció, la referida figura de orden constitucional y administrativo. Lo propio hizo la Constitución de 1923. Con García Belaunde y Villarán queda claro que todas las Cartas del Perú, desde 1828, han obligado a que los Ministros de Estado impongan su contrafirma a la del Presidente de la República, para dar validez a los actos de gobierno. Así lo exige, por lo demás el artículo 120 de la Constitución vigente.

2. Naturaleza y funciones del refrendo

Constitucional y administrativamente, el refrendo es una institución compleja. Efectivamente, Serra Rojas presenta ordenadamente las siguientes funciones del refrendo ministerial²⁹⁴:

²⁹² VILLARÁN, Manuel Vicente. Páginas escogidas. Lima, 1962, pp. 74-75

²⁹³ Ibídem. pp. 71 Y ss. en las que Villarán desarrolla en el marco de la Constitución de 1936 el modelo norteamericano y la copia peruana, así como las bases de la refrendación ministerial. Al amparo del aforismo *the King can do no wrong* se ha desarrollado la institución para que el Rey o quien ocupe el Ejecutivo no actúe nunca solo. Dicho aforismo ha sido sustituido modernamente por la expresión *the king can not act alone* que es precisamente el refrendo como se le conoce en las monarquías democráticas y en los sistemas presidencialistas moderados. Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2001, p. 1240.

²⁹⁴ SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. Primer curso. Editorial Porrúa, México, 2001, pp. 577-578

(a) Idoneidad: la contrafirma del Ministro autentica que un acto ha sido hecho en la esfera de competencias del Presidente en particular y del Ejecutivo en general;

(b) Seguridad: asegura el cumplimiento de la resolución del Ejecutivo y le proporciona los medios y mecanismos de la administración pública para hacerlo;

(c) Responsabilidad: siendo el Presidente normalmente irresponsable por los actos que suscribe durante el periodo de su mandato, a través del refrendo el Ministro que suscribe atrae para sí toda la responsabilidad jurídica por los actos materia del refrendo (artículos 120 y 128 de la Constitución de 1993), salvo los casos de traición a la patria u obstrucción electoral o disolución indebida del Congreso de la República, que constituyen verdaderamente la excepción al principio de irresponsabilidad presidencial²⁹⁵; y,

(d) Delimitación de competencias: puesto que obliga al Presidente, para la validez de sus actos, a subordinarlos al imperio de la ley y al ámbito competencial administrativo del Ministro refrendante.

Se ha explicado que se trata de un acto de refrendación en el que, de una parte, se produce la legalización del acto presidencial, al decir de Jiménez de Arechaga, en línea con un criterio notarial de certificación; y de la otra, constituye un acto mediante el cual la voluntad del Ministro expresada en la contrafirma produce la integración del acto en concepto de Bielsa, puesto que la intervención del Ministro concurre a la formación del acto como lo señala Fraga²⁹⁶. Fiorini, por su parte, bajo la denominación de refrendata ministerial, subraya su función como requisito de validez del acto presidencial²⁹⁷.

Convenimos, en consecuencia, que el refrendo es legalización del acto pero algo más que eso, pues los ministros no sustituyen solamente la función de los notarios sino que participan en la formación del acto. Es, entonces, un requisito de validez en el que el ministro refrendante compromete su voluntad, sin lo cual (formalidad y compromiso) el acto del Presidente no nace, no tiene eficacia ni valor. Por ello es que a la par que legaliza, la participación de un ministro verdaderamente integra el acto y da origen a un haz de responsabilidades que atrae para sí el refrendante con el propósito de liberar de aquellas al Presidente de la República, salvo notorias excepciones.

Puede aplicarse, *mutatis mutandi*, a nuestro país la descripción del español Sánchez Agesta: "El refrendo es una de las máximas sutilezas del Derecho Constitucional contemporáneo. Históricamente fue una simple formalidad que

²⁹⁵ La doctrina constitucional peruana es uniforme en señalar este principio de no responsabilidad, presidencial durante el ejercicio del periodo de mandato gubernamental, con la excepción anotada.

²⁹⁶ Véase en particular P ANIAGUA CORAZAO, Valentin. El sistema de la Constitución de 1993. En: "Derecho", Revista Xujidica da Universidade de Santiago de Compostela, Volumen IV, N° 2, 1995, pp. 12-54 Y Villarán. Ob. cit. pp. 97 Y 98.

²⁹⁷ FIORINI, Bartolomé A. Derecho Administrativo. Tomo 1, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pp.171-172

autenticaba o daba fe de un acto; hoy en el régimen parlamentario es fundamentalmente una limitación material del poder regio en cuanto quien refrenda asume íntegramente la responsabilidad de la legalidad y de la oportunidad del acto"²⁹⁸.

3. Aporte doctrinario

Rubio Correa²⁹⁹ señala que en la Constitución de 1979 y en la de 1993 el artículo 120 tiene el mismo significado normativo, y que el Presidente de la República es irresponsable por sus actos, pudiendo únicamente ser procesado por los delitos establecidos taxativamente en el artículo 117 de la Constitución. Por ello sostiene que para garantizar que en toda decisión del Poder Ejecutivo haya un responsable político, es que se exige que un ministro refrende los actos del presidente para dotar así de validez a los mismos.

Afirma que el refrendo ministerial tiene una doble función; dar la responsabilidad de los actos presidenciales al ministro firmante y al mismo tiempo un *check and balance* entre el Presidente y los ministros sobre las decisiones que se tomen.

Por su parte, Bernales Ballesteros³⁰⁰ sostiene que el término *refrendata* o *contreseing* en Francia es una figura típica del régimen parlamentario, mediante la cual los ministros señalan su colaboración en esos actos y comprometen su responsabilidad política ante el Parlamento. Si no existiera esta, el acto jurídico sería ineficaz puesto que carecería de una condición de forma requerida para su validez.

García Toma³⁰¹ señala que el refrendo ministerial es originario de los Estados con gobierno parlamentario que quieren establecer una acción contralora o fiscalizadora del poder del Presidente de la República. Señala que en la práctica, este control ha resultado insuficiente debido a que el presidente nombra y remueve a los ministros en cualquier momento. Por ello, afirma, las siguientes dos consecuencias que genera el refrendo:

- (a) La legalidad del acto presidencial; y,
- (b) La responsabilidad civil, penal, administrativa o política a que se encuentra sujeto el refrendario.

4. Análisis del contenido del artículo 120

La primera conclusión a la que nos lleva el artículo 120 de la Carta es a afirmar con toda claridad que los actos administrativos del Presidente de la República,

²⁹⁸ SÁNCHEZ AGESTA, Luis. Sistema político de la Constitución española de 1978. Editora Nacional, Madrid, 1981, p 216

²⁹⁹ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 4, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 388-299.

³⁰⁰ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Rao Editora. Lima, 1999, p.583

³⁰¹ GARCÍA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Tomo 11, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1998, p. 254.

e inclusive los actos legislativos que excepcionalmente pueda adoptar, no nacen jurídicamente sino cuentan con el refrendo de un ministro. Evidentemente se trata del ministro que ocupe la cartera dentro de la cual el presidente está tomando una decisión y, si son actos que afectan a varios sectores de la administración pública, los deben refrendar todos los ministros que estén directamente involucrados como efectivamente se realiza en la práctica.

En cumplimiento de su función de coordinación, el presidente del Consejo de Ministros, en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 de la Constitución, debe refrendar con el presidente y los ministros involucrados. Esto necesariamente se aplica a los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los decretos supremos en los que esté comprometida la función de coordinación del Premier. Estos incluyen aquellos en los que se haya producido el voto aprobatorio del Consejo de Ministros u otros en los que la coordinación del Ejecutivo lo requiera, aparte de los que atañen estrictamente al sector correspondiente a la Presidencia del Consejo de Ministros.

Sin embargo, el Presidente de la República realiza algunos actos de representación y de gobierno que no se llevan a cabo necesariamente a través de formalidades y, por lo tanto, que no requieren para su validez del refrendo ministerial. Se puede tratar de actuaciones fundamentalmente políticas, que van desde los discursos que pronuncie el Jefe de Estado en ejercicio de sus funciones -que ciertamente deben distinguirse de las declaraciones públicas que excepcionalmente asuma como dirigente político del partido que lo llevó al Gobierno- hasta actos propios de su función que no requieren de refrendo para su validez.

Veamos, el artículo 118 de la Constitución enumera las atribuciones del señor presidente en relación a sus funciones de gobierno y administración y, entre ellas, determina algunas que no requieren de refrendo ministerial para que los actos del presidente sean válidos. Son funciones de dirección política o de representación que no se traducen necesariamente en firmas de decretos o resoluciones. El Presidente -si bien los lleva a cabo con la natural cooperación de sus Ministros ya menudo con la del propio presidente del Consejo de Ministros- los asume individualmente como conductor del Estado sin las formalidades del refrendo. Entre estos se encuentran, en el marco del artículo 118 de la Carta, los siguientes: representar al Estado dentro y fuera de la República (inciso 2); dirigir la política general del Gobierno (inciso 3); dirigir mensajes al Congreso en cualquier época y, en forma personal y por escrito, al instalarse la primera legislatura ordinaria anual (inciso 7); dirigir la política exterior y las relaciones internacionales (inciso 11); y recibir a los agentes diplomáticos extranjeros (inciso 13).

5. Aportes jurisprudenciales

El Tribunal Constitucional ha señalado en la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, respecto al refrendo ministerial:

"58. En el caso de los decretos de urgencia, los requisitos formales son tanto previos como posteriores a su promulgación. Así, el requisito ex ante está constituido por el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (inciso 3 del artículo 123 de la Constitución), mientras que el requisito ex post lo constituye la obligación del Ejecutivo de dar cuenta al Congreso de la República, de acuerdo con lo previsto por el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución, en concordancia con el procedimiento contralor a cargo del Parlamento, contemplado en la norma de desarrollo constitucional contenida en el artículo 91 del Reglamento del Congreso". .

6. Conclusión

El artículo 120 de la Constitución actual tiene profundas raíces en la Constitución Histórica del Perú. Su contenido es claro y puntual: los actos del Presidente de la República solamente son válidos a condición de que sean refrendados por un Ministro y/o el Presidente del Consejo de Ministros, según el sector de la administración dentro del cual estos se realicen. De faltar el refrendo el acto es nulo, inexistente, no nace para el mundo del Derecho.

Sin embargo, no todos los actos presidenciales requieren refrendo, pues hay algunos que realiza t1n función de gobierno, de naturaleza directriz o de representación que efectivamente no necesitan refrendo. Pero a su vez estos actos no refrendados tienen consecuencias de naturaleza política o protocolaria, pero no necesariamente jurídica.

La institución del refrendo ministerial, sin embargo, no se limita a dar validez al acto legalizando la firma del presidente. Tiene mayores consecuencias: radica y asigna responsabilidades que se derivan de dicho acto en cabeza del o los ministros refrendantes; el refrendo libera a su vez de tales responsabilidades al Presidente de la República durante el tiempo en que se encuentre ejerciendo el cargo para el que fue ungido por el voto del pueblo.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Rao Editora, Lima, 1999; FIORINI, Bartolomé A. Derecho Administrativo.

Tomo 1, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995; GARCIA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Tomo 11, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1998; P ANIAGUA CORAZAO, Valentín.

El sistema político de la Constitución de 1993. En: "Dereito". Revista Xujidica da Universidade de Santiago de Compostela, Volumen IV, N° 2, 1995; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 4, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; SÁNCHEZ AGESTA, Luis. Sistema político de la Constitución española de 1978. Editora Nacional, Madrid, 1981; SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. Primer curso, Editorial Porrúa, México, 2001; VALLE RIESTRA, Javier. La responsabilidad constitucional del Jefe de Estado. Lima, 1987; VILLARÁN, Manuel Vicente. Páginas escogidas. Lima, 1962.

Organización del Consejo de Ministros

Artículo 121

Los ministros, reunidos, forman el Consejo de Ministros. La ley determina su organización y funciones.

El Consejo de Ministros tiene su Presidente. Corresponde al Presidente de la República presidir el Consejo de Ministros cuando lo convoca o cuando asiste a sus sesiones.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 71, 118 incs. 7), 12),22), 126, 129, 130 a 137, 206;

D.Leg. 560: arts. 14,15

Ornar Cairo Roldán

En el Perú, el Presidente de la República ejerce la Jefatura del Estado y la Jefatura de Gobierno. Pero para cumplir y realizar estas funciones cuenta con la colaboración -y también se encuentra sujeto a su control- de la institución prevista en este artículo constitucional: el Consejo de :Ministros. Se trata de un cuerpo colegiado integrado por el Presidente del Consejo de :Ministros y por los ministros de cada despacho. Su organización y funciones, según esta misma norma, son determinadas por ley. Actualmente, el Decreto Legislativo N° 560 (Ley Orgánica del Poder Ejecutivo) regula las atribuciones del Presidente del Consejo de Ministros y las funciones básicas de cada uno de los ministerios. Por otra parte, el Decreto Supremo N° 0672003-PCM contiene el Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de :Ministros, mientras que el Decreto Supremo N° 007-2002-PCM establece que la Secretaria del Consejo de :Ministros es un órgano de apoyo del Despacho Presidencial.

Según explica Pedro Planas, el Consejo de Ministros es una institución que fue introducida en el Perú mediante una práctica democrática realizada durante el gobierno de Ramón Castilla (1845-1851). Así, sin que ninguna ley lo exigiera, el Presidente Castilla "decidió reunirse con sus ministros y empezó a tomar decisiones en conjunto, escuchando a sus ministros, sometiéndoles las principales decisiones y procurando cierto consenso en las medidas a adoptar"³⁰². Posteriormente, esta institución fue regulada expresamente en la Constitución de 1856. El artículo 93 de este texto constitucional estableció lo siguiente: "Habrá un Consejo de Ministros cuya organización y procedimientos se desarrollarán por ley".

El artículo 121 de la Constitución también señala que el Consejo de Ministros tiene su presidente, pero que corresponde al Presidente de la República presidir el Consejo cuando lo convoca o cuando acude a sus sesiones. Sin embargo, esta atribución del Jefe del Poder Ejecutivo no menoscaba la posición institucional del Presidente del Consejo de Ministros, pues -según lo dispone el artículo 122 del texto constitucional- a este le corresponde proponer

³⁰² PLANAS, Pedro. Democracia y tradición constitucional en el Perú (Materiales para una Historia del Derecho Constitucional en el Perú). Editorial San Marcos, Lima, p. 22.

al Presidente de la República el nombramiento de los demás ministros, y también es necesaria su aprobación para perfeccionar el acto presidencial de remoción de los mismos.

El Consejo de Ministros, como órgano integrante del Poder Ejecutivo, interviene en la formación de las decisiones presidenciales mediante tres actos diferentes, correspondientes a hipótesis distintas: el voto deliberativo, el voto consultivo y la opinión ilustrativa, todos los cuales -según lo dispone el artículo 126 de la Constitución- deben ser adoptados mediante el voto aprobatorio de la mayoría de los miembros del Consejo, y constan en actas. El voto deliberativo es el acuerdo aprobatorio del Consejo de Ministros que requieren determinados actos presidenciales para tener validez³⁰³. Según la Constitución vigente, este acuerdo es necesario para la aprobación de los proyectos de ley que el Presidente de la República somete al Congreso (artículo 125 inciso 1), de los decretos legislativos y los decretos de urgencia (artículo 125 inciso 2), de los mensajes presidenciales dirigidos al Congreso, salvo el primero de ellos (artículo 119 inciso 7), del nombramiento de embajadores y ministros plenipotenciarios (artículo 119 inciso 12), de los decretos que declaran los estados de excepción (artículo 137), y de los proyectos de ley, decretos y resoluciones que señale la ley (artículo 125 inciso 2).

Mediante el voto consultivo el Consejo responde a una consulta que el Presidente se encuentra obligado a formularle, sin embargo el resultado de la consulta no es vinculante, es decir, el Presidente "es libre de seguir o no la opinión del Consejo"³⁰⁴. El artículo 164 de la Constitución de 1933, por ejemplo, establecía que la decisión presidencial que dirimiera los conflictos de competencia entre los Ministros requería voto consultivo del Consejo. Finalmente, la opinión ilustrativa es la que formula el Consejo de Ministros como respuesta a una consulta que el Presidente le formula libremente, es decir, sin estar obligado a realizarla³⁰⁵.

Como podemos apreciar, aunque es verdad que en el régimen constitucional peruano el Presidente de la República es el Jefe de Gobierno, el Consejo de Ministros ha recibido las herramientas necesarias para participar en la función ejecutiva y para ejercer control respecto de la actividad presidencial. Asimismo, este órgano asume, en determinados supuestos, la responsabilidad política por los actos del Poder Ejecutivo. Así, el artículo 132 de la Constitución establece que el Congreso hace efectiva esta responsabilidad respecto del Consejo mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza. Según dispone el artículo 133 del mismo texto constitucional, la aprobación de la censura o el rechazo de la cuestión de confianza determina la crisis total del gabinete, es decir, genera el deber de renunciar para todos los ministros. Estas atribuciones y responsabilidades distinguen al Consejo de Ministros del Perú de los órganos colegiados que asisten al Jefe de Gobierno en los regímenes presidenciales puros como el que se encuentra vigente en Estados Unidos, donde, según explica Paolo Biscaretti di Ruffia, los "diversos secretarios miembros del Gabinete son simples consejeros técnicos del presidente para los

³⁰³ PLANAS, Pedro. Ob. cit., p. 58

³⁰⁴ PLANAS, Pedro. Ob. cit., p. 58

³⁰⁵ PLANAS, Pedro. Ob. cit., p. 58

diversos sectores de la administración federal, y, aun cuando son designados con el control del Senado, pueden ser removidos por el presidente, ya que si bien pueden ser convocados a una sesión colegiada, la decisión final corresponde solo a este³⁰⁶.

DOCTRINA

BISCAREITI DI RUFFIA, Paolo. Introducción al Derecho Constitucional Comparado. Fondo de Cultura Económica, Colombia, 1996; PLANAS, Pedro. Democracia y Tradición Constitucional en el Perú (Materiales para una Historia del Derecho Constitucional en el Perú). Editorial San Marcos, Lima.

³⁰⁶ BISCAREITI DI RUFFIA, Paolo. Introducción al Derecho Constitucional compara. M. Fondo de Cultura Económica, Colombia, 1996, p. 177

Nombramiento y remoción de los ministros

Artículo 122

El Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo. Nombra y remueve a los demás ministros, a propuesta y con acuerdo, respectivamente, del Presidente del Consejo.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 121,123, 129,130, 132, 133, 135, 136;

D.Leg. 560: arts. 14,15 inc 2), 16;

Ley 27594; arto 1 incs. 1), 2);

C.A.D.H.: arto 23.1.c;

D.U.D.H.: arto 21.2;

P.I.D.C.P.: arto 25.c;

P.I.D.E.S.C.: arto 1.1

Fernando Velezmoro Pinto

1. Antecedentes del enunciado constitucional

El presente texto constitucional tiene su antecedente inmediato en el artículo 216 de la Constitución de 1979 al que reproduce literalmente³⁰⁷, salvo alguna locución adverbial sin mayor importancia. La potestad presidencial de nombrar a sus ministros proviene desde la Constitución de 1823³⁰⁸, sin embargo no es sino hasta 1856 en que la Constitución de dicho año ordenara la institucionalización del cuerpo colegiado denominado Consejo de Ministros, todo ello con la finalidad de frenar los poderes del Presidente de la Republica. De allí hasta nuestros días el enunciado constitucional se repite³⁰⁹, aunque en distintos términos, con el mismo espíritu.

No es este el espacio indicado para hablar sobre la génesis y el papel que cumplen los ministerios y los ministros; menos aún para discutir sobre las potestades del Consejo de Ministros y su Presidente, sino tan solo para señalar las implicancias que tiene en el régimen político peruano la facultad concedida al Presidente de la Republica de nombrar y remover a los ministros en general y a su presidente, en particular.

2. El régimen político peruano en la actual Constitución

³⁰⁷ Constitución de 1979: Artículo 216.- El Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo. También nombra y remueve a los demás ministros, a propuesta y con acuerdo, respectivamente, del Presidente del Consejo (resaltado agregado).

³⁰⁸ Hay quienes, como García Toma, consideran que la institución ministerial se puede encontrar incluso en la época incaica Y colonial Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de /o Constitución de 1993. Tomo II, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, pp. 250,260,261 Y ss.

³⁰⁹ Para mayores referencias sobre los antecedentes de este artículo en cada una de nuestras cartas políticas, véase a RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de /o Constitución Política de 1993. Volumen 4, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 394

Un análisis sistemático de la Constitución nos permitirá apreciar la importancia del presente artículo, más allá de su comprensión literal que, aparentemente, fija una regla operativa para la composición del Poder Ejecutivo³¹⁰.

En el Perú, el Presidente de la República concentra para sí las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno; es decir, personifica y representa a la nación peruana, y, a su vez, dirige la política general de gobierno. Su elección es por voto directo del electorado, siendo esto último el rasgo fundamental para identificar al régimen político peruano como uno presidencialista. No obstante lo anteriormente señalado, en nuestro régimen se insertan varias instituciones ajenas a dicho modelo para contrarrestar los poderes del Presidente de la República. Así, se contempla la elección de un Consejo de Ministros o gabinete con su correspondiente presidente, el refrendo ministerial a cada uno de los actos del presidente, bajo sanción de nulidad, la censura de los ministros y del gabinete en pleno por el Congreso, la posibilidad de disolución por el Presidente de la República del Congreso, claro está que solo procederá bajo determinados supuestos, etc.; instituciones todas ellas propias del régimen parlamentario. Estas incrustaciones a nuestro régimen presidencial de instituciones típicamente parlamentarias ha determinado que algunos autores se refieran a nuestro sistema político como uno mixto o híbrido por albergar en su seno rasgos de ambos modelos: el presidencial y el parlamentario³¹¹.

La construcción paulatina de este modelo híbrido a lo largo de nuestra historia constitucional ha tenido como única finalidad el establecimiento de mayores controles a los actos del Presidente de la República mediante la técnica de checks and balances, es decir, la de establecer frenos y contrapesos a cada uno de los órganos políticos del Estado.

Pues bien, una forma propia del régimen parlamentario es la instauración de un Consejo de Ministros con su correspondiente presidente, nombrados ambos

³¹⁰ Dicho sea de paso, compartimos la opinión de quienes estiman como poco afortunada la denominación de "Poder Ejecutivo" al conjunto de órganos encargado del gobierno y administración del Estado. Véase, con alcance general las opiniones en torno a la separación de funciones en vez de poderes a: HABERLE, Peter. El Estado Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma de México, México, 2001, p. 209; así también LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Ariel, Barcelona, 1964, pp. 90 Y ss. En Perú, manifiestan su oposición a la utilización del término "Poder Ejecutivo" en nuestras Constituciones, entre otros: ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. Presidencialismo latinoamericano: sus alcances, los riesgos que genera a la plena vigencia del Estado de Derecho y algunas notas sobre la viabilidad de las propuestas planteadas al respecto. En: "Revista Jurídica del Perú", N° 31, Trujillo, febrero, 2002, p. 11; también: EGUIGUREN PRAELI, Francisco. El Congreso, el Gobierno y sus relaciones políticas, en la propuesta de reforma constitucional. En: "Revista Peruana de Derecho Público", Año 2, Num. 3, Lima, julio-diciembre 2001, p. 43.

³¹¹ Pedro Planas ha desvirtuado por completo la posibilidad de que la combinación de elementos de más de un sistema político llegue a constituir uno nuevo: el modelo mixto. Planas rechaza la posibilidad de reconocer un modelo distinto del presidencialismo o parlamentarismo como forma de gobierno puesto que el "origen de la estructura de poder gubernamental", u origen de la legitimidad del Jefe del Gobierno radica solamente o en la elección popular directa (con lo cual estamos frente a un régimen básicamente presidencial) o por votación del Parlamento (con lo cual estamos frente a un régimen de estructura básicamente parlamentaria). Así, al no existir una forma de origen distinta a las mencionadas, mal puede hablarse de un tercer sistema político. Cfr. PLANAS, Pedro. Regímenes políticos contemporáneos. 2ª edición, Fondo de Cultura Económica, Lima, 1997, pp. 59-61.

entre y por los miembros del Parlamento. El presidente del Consejo es quien asume la dirección de la política general de gobierno. Por lo tanto en los regímenes parlamentarios, el Presidente del Consejo es el jefe de Gobierno, mientras que el Presidente de la República es el jefe de Estado. A este último se le reservan las tareas de representación del Estado y la solución a las crisis políticas importantes actuando como mediador entre los órganos constitucionales en conflicto. Dentro del régimen parlamentario, la responsabilidad política del gobierno es determinada por el propio Parlamento a través del voto de censura que obliga a renunciar al Presidente y a su Consejo con lo cual cambia, pues, la política de gobierno.

Nada de esto ocurre en el Perú, puesto que el Presidente de la República es quien nombra al Presidente del Consejo de Ministros sin que este se constituya en el Jefe de Gobierno puesto que la dirección de la política general del gobierno queda en manos de aquel. Surge la pregunta entonces ¿cuál es la función que cumple el Presidente del Consejo de Ministros en un régimen esencialmente presidencialista como el nuestro? Veamos.

La instauración del Consejo de Ministros y de su presidente surgió en la historia constitucional peruana como un freno y contrapeso al poder del Presidente de la República. Este cometido se puede evidenciar, por lo menos formalmente de acuerdo a la norma constitucional, en dos planos:

Al interior del Poder Ejecutivo (control intra-órgano), cuando se debe de elegir o remover a cualquiera de los restantes miembros del gabinete. Así, el artículo bajo comentario reza que cualquier decisión sobre la elección, permanencia o remoción de un ministro de Estado se deba hacer por el Presidente de la República en acuerdo con el presidente de su Consejo. Por lo demás, cabe agregar que es el Primer Ministro quien refrenda las resoluciones que nombran o remueven ministros.

Dentro de este mismo espacio, los ministros, y en algunas ocasiones el Presidente del Consejo, refrendan todos los actos del Presidente de la República, lo cual hace pensar que estos pueden negar su refrendo si no están de acuerdo con alguna decisión política por la que el Presidente de la República ha optado; sin embargo, dicha oposición solo está garantizada en los casos en que el acto a refrendar sea inconstitucional o ilegal e importaría siempre la renuncia del ministro como una forma de exclusión de responsabilidad.

En la relación entre el Ejecutivo y Legislativo (control inter-órganos), mediante el voto de confianza planteado por el Primer Ministro o a través de la censura parlamentaria. Sea negado el voto de confianza o aprobada la censura el ministro debe renunciar, y en caso de que el censurado sea el Presidente del Consejo de Ministros lo hará el pleno del Gabinete junto con él. Mediante este mecanismo se hace efectivo el control político del Congreso al Ejecutivo.

La función política de los ministros, y en especial la del Primer Ministro, está dada pues por la asunción de la responsabilidad de la marcha del gobierno (recordemos que todos los actos del Presidente de la República son

refrendados por los ministros o por el Presidente del Consejo). Y esto se entiende, por la irresponsabilidad política que la Constitución ha conferido al Presidente de la República.

3. La discrecionalidad del Presidente de la República para nombrar y remover al premier y a los ministros y sus consecuencias

El texto expreso del artículo bajo comentario establece que es el Presidente de la República quien nombra y remueve al Presidente del Consejo de Ministros y que de manera concordante con este se nombran y se remueven a los demás ministros.

Si lo que se pretendía era que el Premier pudiera frenar el excesivo poder que nuestra Constitución le ha otorgado al Presidente de la República, este objetivo no se cumple porque basta que exista cualquier desavenencia entre ellos para que el Presidente de la República remueva a su Premier poco complaciente. Del mismo modo, el Primer Ministro no se podrá oponer al nombramiento o remoción de cualquier ministro, tendrá que aceptado puesto que el Presidente tiene las llaves de entrada y de salida del gabinete.

La instauración de un Primer Ministro tan débil, incapaz de oponerse a la voluntad del Presidente de la República porque supondría su caída, hace de aquel una figura inútil en la configuración del régimen político, un freno y contrapeso inexistente. Importa pues la adopción de una figura que siendo de vital importancia en el régimen parlamentario, pasa desapercibido³¹², tal y como está diseñado, en un régimen básicamente presidencial como el nuestro. La dependencia del Gabinete en pleno respecto al Presidente de la República es total y absoluto³¹³.

La real función que cumplen los ministros, en el plano del régimen político tal y como está diseñada en nuestra Constitución, es la de fungir de secretarios colaboradores del Presidente de la República³¹⁴, quien impone sus ideas, decisiones y planes de acción en la administración de los servicios públicos y la marcha general del gobierno. Los ministros no pueden, pues, oponerse al Presidente de la República. Tal oposición o expresión de discrepancia originará sin duda su salida del gabinete³¹⁵. El Primer Ministro no cumple una función

³¹² Hay quien ha bautizado a este Primer Ministro tan débil como un "minipremier", existente tanto en Argentina como en Perú. Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro. Parlamentarismo y presidencialismo. Un ensayo sistémico para la gobernabilidad democrática: El "minipremier" en el Perú y en Argentina.

Experiencias y perspectivas. En: "Revista Peruana de Derecho Público". Año 4, num. 7, pp. 42 Y ss., en especial p. 52.

³¹³ En este mismo sentido, BERNALES, Enrique. La Constitución de 1993: Análisis comparado. Ciedla, Lima, 1996, p. 585.

³¹⁴ Dicho sea de paso, el Decreto Legislativo N° 560, Ley del Poder Ejecutivo, establece que el Presidente del Consejo de Ministros colabora con el Presidente de la República en la dirección de la política general del gobierno (artículo 14).

³¹⁵ Merece señalarse que esta misma percepción crítica a la discrecionalidad en la remoción ministerial, había sido ya esgrimida en pleno siglo XIX: "El Presidente está persuadido que sus Ministros son simples secretarios que deben autorizar lo que él dispone sin concederles muchas veces, la menor participación en sus medidas. Porque como puede removerlos, se cree autorizado, para no respetarlos, y cree también que son empleados suyos y no de la

más significativa que la de coordinador entre los diversos ministros entre sí y entre estos y el Presidente de la República. Ni siquiera preside las reuniones de su propio Consejo cuando el Presidente está presente³¹⁶.

5. Las soluciones planteadas y nuevas perspectivas al respecto

La generalizada percepción negativa sobre la discrecionalidad real-y no solamente formal- del Presidente de la República para remover a sus ministros, quedando con ello desvirtuada por completo la funcionalidad de esta importante institución extrapolada del régimen parlamentario, ha determinado que numerosa doctrina haya planteado sendas reformas constitucionales con distintos alcances.

Por un lado, están quienes, dentro del mismo modelo político actual, plantean la reducción del poder del Presidente de la República para remover a sus ministros, haciéndolo depender del concurso del Parlamento. En este sentido, Rubio Correa propone que la remoción del gabinete no dependa únicamente del Presidente de la República si es que ha recibido el voto de confianza del Congreso en su presentación inicial, conforme al artículo 130 de la Constitución³¹⁷. En efecto, la propuesta parece ser consistente si se tiene en cuenta que el voto de confianza que recibe, de ser el caso, el gabinete en pleno, significa una suerte de voto de investidura a la usanza de los regímenes parlamentarios. Así las cosas, la legitimidad del gabinete no vendría determinada únicamente por la confianza del Presidente de la República, que es elegido por el pueblo, sino también por el propio Parlamento, que también representa al pueblo. Siendo doble la legitimidad que lo respalda, debería ser concurrente, pues, la voluntad para removerlo. Falta, aún determinar, si la misma regla rige en el caso en que el Presidente de la República quiera únicamente remover a alguno de sus ministros, así como los mecanismos operativos al interior del Congreso para expresar válidamente dicha voluntad (número de votaciones, quórum para las mismas, etc.).

Por el otro lado, están quienes critican la histórica consagración del modelo lúbrido, es decir de un presidencialismo atenuado con incorporaciones parlamentarias, señalando que dicho ejercicio en pro de la limitación del poder del Presidente ha generado, contradictoriamente, potenciar las crisis políticas en el Perú, por el hecho de que combinar instituciones de distintos regímenes, al desnaturalizarlas, las vuelve incompatibles como efectivos mecanismos de

nación". PAZ SOLDAN, José Gregario. Predicciones de Casandra. En: "Diario El Comercio". Edición del 3 de mayo de 1948, citado por PAREJA PAZ SOLDÁN, José. Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979. 3ª edición, IV Ediciones, Lima, 1984, p. 244. Es de anotar que la instauración del Consejo de Ministros como cuerpo colegiado, incluyendo a su presidente entre 1856 y 1867, no planteó diferencia alguna en el futuro, hasta nuestros días. La diferenciación entre Ministros de Estado y ministros del Presidente se encuentra enunciada contemporáneamente en RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit. p. 196.

³¹⁶ Por lo demás, es conocido que en las reuniones del Consejo de Ministros en las que no asiste el Presidente de la República, -las únicas que el Primer Ministro preside- no se toma decisión alguna, sino que se espera hasta el próximo Consejo en el que esté presente el Presidente de la República. Dada la escasa entidad de estos consejos no decisivos, la doctrina peruana ha venido en llamarlos "consejillos". Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. Ob. cit. Tomo II, p. 261

³¹⁷ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit. P. 395

control. Proponen, por tanto, el acercamiento a los modelos tradicionales sin modificaciones³¹⁸.

Al verificar los problemas que ha traído el presidencialismo, si bien atenuado, a nuestro país y en general en Latinoamérica³¹⁹, algunos se inclinan hacia el lado opuesto, es decir al parlamentarismo, proponiendo incluso la bicefalia del Ejecutivo, dividido en Jefe de Gobierno y Jefe de Estado, siendo asumidas dichas tareas por Presidente del Consejo de Ministros (o gabinete) y el Presidente de la República, respectivamente, siendo este último quien asuma la funciones que le son propias en el régimen parlamentario, es decir, la de árbitro defensor de la independencia de los otros poderes y promotor de su relación armónica³²⁰.

También están quienes pretenden dejar que el control de los actos del Presidente, en especial en lo referido a la remoción del Presidente del Consejo de Ministros o de cualquiera de sus pares, en manos de la opinión pública³²¹ para que la evalúe y, en su caso, presione a favor o en contra de la medida.

Como colofón podemos mencionar a quienes con mejor perspectiva, como Eguiguren Praeli, sostienen que no depende tanto de la forma en que el modelo esté consagrado normativamente; es decir, de si el Presidente del Consejo de Ministros es jefe de gobierno o un simple colaborador del Presidente de la República y si puede ser o no removido libremente, sino que la clave de la estabilidad política en nuestro país está dada por el comportamiento responsable de los congresistas, los que deciden en buena cuenta o bloquear cualquier iniciativa del Ejecutivo con la correspondiente censura ministerial o, en el otro, extremo, potenciarlas de manera complaciente. El sus trato de este comportamiento pasa, pues, por la calidad de los actores políticos, siendo especialmente importante para ello la institucionalización progresiva de los partidos políticos³²² de donde provendrán los miembros del Gobierno y del Congreso.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Una Constitución estable para institucionalizar el Perú. En: "Revista Peruana de Derecho Público", año 2, N° 3, Lima, julio-diciembre, 2003; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993:

³¹⁸ Cfr. BERNALES, Enrique. Una Constitución estable para institucionalizar el Perú. En: "Revista Peruana de Derecho Publico; Año 2, N° 3, Lima, julio-diciembre, 2003, p. 32

³¹⁹ Es pacífica la doctrina que señala que el régimen político adoptado en la mayoría de países de Latinoamérica es el presidencialismo atenuado o matizado. Cfr. LAGO CARBALLO, Antonio. Presidencialismo o parlamentarismo: una cuestión disputada. En: "Ius et Veritas", Año'V, Num. 10, Lima, julio 1995, pp, 24-25, también PLANAS, Pedro. Ob. cit., pp. 104-110, en especial p. 108.

³²⁰ Cfr. LAGO CARBALLO, Antonio. Ob. cit., p. 28. La vuelta al parlamentarismo como opción que sirva de panacea a la crisis del presidencialismo latinoamericano ha sido duramente criticado por SAGÜÉS, Néstor Pedro. Ob. cit., pp. 38-40.

³²¹ Cfr. CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993. Lectura y comentario, s/e, p. 206

³²² EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Ob. cit. p. 52.

Análisis comparado. Ciedla, Lima, 1996; CHIRINOSSOTO, Enrique. Constitución de 1993: Lectura y comentario. *si e*, p. 206; EGUIGUREN PRAELI, Francisco. El Congreso, el Gobierno y sus relaciones políticas, en la propuesta de reforma constitucional. En: "Revista Peruana de Derecho Público", Año 2, N° 3, Lima, julio-diciembre, 2001; ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. Presidencialismo latinoamericano: sus alcances, los riesgos que genera a la plena vigencia del estado de derecho y algunas notas sobre la viabilidad de las propuestas planteadas al respecto. En: "Revista Jurídica del Perú", N° 31, Trujillo, Febrero, 2002; GARCÍA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución de 1993. Tomo 11, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima; HABERLE, Peter. El Estado Constitucional. IJ-UNAM, México, 2001; LAGO CARBALLO, Antonio; Presidencialismo o parlamentarismo: una cuestión disputada. En: "Ius et Veritas", Año V, N° 10, Lima, julio, 1995; LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Ariel, Barcelona 1964; PAZ SOLDÁN, José Gregorio. Predicciones de Casandra. En: "Diario El Comercio", edición del 3 de mayo de 1948; PAREJA PAZ SOLDÁN, José; Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979. 3ra. edición. JV Ediciones, Lima, 1984; PLANAS, Pedro. Regímenes políticos contemporáneos. 2da. edición, Fondo de Cultura Económica, Lima, 1997; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución política de 1993. Volumen 4, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; SAGÜÉS, Néstor Pedro. Parlamentarismo y presidencialismo. Un ensayo sistémico para la gobernabilidad democrática: El "minipremier" en el Perú y en Argentina. Experiencias y perspectivas. En: "Revista Peruana de Derecho Público". Año 4, N° 7.

Atribuciones del presidente del Consejo de Ministros

Artículo 123

Al Presidente del Consejo de Ministros, quien puede ser ministro sin cartera, le corresponde:

1. Ser, después del Presidente de la República, el portavoz autorizado del gobierno.
2. Coordinar las funciones de los demás ministros.
3. Refrendar los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los demás decretos y resoluciones que señalan la Constitución y la ley.

CONCORDANCIAS:

C:arts.118ine. 19),119, 120, 121, 122, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 133, 135;
T.U.O.Rgmto.Congreso: art 76 ine 1); Ley 25397: art 16; D.Leg. 560: art 15 ine 7)

. Jorge Santistevan de Noriega

1. Origen constitucional de la Presidencia del Consejo de Ministros

La historia constitucional del Perú -desde la Carta de 1823 hasta la de 1920- es expresión del carácter presidencialista en la configuración de la estructura del poder político. Si bien la Carta de 1856 prescribe por vez primera la existencia de un Consejo de Ministros, como concepción de instituciones del sistema de gobierno parlamentarista, las referencias constitucionales -como lo afirma García Belaunde³²³ en cuanto al titular del gabinete son recién concebidas en la Carta Política de 1933. Esta, al legislar en su Título VII, Capítulo II sobre los "Ministros de Estado": prevé en el artículo 157 la existencia del Presidente del Consejo de Ministros, y su competencia -artículo 159- para refrendar su propio nombramiento y el de los ministros restantes integrantes del gabinete.

La Carta Política de 1933 asigna también dotar a la Presidencia del Consejo de Ministros competencia para participar y expresar acuerdo en la designación y remoción de los ministros de Estado. El artículo 158 establecía textualmente que: "El Presidente de la República (...). Nombra y remueve a los demás Ministros, a propuesta y con acuerdo, respectivamente, del Presidente del Consejo de Ministros". Lamentablemente, esta previsión constitucional que ha continuado hasta nuestros días no ha podido hacerse realidad en la historia republicana, pues salvo honrosas excepciones, los Presidentes de la República suelen nombrar a los ministros a su discreción, quienes a menudo actúan más como secretarios del Jefe de Estado que como integrantes de un gabinete liderado por el Primer Ministro y capaz de gobernar en equipo con el Jefe de Estado.

Aun cuando la Carta de 1933 expresaba la intención de dotar de trascendencia jurídica y política a la Presidencia del Consejo de Ministros, ello hasta hoy tampoco no se ha logrado. Nótese que la Exposición de Motivos del proyecto

³²³ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Teoría y práctica de la Constitución peruana. Editorial Eddili, Lima, 1989

de la citada Constitución, señala la necesidad de que "las nuevas funciones determinan la existencia de nuevas prescripciones jurídicas, que las regulen. En todo el mundo la experiencia ha aconsejado constitucionalizar reglase instituciones que antes quedaban al albedrío de los Congresos o los Gobiernos. Esa necesidad es particularmente notoria en el Perú. Nuestra organización política y administrativa se encuentra visiblemente retardada".

A partir de este primer referente constitucional el Presidente del Consejo de Ministros es concebido formalmente como un *primus inter pares*, es decir, como el primero entre sus iguales. Lo anterior, sin embargo, no implica -como lo afirma Bernales Ballesteros³²⁴ que el constitucionalismo histórico del país haya podido resolver hasta la actualidad uno de los problemas medulares del sistema político peruano: la temática ministerial, la que, en palabras de García Belaunde, no ha dejado de ser una institución "protocolaria, funcional y decorativa"³²⁵.

En la perspectiva histórica descrita es preciso afirmar que, a fin de fortalecer la competencia funcional y el peso político del Presidente del Consejo de Ministros, la vigente Carta Política de 1993 -a distingo de su predecesora de 1979- estipula en su artículo 123 la posibilidad de que el Premier -vocablo francés popularizado en el Perú para designar al Presidente del Consejo de Ministros- sea un ministro sin cartera. Se propulsa así las competencias que le son conferidas en su calidad de portavoz gubernamental y coordinador de los diversos sectores de la administración pública.

2. Doble investidura y naturaleza funcional del presidente del Consejo de Ministros

Para una mejor comprensión de la naturaleza y funciones del Presidente del Consejo de Ministros, es conveniente llevar a cabo un cotejo de las estipulaciones contenidas en la Carta del 79 Y las del artículo 123 de la Constitución vigente.

El artículo 216 de la Carta del 79 establecía que el Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo de Ministros. Por tanto el origen del mandato del Premier y, por ende, el desarrollo de sus funciones y competencias, estaba ligado al nivel de confianza que le expresaba el Presidente de la República. No obstante, la referida Constitución modélica introdujo, por primera vez en el Perú, la institución de la doble investidura, la que ha quedado vigente hasta nuestros días. La doble investidura supone que, aunque en su designación no media intervención alguna del Poder Legislativo, el Premier debe acudir al Parlamento para obtener, después de nombrado, el voto de confianza.

¿Ha resultado efectiva esta participación ratificante del Congreso en la designación del Consejo de Ministros? No parece, pues en el Perú del siglo XXI se sigue considerando, como veremos más adelante, que para mitigar el

³²⁴ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Editorial Jurídica Rao, Lima, Perú, 1996

³²⁵ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Ob. cit

presidencialismo se debe "parlamentarizar" aún más al Presidente del Consejo de Ministros, al punto que se llega a proponer que en el futuro sea simplemente nombrado por el Congreso.

En cuanto a las competencias funcionales que le asignaba al Premier la Carta de 1979, el Título IV "De la Estructura del Estado", abordaba en su Capítulo VI "Del Consejo de Ministros", las funciones asignadas al titular de este cuerpo colegiado. La primera fue precisada en el artículo 215 que establecía la existencia de un Presidente en el Consejo de Ministros. El artículo 216 determinaba, en segundo lugar, que el Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo, aunque en el segundo párrafo del mismo señalaba que el Presidente de la República nombra o remueve a los demás ministros de Estado, a propuesta y con acuerdo del Presidente del Consejo. Podemos afirmar que ha existido un tratamiento franciscano de esta institución gubernativa, careciendo la Carta del 79 de previsiones explícitas en cuanto a las funciones que competen al Presidente del Consejo y a su interrelación con el Poder Legislativo.

La Constitución de 1993, distinguiéndose en cierto sentido de su predecesora, aspira a desarrollar más integralmente la materia. El Título IV "De la Estructura del Estado", en su Capítulo V "Del Consejo de Ministros", trae a colación ciertos aspectos similares a la Carta de 1979. Sin embargo, existen tres aportes sustantivos en el ámbito del constitucionalismo histórico del Estado peruano:

- i) Hace referencia, como quedó anotado, a la posibilidad de desempeño de la función de Presidente del Consejo sin cartera ministerial alguna.
- ii) Determina puntualmente las funciones conferidas al Premier, precisadas, como se ha señalado en el artículo 123.
- iii) El Presidente del Consejo concurre periódicamente a las sesiones plenarias del Congreso para la absolución de las preguntas formuladas por los parlamentarios bajo el procedimiento desarrollado por el artículo 85 del Reglamento del Congreso de la República.

Por tanto, la posibilidad de cumplimiento de la función sin cartera específica, la definición y delimitación competencial de las funciones de este, cuanto la exigencia de interrelación con el Poder Legislativo, expresan la intención del constituyente por dotar de institucionalidad y "contenido propio" a la citada función gubernativa. Manuel Vicente Villarán, desde la primera mitad del siglo pasado, sostuvo la necesidad de designar a un verdadero jefe para el Consejo de Ministros, dotado de prerrogativas propias, exclusivas y excluyentes, algunas de las cuales fueron tímidamente recogidas en la Carta de 1993, con la finalidad de conferir "unidad y vigor corporativo, para poder cumplir su papel de colaborador personal del Presidente de la República"³²⁶.

3. Funciones del presidente del Consejo de Ministros a la luz del artículo 123 de la Constitución vigente

³²⁶ VILLARÁN, Manuel Vicente. Páginas escondidas. Talleres Gráficos Villanueva, Lima, Perú, 1962

En primer lugar, se confiere al Premier la atribución de ser portavoz autorizado del Gobierno, después del Presidente de la República. La citada función revela el carácter constitucional de primus inter pares conferido al cargo por la vigente Carta.

No obstante, existe consenso en afirmar que la citada función no constituye en puridad expresión del fortalecimiento de las prerrogativas del Presidente del Consejo por cuanto, como lo ha registrado la historia, las funciones de portavoz gubernamental han recaído las más de las veces en otros funcionarios del Gobierno, como el jefe de prensa o el jefe del despacho, o los propios asesores personales del Presidente de la República, como lo atestigua la presente gestión presidencial.

En referencia a la función de coordinación que ejerce el Premier para la articulación de las funciones de las instituciones y miembros que conforman el Poder Ejecutivo, Bernal Ballesteros afirma que constituye el mínimum exigido para un cargo de este nivel, sin comportar un aporte significativo a la consolidación de sus competencias. Al respecto, debe tomarse en consideración que a nivel legislativo las competencias y prerrogativas conferidas al titular del Consejo de Ministros en la Ley del Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo N° 560) le permiten, e incluso garantizan, desde el punto de vista normativo, el cumplimiento de la citada tarea de coordinación gubernamental.

El artículo 16 de la Ley del Ejecutivo establece, entre otras, las siguientes funciones del Premier: en primer lugar, la de colaborar con el Jefe de Estado en la dirección de la política general del gobierno. En segundo lugar, tiene a su cargo la coordinación de la actividad intersectorial político-administrativa del Estado, la que ejerce a través de la conducción de las comisiones interministeriales -tanto la de asuntos económicos y financieros cuanto la de asuntos sociales- y de la dirección de los Organismos Públicos Descentralizados (OPD), que estén adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros.

Además, es responsable de orientar la actividad de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos e Infraestructuras que, siendo autónomos y considerado su rol arbitral, están bajo su esfera administrativa en una suerte de función tutelar, a juicio de Jorge Danós³²⁷. Señala también la Ley del Ejecutivo que tiene a su cargo la promoción de medidas políticas y administrativas tendentes a garantizar la participación social en la gestión del gobierno, dotándolo de un cariz social en su función, sin que sea menos importante afirmar la titularidad del pliego que formalmente recae en el Premier, aunque en la práctica esta sea ejercida por el Secretario General de la Presidencia del Consejo de Ministros.

³²⁷ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. Los organismos reguladores de /os servicios públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. En: "Revista Peruana de Derecho de la Empresa". N° 57. Inversión Privada en Servicios Públicos. Editorial Asesora Andina Publicaciones. Lima, 2004.

En términos formales, el referente constitucional aunado al desarrollo legislativo en la materia, habilitan al Premier a ir asumiendo funciones reales y efectivas de colaboración directa en la conducción del Gobierno, aunque en la práctica -salvo honrosas excepciones- los Presidentes del Consejo de Ministros han vivido detrás de la sombra de Presidentes de la República, siempre ávidos de figuración, celosos de la competencia y necesitados de traducción para resolver cuestiones ocasionales o precisar mensajes que consideran vienen transmitiéndose de manera distorsionada.

4. El refrendo normativo del premier

En el presente apartado analizamos la función de refrendo normativo que se exige al Presidente del Consejo frente a toda normativa legal y reglamentaria que expida el Poder Ejecutivo. Esta constituye la tercera función constitucional, conferida en el inciso 3 del artículo 123, en atención a lo dispuesto por el artículo 120, referido al refrendo ministerial en general.

El refrendo, como se sabe, tiene como efecto jurídico la virtualidad de que la responsabilidad legal y política que le corresponda al Presidente de la República, por los actos que ejecuta bajo su firma, son derivadas hacia el Presidente del Consejo. En la persona de este último se singulariza, además, la responsabilidad que le toca frente al Parlamento a consecuencia del voto de confianza con que el Premier inaugura necesariamente su gestión (doble investidura). A distingo de la Constitución de 1979, la Carta actual amplía la responsabilidad del refrendo del Presidente del Consejo de Ministros a los decretos de urgencia. Afirma Hakansson (a nuestro juicio refiriéndose más bien al "voto aprobatorio del Consejo de Ministros")³²⁸ que el refrendo en la forma de gobierno peruana tiene la finalidad de "trasladar la responsabilidad política del Presidente a su gabinete, pese a que en los presidencialismos la elección popular del Jefe de Estado hace que no responda de sus actos al Parlamento. Por ese motivo, pensamos que el refrendo es una institución que resulta extraña en los presidencialismos, a no ser que la firma del ministro solo sea un medio de autenticación de los actos presidenciales, que luego permitan al Parlamento poder censurar a los ministros"³²⁹.

Evidentemente, en otro trabajo hemos desarrollado la trascendencia del refrendo más allá de un simple acto de autenticación, pues en virtud de este se derivan y asignan, en cabeza del Premier y de los señores ministros, responsabilidades legales (penales, civiles y administrativas), así como políticas, hacia los ministros refrendantes.

5. La estación de preguntas y el presidente del Consejo de Ministros

La disposición constitucional relacionada con la asistencia del Presidente del Consejo de Ministros a la denominada estación de preguntas, conocida en el Parlamentarismo británico como Question Time, constituye una intención de aproximación a un sistema de gobierno parlamentario, pero insuficiente. A pesar del mencionado artículo 85 del Reglamento del Congreso, carece de

³²⁸ Texto entre paréntesis emitido por el autor de este comentario

³²⁹ HAKANSSON NIETO, Carlos. La forma de gobierno en la Constitución peruana. Universidad de Piura, Colección Jurídica, Piura, 2001

términos y plazos, ya que en la Carta se hace referencia solamente a que debe tener lugar "periódicamente". La norma constitucional debió ser más explícita a [ID de fortalecer la interrelación entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo y dotar a la estación de preguntas y respuestas de mayor exigibilidad para lograr el cumplimiento de las previsiones contenidas en el tantas veces mencionado artículo 85 del Reglamento del Congreso de la República.

6. Propuestas de reforma constitucional

Finalmente, es pertinente señalar que el Proyecto de Reforma Constitucional, contiene una propuesta normativa destinada al fortalecimiento de esta función gubernativa, al desarrollar in extenso -en el artículo 177³³⁰ un conjunto de ocho funciones propias del Premier, las que, además de consignar las clásicas funciones conferidas por las Cartas del 79 Y 93, prevén nuevas competencias de capital transcendencia si efectivamente son adoptadas. Nos referimos a las facultades en materia de: conducción de las relaciones del Poder Ejecutivo con el Legislativo; con los gobiernos regionales y locales. También la conducción de las políticas intersectoriales en el ámbito de la modernización estatal; descentralización y medio ambiente. Estas propuestas modificatorias de la Constitución constituyen manifiesta expresión de la nueva orientación que se pretende conferir al titular de la Presidencia del Consejo de Ministros, un nuevo enfoque destinado a establecer la participación directa del Poder Legislativo en la designación de este.

7. ¿Elección por parte del Congreso de la República?

Recientemente se ha venido planteando la necesidad de avanzar hacia un mayor parlamentarismo teniendo en vista la elección, por mandato constitucional, del Premier por parte del Congreso. Ello daría lugar a un Ejecutivo en cabeza del Presidente de la República elegido por el voto universal y un Presidente del Consejo de Ministros elegido por el Parlamento. Así lo propuso Carlos Fernández Sessarego en la Comisión de Bases para la Reforma Constitucional convocada por el Gobierno de Transición en el año 2001, y sobre ello ha tratado el periodista Juan Paredes Castro en su libro "La República Incompleta"³³¹. Javier Valle Riestra, por su parte, propulsa esta figura -a surgir en el marco de una Asamblea Constituyente- para convertir al Presidente de la República en un personaje más apegado al del Jefe de Estado y al Presidente del Consejo de Ministros en uno más cercano al Presidente de Gobierno. Su idea es que si fuera este último de oposición podría consagrarse en el Perú un sistema de "cohabitación" de cuño francés.

Todas estas propuestas resultan cautivantes desde una perspectiva transformadora del Premier en un contrapeso al exacerbado presidencialismo que ha signado la historia Republicana del Perú. Pero solo podrán ser viables si el Parlamento resulta ser la expresión de partidos políticos consolidados, democráticos y comprometidos con la institucionalidad republicana lo que,

³³⁰ El texto íntegro del Proyecto de Reforma Constitucional puede ser consultado en la página web: http://www.congreso.gob.pe/debate_constitucional

³³¹ PAREDES CASTRO, Juan. La República incompleta. Fundación Konrad Adenauer, Lima, 2003

aparte de impostergable, constituye una tarea más compleja que la simple adopción de más modelos constitucionales.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Editorial Jurídica Rao, Lima, 1996; DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. En: "Revista Peruana de Derechos de la Empresa", N° 57. Inversión Privada en Servicios Públicos, Editorial Asesora Andina Publicaciones, Lima, 2004; GARCIA BELAUNDE, Domingo. Teoría y práctica de la Constitución peruana. Editorial Eddili, Lima, 1989; HAKANSSON NIETO, Carlos. La forma de gobierno en la Constitución peruana. Universidad de Piura, Colección Jurídica, Piura, 2001; PAREDES CASTRO, Juan. La Republica incompleta. Lima, Fundación Konrad Adenauer, 2003; VILLARÁN, Manuel Vicente. Páginas escondidas. Talleres Gráficos Villanueva, Lima, 1962.

Requisitos para ser ministro de Estado

Artículo 124

Para ser Ministro de Estado, se requiere ser peruano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y haber cumplido veinticinco años de edad. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional pueden ser ministros.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 39, 80, 91 inc. 1), 92, 96, 99, 118 inc. 12), 119, 126 a 129, 136;

C.A.D.H.: arto 23.1.c;

D.U.D.H.: arto 21.2;

P.I.D.C.P.: arto 25.c

Víctorhugo Montoya Chávez

1. Introducción

Proveniente de *ministerium* -acusativo de *minister*, ayudante, servidor-, el término ministro sirve para designar a la persona responsable de cada uno de los sectores del gobierno de un Estado.

Al ser parte esencial de una de las instituciones del Ejecutivo, en buena forma, su actuación determina el éxito o fracaso de un régimen político. Por eso no es ilógico que las personas se pregunten quién es o qué ha sido el ministro que está siendo investido, y la interrogación adquiere un mayor sentido pues muchas veces el nombramiento responde a cuestiones partidistas, por la excesiva confianza que se tiene el Jefe de Estado o por la situación política reinante.

El nombramiento de un ministro, en teoría, es una designación legal, especial y de carácter continuo que, previa proposición y posterior conformidad del Presidente del Consejo de Ministros³³², es realizada por el Presidente de la República³³³, tomando en cuenta la nacionalidad (acápito 2), la edad (acápito 3) y la ciudadanía (acápito 4) de quien es convocado para serlo, sin exigírsele situación adicional alguna (acápito 5).

Por tal motivo, es necesario reconducir estos requisitos constitucionalmente declarados hacia la consecución de ministros que técnica y éticamente sean intachables.

2. Nacionalidad

Los peruanos, ya sean personas físicas o jurídicas, tienen el derecho fundamental a la nacionalidad³³⁴, por ser calidad expresiva del vínculo que se

³³² Fórmula prevista en el artículo 122 de la Constitución

³³³ Que el nombramiento solo requiera de su decisión está expresado en el artículo 199.7 de la Constitución argentina

³³⁴ Reconocido en los artículos 2.21 de la Constitución; XIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ("que legalmente le corresponda"); 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (no le puede privar arbitrariamente ni impedir cambiada); y,

genera entre el Estado y sus miembros. Implica y condiciona, de una parte, la sumisión a la autoridad y el cumplimiento obligatorio de las normas y, de otra, la potestad activa del ejercicio de los derechos. Según la teoría democrático-funcional de Kruger y Klein, un derecho como este será considerado como fundamental, en tanto se presenta como una esfera de libertad frente al Estado, una garantía del proceso de participación ciudadana y un elemento constitutivo de la democracia deliberativa; así el *atifgabe* y la *funktion pública* y democrático-constitutiva legitiman la característica de esencialidad de este derecho y determinan su contenido. Son tres las formas en que se puede adquirir la nacionalidad³³⁵, pero para el caso ministerial, la Constitución ha sido bastante clara en demandar que los que accedan al cargo sean peruanos de nacimiento³³⁶, al igual que lo requiere para ocupar otros altos cargos del Estado³³⁷.

Los peruanos por nacimiento, cuya prueba de filiación está en la inscripción del acta de nacimiento³³⁸ realizada en el Registro del Estado Civil³³⁹, son aquellas personas cuyo alumbramiento se produjo en el territorio nacional; los menores de edad en estado de abandono de progenitores desconocidos residentes en nuestro suelo; y, los nacidos en el extranjero, de padre o madre peruanos de nacimiento y que son inscritos, durante su minoría de edad, en la Oficina Consular respectiva³⁴⁰. Queda claro que solo estos podrán ser ministros.

Sin embargo, para algunos, la mera exigencia de ser peruano por nacimiento para acceder a un cargo público -como es el ser ministro- no termina de consolidar el cometido de autonomía frente a intereses extranjeros, como de hecho se pudo observar con la elección de un mandatario de nacionalidad japonesa. Según se desprende de la norma constitucional, para considerarse nacido en el Perú, se puede utilizar indistintamente los criterios de *ius soli*, por el lugar del nacimiento (en algún momento fue exigido para ser ministro³⁴¹) o de *ius sanguinis*, por la paternidad o maternidad; pero lo más correcto sería

20.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

³³⁵ Estas son: por naturalización, por opción y por nacimiento [artículo 53 de la Constitución].

Casi siempre fue reconocido este requisito, tal como lo muestran los artículos 86 en concordancia con el 75 de la Constitución de 1823; 30 de la de 1834; 91 en concordancia con el 38 de la de 1839; 46 de la de 1856; 98 de la de 1860; 126 en concordancia con el 74 de la de 1920; y, 217 de la de 1979, pese a haber sido dejado de lado en otras ocasiones, como sucedió con el artículo 96 de la Constitución de 1826.

³³⁶ En otros países, se ha abierto la posibilidad de ser ministro a los nacionales por naturalización [artículos 142.2 de la Constitución costarricense; y, 61 de la dominicana). Sin embargo, en el pasado, esta facultad fue claramente excluida [artículo 223 de la Constitución de Cádiz de 1812].

³³⁷ También se exige esta condición a los congresistas [artículo 90 de la Constitución], al Presidente de la República [artículo 110 de la Constitución], a los vocales supremos [artículo 147 de la Constitución], a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura [artículo 156 de la Constitución], a los fiscales supremos [artículo 158 de la Constitución] ya los magistrados del Tribunal Constitucional [artículo 90 de la Constitución].

³³⁸ De acuerdo al artículo 22 del Decreto Supremo N° 015-98-PCM, Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

³³⁹ Según el artículo 44.a de la Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

³⁴⁰ Supuestos nombrados en el artículo 2 de la Ley N° 26574, Ley de Nacionalidad

³⁴¹ De acuerdo a los artículos 96 en concordancia con el 85 de la Constitución de 1828; y, 90 de la de 1867

postular la conjunción de ambas pautas, dándose así mayor seguridad a la designación. Asimismo, podría exigirse que el ministro no tenga doble nacionalidad, pues existe la posibilidad de que los peruanos de nacimiento que adopten la nacionalidad de otro país no pierdan la originaria³⁴². De otro lado, también se ha llegado a requerir que los ministros tengan domicilio anticipado en el país³⁴³, lo cual parece congruente con la necesidad de conocimiento de la realidad del país, más allá de la capacidad profesional de la cual venga precedido.

3. Veinticinco años de edad

Para ejercer el cargo de ministro, también se ha considerado necesario disponer una edad mínima, pues a entender del constituyente era necesario salvaguardar su funcionalidad requiriendo algún grado de experiencia de quien vaya a asumirlo. Pese a que la ciudadanía es ejercida a los dieciocho años³⁴⁴, se ha creído conveniente indicar la edad de veinticinco años para ser ministro. La misma cantidad de años ha sido requerida para el caso de los congresistas³⁴⁵, pero es inferior a la de otros cargos públicos³⁴⁶. Tal edad fue solicitada inicialmente a mediados del siglo antepasado, mas su reconocimiento se presenta de manera intermitente a lo largo de nuestra historia republicana³⁴⁷, proponiéndose límites más altos para asumir este puesto, como de veintiocho³⁴⁸, treinta³⁴⁹ o cuarenta años³⁵⁰.

Además, si lo que se busca es mayor experiencia y madurez política, económica y profesional de quien acceda al cargo, parece imposible que ello se lograra a partir de las dos décadas y media propuestas.

Quizás aumentándole por lo menos cinco años a dicha edad, la persona que asuma un ministerio podría haber concluido su carrera profesional y haber logrado cierta experiencia laboral, obteniéndose el conocimiento y destreza necesarios para el cargo, lo cual redundaría en el conocimiento técnico de la

³⁴² Con la salvedad "que hagan renuncia expresa de ella ante autoridad competente" [artículo 9 de la Ley N° 26574, Ley de Nacionalidad].

³⁴³ Se consideran como ciudadanos a "los peruanos mayores de dieciocho años" [artículo 30 de la Constitución].

³⁴⁴ Como sucedió con la pretensión de cinco años "de domicilio en la República" [artículo 46 de la Constitución de 1856] o los "diez años de residencia" [artículo 90 de la Constitución de 1867].

³⁴⁵ Para ser elegido congresista se requiere "haber cumplido veinticinco años" [artículo 90 de la Constitución].

³⁴⁶ Es superada por diez años a lo solicitado para ser Presidente de la República [artículo 110 de la Constitución] o Defensor del Pueblo [artículo 161 de la Constitución] y por veinte para ser magistrado supremo [artículo 147 de la Constitución], miembro del Jurado Nacional de Elecciones [artículo 180 de la Constitución], consejero [artículo 156 de la Constitución], fiscal supremo [artículo 161 de la Constitución] o magistrado del Tribunal Constitucional [artículo 201 de la Constitución].

³⁴⁷ Los veinticinco años están presentes en los artículos 91 en concordancia con el 38 de la Constitución de 1839; 98 en concordancia con el 49 de la Constitución de 1860; 74 de la Constitución de 1920; y, 219 de la Constitución de 1979

³⁴⁸ Según el artículo 46 de la Constitución de 1856

³⁴⁹ Así estuvo previsto en los artículos 96 de la Constitución de 1826; 96 en concordancia con el 85 de la de 1828; y, 88 en concordancia con el 68 de la de 1834

³⁵⁰ Mínima edad requerida de acuerdo al artículo 91 en concordancia con el artículo 38 de la Constitución de 1839

materia -que no es de índole política-, y con la posibilidad que el criterio de eficiencia en la gestión pueda lograrse. .

4. Ejercicio de ciudadanía

El *ius civitatis* constituía un conjunto de prerrogativas del ciudadano romano para participar en todas las instituciones del Derecho Público y Privado. Implicaba el *connubium*, es decir la aptitud para contraer matrimonio (*iustae nuptiae*), único vínculo que producía el poder paternal y la agnación; el *commercium*, entendido como el derecho para adquirir y transmitir una propiedad como la *mancipatio*, y, consecuentemente, transmitir su sucesión por testamento y ser instituido heredero (*testamenti factio*); el *ius sufragii* en el orden político, o sea el derecho de votar en los comicios para hacer la ley y elegir magistrados; y, el *ius honorum*, que era el derecho para ejercer las funciones públicas o religiosas.

En la actualidad, su ejercicio conlleva la posibilidad de intervenir en los diversos procesos electorales⁽²¹⁾ e integrar la voluntad popular, ya sea mediante su acceso al empleo público; su concurso en instituciones de gobierno semidirecto (referéndum, consulta pública, veto popular, iniciativa popular o el recall en decisiones electorales o judiciales); su participación como candidato para ser elegido en los cargos de elección popular; su capacidad para presentar proyectos de ley; su asistencia directa en las asambleas populares (*landesgemeinde* suizo); su ejercicio del sufragio para elegir integrantes de cuerpos consultivos o representativos; o, la utilización de sus derechos a reunión y a asociación política para constituir partidos políticos. En consecuencia, la ciudadanía es condición indispensable para que los individuos participen, activa o pasivamente, en la elección de representantes y la correspondiente integración de las asambleas parlamentarias o, como en este caso, en el manejo de una cartera ministerial³⁵¹.

Si bien la ciudadanía es la herramienta para expresar su voluntad participativa, el ciudadano es quien construye el régimen político. Corresponde a este la posición de convertirse en titular directo de una serie de obligaciones y prerrogativas, sin cuya existencia real y física no puede ejercerse ninguno de los derechos que conforman la ciudadanía. La calidad de ciudadano es condición jurídico-político básica para el ser humano dentro del Estado; el hecho de que el orden jurídico constitucional le reconozca y atribuya esta calidad a una persona deviene en requisito necesario para que a tal individuo, por extensión legal, se le concedan opciones para ejercerlos. Su

³⁵¹ Al igual que en la formulación actual, se ha propuesto en la Historiografía Constitucional que la persona se encuentre en ejercicio de su ciudadanía, de acuerdo a lo observado en los artículos 86 en concordancia con el 75 de la Constitución de 1823 ("ser ciudadano del Perú"); 96 de la de 1826; 96 en concordancia con el 85 Y el 29 de la de 1828; 88 en concordancia con el 68 Y 30 de la de 1834; 91 en concordancia con el 38 de la de 1939; 46 de la de 1856; 98 de la de 1860; 90 de la de 1867; 126 en concordancia con el 74 de la de 1920; y, 217 de la de 1979.

En el Constitucionalismo Comparado, se exige estar en "ejercicio de sus derechos" [artículo 91 de la Constitución mexicana), es decir, contar con "derechos políticos" [artículos 87 de la Constitución brasileña; y, 34 de la chilena] o "civiles" [artículo 152.2 de la Constitución nicaragüense].

reconocimiento supone el previo cumplimiento de algunos requisitos básicos, entre otros, ser natural o naturalizado del Estado nacional, haber cumplido la mayoría de edad, tener reconocidas las capacidades de goce y ejercicio de los derechos, y en algunos supuestos, un modo honesto de vivir³⁵². Como se puede ver, los dos primeros componentes de la ciudadanía han sido extraídos de su contenido y expuestos constitucionalmente de manera separada como requisitos para la asunción del cargo de ministro.

Entonces, ¿qué se entiende por el requisito de ser ciudadano? Tal como está concebido en la Norma Fundamental, parece estar restringido al ejercicio de derechos y al cumplimiento de deberes de naturaleza política, con independencia de las otras características que esta condición pueda contener. Por tanto, para ser ministro se demanda que la persona esté inscrita en el registro electoral³⁵³, lo cual se comprueba a través del Documento Nacional de Identidad que ha de portar³⁵⁴. De otro lado, se requiere que la persona no se encuentre suspendida en el ejercicio de la ciudadanía³⁵⁵ ni haya sido inhabilitada por el Congreso³⁵⁶.

5. Negación de condición personal especial

Se ha dejado constancia constitucional que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales sí pueden ser ministros de Estado, cargo que no parece ser incompatible con la garantía básica que deben brindar los militares al país en la seguridad externa³⁵⁷ ni con la salvaguardia del interior como cometido policial³⁵⁸. En pocas palabras, no existe restricción alguna a ocupar este cargo

³⁵² Con relación a las cuestiones deontológicas, se requiere tener "moralidad e instrucción notorias" para ser ministro [artículo 160 de la Constitución salvadoreña].

³⁵³ Sobre la inscripción electoral, artículo 30 de la Constitución

³⁵⁴ El DNI sirve a las personas, entre otras cosas, para acreditar su identidad, sufragar en elecciones políticas o ser nombrado funcionario público [artículo 84 del Decreto Supremo 015-98-PCM, Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil].

³⁵⁵ La suspensión se presenta "por resolución judicial de interdicción; por sentencia con pena privativa de la libertad; por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos" [artículo 33 de la Constitución].

Haciendo un estudio retrospectivo de la misma, se observa que antes se podía suspender de la ciudadanía a una persona por "comprar o vender sufragios en las elecciones, o turbar el orden de ellas" [artículo 18.4 de la Constitución de 1826]; por "hallarse procesado criminalmente y con mandamiento de prisión debidamente ejecutoriado" [artículo 63.2 de la Constitución de 1920] (en la misma línea, el artículo 100 en concordancia con el 61 de la Constitución boliviana: "no haber sido condenado a pena corporal, salvo rehabilitación concedida por el Senado"); por "ineptitud física o mental, que impida obrar libre y reflexivamente" [artículo 9.1 de la Constitución de 1839]; por "ser notoriamente vago, jugador, ebrio" [artículo 39.4 de la Constitución de 1856]; por estar "casado que sin causa abandona a su mujer, o estar divorciado por culpa suya" [artículo 6.6 de la Constitución de 1828]; o, por "hallarse sometido a juicio de quiebra" [artículo 40.2 de la Constitución de 1860]. En el pasado, también se podía perder la ciudadanía, como se desprende de los artículos 10 de la Constitución de 1839; 19 de la de 1826; 5 de la de 1828; 5 de la de 1834; 10 de la de 1839; 40 de la de 1856; 41 de la de 1860; y, 42 de la de 1867.

³⁵⁶ Es una restricción para la elección de "los funcionarios públicos inhabilitados de conformidad con el artículo 100 de la Constitución" [artículo 10 de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, adicionado por el artículo 2 de la Ley 27369].

³⁵⁷ Es función básica de las Fuerzas Armadas la "independencia, soberanía y la integridad territorial de la República" [artículo 165 de la Constitución].

³⁵⁸ Las Fuerzas Policiales deben "mantener y restablecer el orden interno" [artículo 166 de la Constitución].

por razón de la condición de quien está propuesto para ser ministro, a diferencia de lo señalado explícitamente para el caso de la elección de congresistas³⁵⁹. Es interesante que la Constitución no haga distinción entre la situación de civilidad de la persona que puede ostentar el cargo de ministro, a pesar de la exigencia antes explicada de ser un ciudadano en ejercicio, es decir con capacidad de sufragio activo y pasivo, situación en la que no se encuentran los militares ni los policías. Pese a que el personal castrense y gendarme en actividad³⁶⁰ no pueden elegir ni ser elegidos³⁶¹, el obstáculo de elección para el caso ministerial ha sido levantado explícitamente, y para cualquier cartera³⁶², sin quedar dudas al respecto. De esta manera, se estaría habilitando a los ministros para el ejercicio de una función pública adicional, aparte de la expresamente habilitada de ser congresista³⁶³.

Tal como se observa, tampoco existe impedimento alguno relacionado con la persona que busca acceder al cargo de ministro, tanto por la función que se comprometía desplegar³⁶⁴, por las posibilidades económicas que había de tener³⁶⁵, por el grado de parentesco que podía mantener³⁶⁶, por la forma en que el cargo les correspondía ejercer³⁶⁷, como por las condiciones previas que

³⁵⁹ No pueden ser elegidos congresistas "los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad" si no han dejado el cargo seis meses antes de la elección [artículo 91 de la Constitución].

³⁶⁰ En atención a la relación al servicio, los militares oficiales solamente pueden estar en situación de actividad (dentro del servicio), de disponibilidad (apartado de la situación de actividad, pero puede volver a ella) y de retiro (apartado definitivamente del servicio), según el artículo 23 del Decreto Legislativo 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea.

³⁶¹ De acuerdo al artículo 34 de la Constitución

³⁶² En contra de esta posición, se encuentra aquella que señala que "quedaría limitada la intervención de los militares para funciones ministeriales de su especialidad en el caso que decidiera tomados y solo para eso" [Debate constituyente de 1979, Intervención del asambleísta Cáceres Velásquez].

³⁶³ Según el artículo 126 de la Constitución, en principio solo se permitía ser ministro y congresista al mismo tiempo

³⁶⁴ No podían ser nombrados ministros de Estado "los miembros del Poder Judicial y los miembros del Clero" [artículo 161 de la Constitución de 1933]. Actualmente, aún se requiere "ser del estado seglar" [artículo 142.3 de la Constitución costarricense; 249 en concordancia con el 238 de la hondureña; y, 160 de la salvadoreña].

³⁶⁵ Se ha propuesto vigilar el poder adquisitivo de quien asuma el cargo de ministro en los artículos 96 en concordancia con el 85 y el 29.3 de la Constitución de 1828; 88 en concordancia con el 68; y, el 30.3 de la Constitución de 1834 ("propiedad territorial que rinda mil pesos de producto líquido al año"); 98 en concordancia con el 49.4 de la de 1828 (renta "de mil pesos"); 91 en concordancia con el 3'8.4 de la de 1839 (renta "de setecientos pesos procedente de bienes raíces" o entrada de mil pesos al año); y, 46 de la de 1856 (renta "de quinientos pesos").

³⁶⁶ No pueden llegar a ser ministros, los parientes del Presidente o del Vicepresidente de la República, así como de otros ministros dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad [artículos 197.a de la Constitución guatemalteca, 192 de la panameña y 250.1 de la hondureña].

³⁶⁷ Se demandaba, al igual que al Presidente, que tuviese capacidad de dirección "vigorosa, prudente, y liberadamente" de su cartera [artículo 86 en concordancia con el 75.2 de la Constitución de 1823].

debía poseer³⁶⁸. Es decir, basta que la persona cumpla con los tres requisitos explicados para ser ministro.

Pese a lo necesario que a veces puede resultar algún condicionamiento para acceder al cargo de ministro, los constituyentes se inclinaron por una apertura social para el ejercicio de esta función ejecutiva. Se ve reflejado, en cierta forma, el derecho a la igualdad ante la ley³⁶⁹ que puede transmutarse en discriminación si la diferenciación no contiene una causa objetiva y justificada. Según nuestra Constitución, no existe hecho razonable, racional ni proporcional que sustente que todas las personas -incluyendo miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales- están posibilitados de acceder a este cargo.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique; RUBIO CORREA, Marcial y otros. La Constitución de 1993: análisis y comentario. En: "Lecturas sobre temas constitucionales". N° 10. Lima, 1994; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: análisis comparado. Ciedla. Lima, 1996; CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993: lectura y comentario. Cuarta edición. Antonella Chirinos Montalbetti. Lima, 1997; GARCÍA TOMA, Víctor. Los ministros de Estado. En: "Actualidad Jurídica". N° 2. Gaceta Jurídica. Lima, febrero 1994; VILLARÁN, Manuel Vicente. Posición constitucional de los ministros en el Perú. Colegio de Abogados de Lima. Lima, 1994.

³⁶⁸ También se ha requerido ser profesor de alguna ciencia, con insistencia a veces a la enseñanza pública, a través de los artículos 46 de la Constitución de 1856; 98 en concordancia con el 49.4 de la de 1828; 96 en concordancia con el 85 y el 29.3 de la de 1828; y, 88 en concordancia con el 68 y el 30.3 de la de 1834

³⁶⁹ Reconocido expresamente en los artículos 2.2 de la Constitución; 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; y, 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Atribuciones del Consejo de Ministros

Artículo 125

Son atribuciones del Consejo de Ministros:

1. Aprobar los proyectos de ley que el Presidente de la República somete al Congreso.
2. Aprobar los decretos legislativos y los decretos de urgencia que dicta el Presidente de la República, así como los proyectos de ley y los decretos y resoluciones que dispone la ley.
3. Deliberar sobre asuntos de interés público. y 4. Las demás que le otorgan la Constitución y la ley.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 60,71,104,108,118 inc. 19), BOa 137,206;
T.U.O.Rgnto.Congreso: art.76 inc. 1);
D.Leg. 560: arts. 14 al 16; 55 al 57;
C.A.D.H.: arto 24;
D.U.D.H.: art. 7;
P.I.D.C.P.: arto 26;
P.I.D.E.S.C.: arto 2

Jorge Santistevan de Noriega

1. Origen constitucional de la Presidencia del Consejo de Ministros

El Consejo de Ministros encuentra su origen en la forma de gobierno parlamentaria, propia de los países de Europa continental. Es en Francia donde surge el concepto de Gabinete o Consejo de Ministros como lo anota Duverger³⁷⁰, concebido como elemento central del régimen, constituyendo, como lo expresa García Toma³⁷¹, una suerte de bisagra entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

En el contexto del modelo de gobierno peruano, la existencia del Consejo de Ministros constituye una de las notas que otorgan a este su carácter mixto o de presidencialismo atenuado, tanto por el origen de la citada institución colegiada cuanto por su concepción como entidad destinada a participar en el juego de los denominados checks and balances (balances y contrapesos) en la conducción y administración del Estado y -en términos formales para nuestra experiencia constitucional y política- el gobierno en equipo de la actividad estatal.

La institución del Consejo de :Ministros fue establecida por vez primera en el Estado peruano por la Constitución de 1856, con la finalidad de dotar de

³⁷⁰ DUVERGER, Maurice. Instituciones políticas y Derecho Constitucional Editorial Ariel, Barcelona, 1984

³⁷¹ GARCÍA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Universidad de Lima, Fondo Editorial, Lima, 1998

armonía a la gestión ministerial, la misma que hasta ese entonces carecía de articulación legal y de adscripción de responsabilidad política en sus integrantes.

La Constitución de 1856 en su Título XII, referido a los "Ministros de Estado", prescribe en su artículo 93 que "habrá un Consejo de Ministros, cuya organización y procedimientos se detallarán por la ley". A tenor de las previsiones del artículo 91 de dicha Constitución, tenía a su cargo el despacho de los negocios de la administración pública. Como lo afirma el jurista e historiador Ugarte del Pino³⁷², citando a García Calderón, aquella no ha de tener real vigencia pues la Constitución de 1856 "no fue cumplida en ninguna de sus partes, quedando como el mejor in memoriam a los liberales de nuestra pasada centuria". No obstante lo expresado, la Carta de 1856 constituye el primer referente constitucional en la materia, recogido por los posteriores textos constitucionales con redacción y contenidos similares al texto político de 1856.

2. Naturaleza y funciones del Consejo de Ministros

El estudio del Consejo de Ministros en el constitucionalismo histórico tiene en la Constitución de 1979 aportes significativos que merecen ser destacados. La citada Carta, en su Título IV "De la Estructura del Estado", Capítulo VI "Consejo de Ministros", abordaba diversos temas referidos a este cuerpo colegiado. El artículo 218 le confería cuatro atribuciones: la aprobación de los proyectos de ley que el Presidente ponga a consideración del Poder Legislativo; la aprobación de los decretos legislativos que dicte el Presidente; la deliberación de los asuntos de interés público y, aquellas otras atribuciones que establezca la Constitución y las leyes. Por tanto, es posible afirmar el carácter de participación normativa y fedataria conferido al Consejo de Ministros, a través del refrendo ministerial, con la consiguiente asignación de las responsabilidades que ello trae consigo. No así un reconocimiento de mayores y más extensas competencias en los diversos ámbitos del quehacer estatal.

En atención a las disposiciones actualmente contenidas en el artículo 125 de la Constitución de 1993, podemos afirmar la similitud tanto en redacción cuanto en contenido, a lo estipulado en su predecesora, confiriéndose así un tratamiento homogéneo a la citada institución en las últimas décadas. El distinguo que contiene la vigente Carta estriba en la participación del Consejo de Ministros en la aprobación de los decretos de urgencia expedidos por el Presidente de la República, en uso de las facultades constitucionales conferidas.

Por tanto, debe quedar precisado que la Constitución vigente señala como atribuciones del Consejo de Ministros: la aprobación de los proyectos de ley que el Presidente somete a consideración del Legislativo; la aprobación de las normas con rango de ley que en uso de facultades delegadas o con carácter de urgencia expide el Poder Ejecutivo (decretos legislativos y decretos de urgencia); las normas de carácter reglamentario u otras de carácter general a través de decretos supremos con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

³⁷² UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. Historia de las Constituciones del Perno Editorial Andina, Lima, 1978

y la deliberación (léase el debate) sobre los asuntos de interés público; y aquellas otras que sean conferidas por la Constitución y las leyes. Así es evidente la similitud en las estipulaciones de las dos últimas Constituciones, con el añadido antes referido.

La participación del Consejo de Ministros en los actos de gobierno -a través del voto aprobatorio- sea para la expedición de determinada normativa estatal cuanto para la adopción y ejecución de decisiones de Estado, entraña una participación activa, cuando menos formalmente, en la conducción del Estado. En rigor, esta debiera fortalecerse con la asignación de nuevas atribuciones, como las referidas a la adopción de políticas de mediano y largo plazo en los diversos ámbitos del quehacer estatal, en especial lineamientos estratégicos destinados a la inserción del Perú en el contexto regional y mundial. En tal sentido, hace bien el Proyecto de Reforma Constitucional al determinar que una ley orgánica ha de normar las competencias y atribuciones del Consejo de Ministros mediante normativa explícita en la que debieran ser incluidas y desarrolladas las estipulaciones planteadas.

En este contexto importa destacar las previsiones contenidas en el tercer inciso del artículo 125, referida a la deliberación que se suscita en la actividad del Consejo de Ministros. No es sin embargo "deliberante" el término más feliz. En primer lugar cabe advertir que por esencia dicho Consejo no es deliberante, toda vez que las discusiones en su interior se suscitan más bien con la finalidad de unificar criterios en referencia a determinado tema de interés público, con el propósito de someter la posición consensual a consideración del Presidente de la República, para la adopción de las decisiones de política que estime pertinentes.

En el sistema de gobierno peruano, al igual que en el presidencialismo estadounidense, el Consejo de Ministros carece de iniciativa política, tanto en el plano nacional cuanto internacional. Por tanto, la participación del Gabinete o Consejo de Ministros es, como lo afirma Bernal Ballesteros³⁷³, de carácter formal, básicamente circunscrita a su participación en la expedición de la legislación delegada, carentes de real autonomía para actuar en la conducción de los asuntos públicos a su cargo.

En referencia al Consejo de Ministros, Manuel Vicente Villarán³⁷⁴ expresó en la primera mitad del siglo XX que, no obstante que el Presidente requiere indispensablemente el concurso del Consejo de Ministros para dar eficacia a los actos de gobierno, este órgano colegiado ha sido históricamente un ente de "auxilio": carente de relevancia propia.

La perspectiva doctrinaria anotada puede ser corroborada por la inexistencia de desarrollo legal en cuanto a las competencias y atribuciones asignadas al Consejo de Ministros. La Ley del Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo N° 560), no contiene tratamiento explícito de la materia en ninguno de sus cuatro títulos.

³⁷³ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Editorial Jurídica Rao, Lima, 1996

³⁷⁴ VILLARÁN, Manuel Vicente. Lecciones de Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1998

La propuesta contenida en el Proyecto de Reforma Constitucional constituye un medio adecuado para atender, desde el punto de vista estrictamente normativo, este vacío legal y, desde el punto de vista sustantivo, para consolidar la labor gubernativa del Consejo de Ministros a través de un desarrollo integral de sus facultades.

3. Conclusiones

El tratamiento constitucional conferido a la institución del Consejo de Ministros tiene en la Carta Política de 1856 su primer referente normativo, el mismo que únicamente afirma su existencia. Esta previsión constitucional ha sido consignada sin mayores cambios sustantivos en prácticamente la totalidad de las doce constituciones del Estado.

La Carta de 1979 constituye un hito en la regulación normativa del citado cuerpo colegiado al establecer las funciones asignadas a este, las que han sido repetidas tanto en redacción cuanto en contenido en la vigente Constitución, exceptuando el refrendo del Consejo de Ministros en la expedición de los decretos de urgencia. La Constitución de 1993 incide así en una mayor participación del Consejo en la expedición de la normativa delegada por el Poder Ejecutivo.

La actividad funcional del Consejo de Ministros ha estado circunscrita básicamente al ámbito legislativo, a través del refrendo ministerial en la expedición de la normativa que emite el Poder Ejecutivo. A ello se aúna su potestad de deliberación en la diversidad de asuntos de interés público, sin que ello suponga la asunción de facultades deliberativas, las que se mantienen concentradas en el Presidente de la República.

Las previsiones constitucionales, en cuanto a las funciones del Gabinete, carecen de desarrollo legislativo. No existe referente legal que aborde sus funciones y atribuciones, en tanto ente colegiado. Hace falta la generación de normativa legal en la materia.

El Consejo de Ministros constituye una institución propia de los sistemas parlamentarios de gobierno, que a lo largo de la historia republicana del Perú, no ha podido esclarecer su propio peso político en la conducción del Estado.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Editorial Jurídica Rao, Lima, 1996; DUVERGER, Maurice. Instituciones políticas y Derecho Constitucional. Editorial Ariel, Barcelona, 1984; GARCÍA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Universidad de Lima, Fondo Editorial, Lima, 1998; UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. Historia de las Constituciones del Perú. Editorial Andina, Lima 1978; VILLARÁN, Manuel Vicente. Lecciones de Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1998.

Artículo 126

Control de diligencia ministerial

Todo acuerdo del Consejo de Ministros requiere el voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros, y consta en acta.

Los ministros no pueden ejercer otra función pública, excepto la legislativa.

Los ministros no pueden ser gestores de intereses propios o de terceros ni ejercer actividad lucrativa, ni intervenir en la dirección o gestión de empresas ni asociaciones privadas.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 40, 41, 92, 118 inc. 22), 125;

C.C: arts. 1366, 1368;

C.P.: art. 385;

C.P.Ct.: art. 99;

L.O.M.P.: art. 46;

C.A.D.H.: art. 29.b;

P.I.D.E.S.C.: arto 1.1

Víctorhugo Montoya Chávez

1. Introducción

Los ministros de Estado³⁷⁵ son representantes del Gobierno que, pese a no ser nombrados por el Congreso³⁷⁶, asumen plena responsabilidad política ante él. El ejercicio ejecutivo que realizan los ministros formaliza la función gubernamental, toda vez que se les permite disfrutar del proceder esencial de dirigir y determinar la política estatal, pues son justamente ellos los que disponen de los medios jurídicos, económicos, humanos y tecnológicos privativos del poder. En este marco, responden por los actos cometidos como parte de sus funciones, determinándose así la clásica y específica actuación del Gobierno en el Estado. Entonces, serán responsables de sus actos si incurren en el incumplimiento de cualquiera de las funciones que deben ejercer, razón por la cual se debe definir explícita y previamente cuál debe ser la adecuada actuación que les corresponde en el ámbito corporativo (acápite 2), público (acápite 3) y particular (acápite 4)³⁷⁷.

³⁷⁵ En la realidad, "el Ministro es responsable político y está a cargo del Sector o Sectores que se le confían. Es titular del respectivo pliego presupuestal. Establece los objetivos y orienta, formula, dirige y supervisa las políticas de su competencia, en armonía con las disposiciones constitucionales, la política general y los planes del Gobierno (000)' Refrenda los actos presidenciales que atañen al Sector o Sectores a su cargo" [artículo 37 del Decreto Legislativo N° 560, Ley del Poder Ejecutivo). En pocas palabras, cada ministro dirige "por sí y bajo su propia responsabilidad los asuntos de su cartera" [artículo 65 de la Ley Fundamental de Bonn).

³⁷⁶ Es el Presidente de la República quien "nombra y remueve al Presidente del Consejo. Nombra y remueve a los demás ministros, a propuesta y con acuerdo, respectivamente, del Presidente del Consejo" [artículo 122 de la Constitución).

³⁷⁷ He tratado de encontrar una consistencia interna, a través del rótulo de 'diligencia ministerial', en un artículo constitucional como el presente que, por su naturaleza, no tiene coherencia sistemática

2. Supervisión de su participación en el Consejo de Ministros

La agrupación de los titulares de los sectores es conocida comúnmente como Gabinete o Consejo de Ministros³⁷⁸. Este tiene como característica esencial ser un órgano colegiado y como objetivo básico absolver las consultas del Ejecutivo. Por tanto, como parte exclusiva de la labor política del Estado, al coadyuvar la orientación política del Gobierno encomendada al Presidente de la República³⁷⁹, tiene que desempeñar diversas funciones que se le han encargado explícitamente³⁸⁰.

Por una cuestión de índole burocrática, muchos de los actos que cumplen requieren de un acuerdo en su interior a fin de dotarle de validez y eficacia. Para formalizar tal acuerdo, este debe constar en acta³⁸¹, la misma que, además de ser un elemento de investigación, asume un valor similar al diario de debates del Congreso³⁸². Adicionalmente, debe determinarse con claridad cuál es el principio de aceptación que ha de regir la votación aprobatoria, en tanto se presenta como una modalidad simple y formal para todos los acuerdos.

La exigencia impuesta para la validez de los acuerdos del Consejo de Ministros requiere determinar qué mayoría se requiere en la votación, pues la indefinición presentada debe ser superada. En términos políticos, la mayoría, como término proveniente del indoeuropeo *mak* *yo*s que significa mayor, implica el número más amplio de votos conforme a un sufragio o elección. Si es 'absoluta' requiere tener más del cincuenta por ciento de una votación, tomando en cuenta la totalidad de los miembros integrantes del órgano, independientemente de los que efectivamente estuvieron presentes en la votación. Si es 'relativa' necesita que el triunfo o aprobación se produzca con el mayor número de votos, no con relación al total de estos, sino al número que

³⁷⁸ Se sabe que "los ministros, reunidos, forman el Consejo de Ministros" [artículo 121 de la Constitución].

³⁷⁹ Es "el Jefe de! Estado y personifica a la Nación" [artículo 110 de la Constitución].

³⁸⁰ Deben "aprobar los proyectos de ley que el Presidente de la República somete al Congreso; aprobar los decretos legislativos y los decretos de urgencia que dicta el Presidente de la República, así como los proyectos de ley y los decretos y resoluciones que dispone la ley; deliberar sobre asuntos de interés públicos" [artículo 125 de la Constitución]; tener "la dirección y la gestión de los servicios públicos" [artículo 119 de la Constitución]; realizar la "refrendación ministerial" [artículo 120 de la Constitución]; ser "responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan" [artículo 128 de la Constitución]; o, "concurrir a las sesiones de! Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas" [artículo 129 de la Constitución]. Tal vez por la relación existente entre la función y los requisitos exigidos, ambos se deberían tratar en un mismo artículo, fusión que sí estuvo presente en el artículo 218 de la Constitución de 1979.

³⁸¹ Para cumplir con este propósito, corresponde al Secretario del Consejo de Ministros "dirigir y controlar que las actas aprobadas por el Consejo de Ministros, sean transcritas en el libro de actas respectivo para su fuma" [artículo 31.a del Decreto Supremo N° 007-2002-PCM, Reglamento de Organización y Funciones del Despacho Presidencial].

³⁸² En la práctica nacional, cuando la sesión es pública, los acuerdos en los que se aprueban informes, proyectos o cualquier otro acto materia de! debate constan en acta. Sin embargo, si es privada, no se toma decisión efectiva alguna, de acuerdo a las materias tratadas en la reunión

obtiene cada uno de sus oponentes o cuestiones que se votan en tal oportunidad. Ante estas dos opciones, la votación en el Consejo de Ministros, a través de una interpretación a fortiori respecto a un tipo de votación congresal³⁸³, debe requerir una mayoría absoluta, es decir, necesita del voto de más de la mitad del número legal de sus miembros, pues el tipo de decisiones que se adoptan, demanda que por los menos ocho de los quince ministros estén a favor para funcionar como órgano colegiado.

3. Impedimento de su acceso a otra función pública

El ejercicio ministerial debe ser considerado como una función pública, al impedir al titular de una cartera la realización de cualquier otra labor. Basándose en que una función de este tipo tiene como valores éticos la integridad, la neutralidad, la imparcialidad, la transparencia en la gestión, la receptividad, la competencia profesional y el servicio a los ciudadanos, los ministros deben estar técnicamente bien formados y ser capaces de ofrecer una adecuada atención personal.

Por encontrarse al servicio de la nación³⁸⁴ con un encargo estrictamente político³⁸⁵, los ministros se exhiben como figuras neurálgicas dentro de la Administración, que deben adaptar las necesidades ciudadanas a los retos que van surgiendo en el seno de una sociedad que exige servicios acordes con su dinámica evolución. En tal sentido, por el grado de esfuerzo que requiere el manejo del sector y por los sueldos que reciben³⁸⁶, se ha exigido la exclusividad en el ejercicio de su cargo³⁸⁷.

³⁸³ Forma prevista para leyes orgánicas [artículo 106 de la Constitución]

³⁸⁴ El reconocimiento de los ministros como funcionarios públicos es explícito [artículo 39 de la Constitución].

³⁸⁵ Al ser funcionarios que "desempeñan cargos políticos o de confianza" [artículo 425.2 del Código Penal], desarrollan "funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas" [artículo 4.1 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público], pero no pueden llegar a considerarse como parte de la carrera administrativa [artículo 40 de la Constitución]

³⁸⁶ Los ministros se encuentran imposibilitados de percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso, tal como lo prescribe el artículo 3 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público. Esto está de la mano con la exigencia de "hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos" [artículo 41 de la Constitución] y con la delimitación de su sueldo a "seis URSP" [artículo 4.b de la Ley N° 28212, Ley de Desarrollo del artículo 39 de la Constitución en lo que se refiere a la jerarquía y remuneraciones de los altos funcionarios y autoridades del Estado].

De otro lado, en el Constitucionalismo Comparado se ha previsto que los ministros "gozarán por sus servicios de un sueldo establecido por la ley, que no podrá ser aumentado ni disminuido en favor o perjuicio de los que se hallen en ejercicio [artículo 107 de la Constitución argentina].

³⁸⁷ y esto se condice con la norma que exige que "ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente" [artículo 40 de la Constitución]. Esta norma genérica fue reconocida en el pasado para el caso específico de los ministros [artículo 176 de la Constitución de 1933].

En Derecho Comparado, también se señala que "la función del Ministro es incompatible con el ejercicio de todo otro cargo público, sea o no de elección popular, salvo en el caso de que leyes especiales les recarguen funciones" [artículos 143 de la Constitución costarricense y 253 de la hondureña]. De manera más explícita, se precisa que los ministros "no podrán ejercer ningún

Pese a esta prohibición se ha compatibilizado el cargo de congresista y el de ministro, aunque con una relación de tipo unidireccional. Acorde con la corrección funcional propuesta por Hesse, se debe respetar el marco de funciones estatales consagradas por la Norma Suprema propuesto para cada órgano constitucionalmente reconocido. Con la distribución de cometidos no se puede llegar a afectar la asignación de actividades a través del modo y resultado de su actuación; así, la función parlamentaria y ejecutiva deben mantenerse relacionadas pero no superpuestas. Por lo tanto, se puede acceder al cargo de ministro siendo congresista³⁸⁸, pero no ser congresista si uno es ministro³⁸⁹.

Con la opción asumida por la Constitución, nuestro sistema se encamina hacia una forma de parlamentarismo, aunque aún resta demandar que el ministro provenga únicamente del Congreso. En la realidad, algunos gobernantes -como Belaúnde Terry o García Pérez- se han inclinado a nombrar gabinetes parlamentarios, tanto así que en la actual administración, dos presidentes del Consejo de Ministros -Solari de la Fuente y Ferrero Costa- han provenido del Congreso.

4. Limitación a su actividad económica privada

El último acápite está referido a un tema muy discutido en el Derecho y, en general, en el mundo de las ciencias sociales: la relación entre lo público y lo privado.

Esta correlación de tendencias es una cuestión eminente en la vida diaria nacional, más aún si se cuenta con la experiencia muy sensible de la corrupción ocurrida en el pasado y que llegara a avasallar al Perú durante años. Por eso, es importante que la subordinación normológica de la conducta impuesta a los ministros sea susceptible de intervención constitucional³⁹⁰. Basada en las expectativas de un orden regular y recurrente -relativamente constante- en la vida política, con especial relevancia en la coyuntura económica del país, se impide que los ministros ejerzan operaciones privadas,

otro cargo público remunerado, ningún oficio ni profesión, ni tampoco pertenecer a la dirección ni, salvo autorización del Bundestag, al consejo de administración de una empresa con fines de lucro" [artículo 66 de la Ley Fundamental de Bonn].

³⁸⁸ Se señala que "el mandato del congresista es incompatible con el ejercicio de cualquiera otra función pública, excepto la de Ministro de Estado" [artículo 92 de la Constitución, similar al artículo 173 de la de 1979]. Indirectamente, un ministro también puede ser militar en actividad [artículo 124 de la Constitución].

Un poco más abierta es aquella norma que demuestra que "las funciones de miembro del Gobierno son incompatibles con el ejercicio de cualquier mandato parlamentario, de cualquier función de representación de carácter nacional y de cualquier empleo público o de cualquier actividad profesional" [artículo 23 de la Constitución francesa].

³⁸⁹ No pueden ser electos como congresistas, "si no han dejado el cargo seis meses antes de la elección, los ministros y viceministros de Estado" [artículo 91.1 de la Constitución]. De igual forma, estos tampoco pueden postular a la presidencia o vicepresidencias de la República, "si no han renunciado por lo menos seis meses antes de la elección" [artículo 107.a de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones].

³⁹⁰ Los ministros son considerados "funcionarios de la administración pública con capacidad de decisión pública" [artículo 5.d de la Ley N° 28024, Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública]. De esta forma, se coadyuva "una mejor gestión de las finanzas públicas" [artículo 1 de la Ley N° 27245, Ley de Responsabilidad y Transparencia Fiscal].

sobre todo relacionadas con un fin lucrativo. Poco a poco ha ido perfilándose el contenido de esta limitación, al prohibírseles ser mandatarios de determinados intereses individuales o grupales. De otro lado, también se podría intentar evitar problemas de esta naturaleza, impidiéndose acceder al cargo de ministro a determinadas personas, con algún tipo de problema económico o relación financiera con el Estado³⁹¹.

Un tema como este es tan importante que llegaría a evitar situaciones extremas como las ocurridas en el régimen fujimorista en el que muy buena parte de los ministros se vieron involucrados en actos de corrupción. Como muestra de lo indicado se puede señalar la existencia, en el periodo congresal 2001-2006, de investigaciones realizadas por la Comisión Permanente, a través de una subcomisión investigadora, respecto a la denuncia constitucional 39, referida a la mala utilización y transferencia de fondos obtenidos vía donación por parte de ministros de Estado fujimoristas.

Terminado el respectivo examen y tras la correspondiente acusación ante el Pleno, el Parlamento nacional determinó la formación de causa a los ex ministros Camet, Joy Way, Baca Campodónico, Goldenberg, Castillo Meza, Saucedo, Salazar Monroe, Bergamino y Villanueva Ruesta, por los delitos de peculado, falsedad material en documento, falsedad ideológica y enriquecimiento ilícito. Como se observa, la posibilidad de una inadecuada utilización de los fondos públicos a favor de intereses particulares no es extraña en nuestra reciente historia estatal. Por tal sentido, el cumplimiento holista de una norma como esta adquiere un renovado y trascendente sentido para un país que debe estar basado sustancialmente en la ética pública.

La prohibición desarrollada en la Norma Fundamental se presenta en tres aspectos puntuales, con el objeto exclusivo de impedir al ministro aprovechar su alta posición para ponerla al servicio de intereses particulares en agravio del Estado. En primer lugar, el ministro no tiene capacidad de ejercer actividad lucrativa alguna, figura que acaba de moldear la proscripción de realizar cualquier trabajo profesional³⁹². Tampoco puede ser gestor de intereses propios o de terceros, entiéndase está impedido de realizar actividades que generen actos indebidos de gestión³⁹³. En último término, se señala que tampoco puede

³⁹¹ Se impide ser ministro o viceministro a "los que hubiesen administrado o manejado fondos públicos, mientras no obtengan el finiquito de sus cuentas; los contratistas de obras o empresas públicas que se costeen con fondos del Estado o del Municipio, sus caucioneros y los que, de resultas de tales obras o empresas tengan pendientes reclamaciones de interés propio; los deudores de la Hacienda Pública o Municipal que estén en mora; los que tengan pendientes contratos o concesiones con el Estado para explotación de riquezas nacionales o de servicios públicos, así como los que hayan aceptado ser representantes o apoderados administrativos de aquellos o de sociedades extranjeras que se hallen en los mismos casos" [artículo 161 de la Constitución salvadoreña, similar al 250 de la hondureña], además de "los que habiendo sido condenados en juicio de cuentas no hubieren solventado sus responsabilidades; los contratistas de obras o empresas que se costeen con fondos del Estado, de sus entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas o del municipio, sus fiadores y quienes tengan reclamaciones pendientes por dichos negocios; quienes representen o defiendan intereses de personas individuales o jurídicas que exploten servicios públicos" [artículo 197 de la Constitución guatemalteca].

³⁹² También previsto en el artículo 176 de la Constitución de 1933

³⁹³ Interpretación contrario sensu de la gestión de intereses permitida por ley, según la cual se entiende por esta "la actividad, mediante la cual personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, promueven de manera transparente sus puntos de vista en el proceso de decisión

intervenir en la dirección o gestión de empresas ni asociaciones privadas, opción que se ha mantenido constante en la evolución constitucional³⁹⁴.

Al ministro se le debe proteger por enfrentarse a una fuerza de hecho no jurídica que aparece como un contrapoder fáctico, y la constitucionalización de este precepto responde a un propósito de moralidad política. Pertenecer a un grupo de interés significa pretender ejercer alguna influencia en las esferas del aparato estatal o de las organizaciones políticas, fundamentalmente para obtener beneficios concretos especialmente económicos³⁹⁵, sin llegar a constituir engranajes previstos en la dinámica de los poderes, por la fuerza financiera, social, mediática o la que disfrutasen³⁹⁶.

Lo más grave de todo es que su acción se traduce en la formación de grupos de presión, que expresan conscientemente intereses parciales o particulares, ejerciendo influencia sobre el poder público para obtener sus fines, sin asumir la responsabilidad de las decisiones adoptadas bajo su influencia, persuasión, intimidación o soborno.

De hecho, la presencia de estos grupos puede ser enfrentado en un frente externo e interno, y el interés de la norma constitucional está en contradecir a ambos.

Internamente, impide colocar a un ministro a medida de las fuerzas exógenas, a fin de que no pugne por defender los capitales que él representa o adoptar criterios y decisiones que les sea favorables. Externamente, se pone de manifiesto mediante el control que los ministros deben realizar de la presión política, económica y social que realizan sobre la institución, a través de diversos métodos, entre ellos, el empleo de los medios de comunicación para concitar simpatías en la opinión pública hacia las posiciones defendidas por los famosos lobbies³⁹⁷.

pública, a fin de orientar dicha decisión en el sentido deseado por ellas" [artículo 3 de la Ley N° 28024, Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública].

³⁹⁴ Igualmente desarrollado en los artículos 176 de la Constitución de 1933 y 219 de la de 1979.

³⁹⁵ En estricto, "están prohibidos de aceptar directa o indirectamente cualquier liberalidad de parte de los gestores de intereses o de los terceros en cuya representación actúen" [artículo 17 de la Ley N° 28024, Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública], impidiéndose a los ministros "utilizar indebidamente su poder al servicio de otros intereses que no sean los de la nación, y por la misma razón no se les permite tramitar o dirigir asuntos ante los órganos del Poder Judicial" [Debate constituyente de 1979, Intervención del asambleísta Cornejo Chávez, aunque en referencia a las incompatibilidades congresales].

³⁹⁶ Actúan dentro del orden jurídico al aprovechar las ventajas de ejercer su facultad de realizar requerimientos, influir sobre la opinión pública y obtener su apoyo para ser escuchados por las autoridades y resolver favorablemente sus demandas, aun cuando muchas veces no lo hagan legítimamente.

³⁹⁷ En esencia, los lobbies suelen estar dirigidos contra los congresistas más que contra los ministros, tanto así que el desarrollo de las prohibiciones es mucho mayor para el ejercicio legislativo. Así, "la función de congresista es, asimismo, incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos. La función de congresista es incompatible con cargos similares en empresas que, durante el mandato del congresista, obtengan concesiones del Estado, así como en empresas del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros" [artículo 92 de la Constitución].

Encarar un problema como este, no puede limitarse a un enfrentamiento directo de la situación, tal como sucede en la realidad con prohibiciones tan amplias y directas que hasta pecan de taxativas, y que tal como se ha podido observar resultan insuficientes para controlar y revertir la cultura de la corrupción que aún inunda al país. Existen algunas alternativas adicionales por la que el ordenamiento jurídico puede elegir, y que no son privativas del caso ministerial: la coordinación estatal con las corporaciones comprometidas con la vida económica del país³⁹⁸; el reconocimiento explícito y demarcado (regulación con límites) de los lobbies³⁹⁹; o, la conversión de los grupos antes mencionados en órganos consultivos.⁴⁰⁰ Si bien es difícil que se animen los legisladores a tratar este tema abiertamente, al escudarse en la posible afectación a principios democráticos⁴⁰¹, no puede negarse la presencia de intereses particulares en el Estado. También es importante reconocer el éxito y resultados positivos de la adopción de alguna de estas propuestas en países con características similares a la nuestra⁴⁰². La viabilidad de una regulación distinta de esta materia está expuesta, pero una decisión política definida y una normativa acorde con las necesidades del país es necesaria.

DOCTRINA

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ¿Ministros irresponsables? En: "Diálogo con la Jurisprudencia". N° 56. Gaceta Jurídica. Lima, mayo 2003; LUNA CERVALES, Eduardo. Responsabilidad ministerial y Constitución: evitando la impunidad. En: "Diálogo con la Jurisprudencia". N° 56. Gaceta Jurídica. Lima, mayo 2003; NAKAZAKI SERVIGNON, César Augusto. El antejudicio y la responsabilidad solidaria de los ministros de Estado. En: "Diálogo con la Jurisprudencia". N° 57. Lima, junio 2003.

³⁹⁸ Para la democracia consociativa de los países escandinavos, podría existir un acuerdo trilateral entre Gobierno, trabajadores y empresarios, para diseñar la política económica que, luego de ser aprobada por consenso, podría regir

³⁹⁹ Según la orientación estadounidense, se podría institucionalizar y regular la acción de los grupos de presión y establecer límites a su accionar, como sucediera con la Federal Regulation of Lobbying Act o la ley La Folsom-Morony

⁴⁰⁰ La orientación europea de los consejos económico-sociales tiende a encausar la participación de los grupos representativos de los diversos grupos organizados de carácter económico y social, teniendo funciones de consulta, debate, concertación y evaluación, en distintos grados según los países.

⁴⁰¹ Se distinguen como principios constitucionales los "de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno" [artículo 3 de la Constitución].

⁴⁰² Chile y Argentina con prueba de la implementación eficiente de la concertación social como de consejos económico-sociales, experiencia análoga a países africanos como Alto Volta, Camerún, Gabón, Mauritania y Togo. Adicionalmente, en otros países latinoamericanos se han desarrollado instancias de consulta con los grupos de interés afectados sobre las decisiones que deben adoptarse por el Parlamento o por el Gobierno

Artículo 127

Encargo de la función ministerial

No hay ministros interinos. El Presidente de la República puede encomendar a un ministro que, con retención de su cartera, se encargue de otra por impedimento del que la sirve, sin que este encargo pueda prolongarse por más de treinta días ni transmitirse a otros ministros.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 119, 120, 122, 124;

D.Leg. 560: arto 38

Víctorhugo Montoya Chávez

1. Introducción

Durante el siglo XIX, el Estado nacional a veces veía afectado su funcionamiento en virtud de la incapacidad de quienes gobernaban para, en circunstancias complicadas, continuar administrando el país. La convulsión e inestabilidad política reinante y, a veces, hasta la deficiencia en las redes de las comunicaciones, significaban complicaciones en el ejercicio gubernamental. Nadie podía asumir adecuadamente la capacidad de mando del país, por no existir un conveniente mecanismo de sustitución de las personas. Por tal razón, en el constitucionalismo contemporáneo logra aparecer, conjuntamente con el Consejo de Ministros y las vicepresidencias, una capital figura como es la suplencia en el cargo, la cual es una estrategia para superar las inconveniencias mientras tales ocurrencias se mantuviesen. Lamentablemente, frente a esta tendencia, en el día de hoy, la Norma Fundamental ha optado, en el caso de los ministros, por impedir el nombramiento de uno interino (acápito 3) así exista la ausencia de otro de ellos (acápito 2), terminando por permitir que tan solo se produzca una encargatura (acápito 4).

2. Ausencia temporal de ministros

Si un ministerio temporalmente no cuenta con un conductor, la opción de los constituyentes se presenta muy clara: que sea otro ministro quien se encargue de su dirección⁴⁰³. Sin embargo, en primer lugar, se debe delimitar con cierta precisión cuándo se produce la mencionada ausencia transitoria, pues es posible confundirse en su extensión y en su contenido.

Como cuestión general, la alocución constitucional niega la posibilidad de incluir la vacancia como un supuesto de impedimento, pues no puede terminar desarrollando la hipótesis en que feria el puesto de manera definitiva por decisión gubernamental⁴⁰⁴, hecho que desnaturalizaría la figura de la separación temporal del cargo. Con lo limitado del desarrollo de la figura de la

⁴⁰³ Esto ha sido reconocido expresamente desde el artículo 128 de la Constitución de 1920, seguido por los artículos 162 de la Constitución de 1933 y 220 de la de 1979.

⁴⁰⁴ En el pasado sí surtió efecto la encargatura en "caso de vacancia" del ministro [artículo 162 de la Constitución de 1933].

vacancia ministerial, es necesario remitimos, como parámetro interpretativo, a lo expuesto explícitamente en la Constitución para el caso de la vacancia presidencial⁴⁰⁵. De esta manera, se podrá postular la existencia de vacancia ministerial, en caso de ausencia definitiva del cargo, en los siguientes supuestos: por una cesación natural de sus funciones (muerte o enfermedad grave), su censura⁴⁰⁶, la solicitud del Presidente para que deje el cargo, la aceptación de su renuncia o el fin del mandato presidencial. Cuando se produce la vacancia ministerial, la cartera simplemente quedaría acéfala, es decir, definitivamente y no transitoriamente.

De otro lado, la transitoriedad es lo que importa a la luz de la norma constitucional materia de análisis⁴⁰⁷. El impedimento temporal es una interrupción fáctica del ejercicio del cargo y no específicamente una cesantía. Implica un inconveniente material para ostentar el cargo, con una notoria característica de temporalidad⁴⁰⁸, en supuestos para el caso ministerial como podrían ser un viaje al exterior del ministro, la concesión de una licencia en un supuesto excepcional⁴⁰⁹, una enfermedad leve que lo imposibilite ejercer su cargo por un lapso no muy extenso⁴¹⁰ o cualquier otra circunstancia relevante (como un secuestro, por ejemplo). En el pasado también se señaló que la ausencia temporal estaba de la mano con el tema de 'necesidad'⁴¹¹, pero hay que observar que el impedimento del ejercicio del cargo de ministro es el motivo, y la necesidad de la cobertura siempre es la consecuencia; por tal

⁴⁰⁵ Sin bien, para el caso presidencial, se señala una doble opción para dejar el cargo (el impedimento temporal-ausencia- y el permanente -vacancia- [artículo 115 de la Constitución]), lo que importa en este momento es fijamos en lo que se ha desarrollado respecto a esta última

⁴⁰⁶ Contrario sensu a lo que señala la norma constitucional, no se podrá considerar como un impedimento temporal:

"1. Muerte del Presidente de la República. 2. Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso. 3. Aceptación de su renuncia por el Congreso. 4. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado; y, 5. Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117 de la Constitución" [artículo 113 de la Constitución].

⁴⁰⁷ Es clara la sentencia que: "El Consejo de Ministros, o el ministro censurado, debe renunciar" [artículo 132 de la Constitución]

⁴⁰⁸ Pese a la clara diferencia que existe en la actualidad entre la vacancia y el impedimento, en algún momento de nuestra historia, ambas estuvieron relacionadas. En el artículo 1 de la Ley de 19 de febrero de 1863, Modificación de la Ley de Ministros, se consideró que "la vacante de un Ministro se proveerá precisamente el mismo día en que tuviese lugar. Si hubiese dificultades para ello, se encargará el Ministerio vacante a otro de los Ministros".

⁴⁰⁹ Según artículo 38 & 1 Decreto Legislativo N° 560, Ley del Poder Ejecutivo.

Claramente expresado en el artículo 184 de la Constitución uruguaya.

Quien debería declarar el permiso sería el Presidente de la República, por un motivo realmente especial, como podría ser una enfermedad o muerte de un familiar cercano, que lo mantenga absorto por un tiempo no tan corto.

⁴¹⁰ Este supuesto (también la licencia) es recogido para el caso del impedimento de ejercicio de un Primer Ministro en los artículos 64.1 de la Constitución de Grenada y 73.1 de la jamaicana. En el país, también se ha dicho que: "Si la falta de Ministro ocurriese por razón de enfermedad del propietario, entonces durará la comisión hasta el restablecimiento de este" [artículo 1 de la Ley de 19 de febrero de 1863, Modificación de la Ley de Ministros].

⁴¹¹ Cuando por primera vez se tocó este tema, se concibió el "caso de necesidad" como supuesto de ausencia [artículo 128 de la Constitución de 1920).

razón, en la actualidad, correctamente solo se menciona la causa de manera explícita, al estar el resultado sobreentendido.

Pero, ¿qué se entiende por tal temporalidad? Para que sea temporal, la retención debe hacerse por un tiempo determinado⁴¹², siendo el actual de treinta días⁴¹³, y dejándose de lado el de cuarenta y cinco días⁴¹⁴, pese a ser tan válido como aquel. El establecimiento del plazo en la norma se formula más con dirección al propio presidente de la República que al propio ministro reemplazante -tal como verá infra- pues aquel es el que debe, dentro del mes establecido, regularizar la situación anormal haciendo que el ministro sustituido de manera provisional retorne a sus funciones o, en caso último, designar al nuevo titular, tras la declaratoria de vacancia del cargo.

3. Proscripción de ministros interinos

Si se ha determinado que existe un impedimento temporal de un ministro para asumir su cargo, también se ha señalado que no puede existir una persona que lo ocupe con calidad de interino⁴¹⁵. Esta imposibilidad es una opción muy discutida dentro de doctrina, basándose en la posible capacidad de otros individuos para asumir el cargo y el reconocimiento de los problemas prácticos que la encargatura conlleva, tema a analizarse más adelante.

Como bien se sabe, dentro de la Alta Dirección, luego del ministro se encuentra la persona del viceministro, cargo que parece haber sido desconocido por el constituyente al mantenerse una norma como la que es materia de examen. Un viceministro es el funcionario público de confianza que sigue en atribuciones al ministro, y que según las orientaciones de este, interviene en la administración sectorial, encauzando y controlando las operaciones realizadas en el sector⁴¹⁶. Entonces, si existe un viceministro para secundar el gobierno ministerial, ¿por qué no es él quien se pueda encargar de una cartera cuando no está el ministro? En realidad, pese a la negativa constitucional⁴¹⁷, él debería ser el llamado inmediatamente a ejercer el cargo de manera interina, más aún si se toman criterios como el de especialidad y operatividad. La contestación frente a esta argumentación suele ser enmarcada en la limitada responsabilidad que el viceministro podría asumir.

⁴¹² En un momento determinado, se señaló como límite que esta no "se prolongue más tiempo del que fija la ley" [artículo 128 de la Constitución de 1920].

⁴¹³ Precepto que retoma el artículo 162 de la Constitución de 1933

⁴¹⁴ Si bien este plazo ya ha sido previsto en el pasado [artículos 220 de la Constitución de 1979 y 38 del Decreto Legislativo N° 560, Ley del Poder Ejecutivo], parece ser que la tendencia es regresar a él [artículo 180 del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional].

⁴¹⁵ Opción también presente en el artículo 38 del Decreto Legislativo N° 560, Ley del Poder Ejecutivo

⁴¹⁶ Es "la autoridad inmediata al Ministro. Es nombrado por Resolución Suprema. Formula, dirige y supervisa, por encargo de este, la política del Sector bajo su responsabilidad, y orienta y supervisa las actividades que cumplen los órganos del Ministerio a su cargo y las de las instituciones públicas descentralizadas del Sector, de conformidad con las directivas señaladas por el Ministro" [artículo 39 del Decreto Legislativo N° 560, Ley del Poder Ejecutivo].

⁴¹⁷ Cuando se discutía la inclusión de este artículo hace algunos años, se especificó que "en el desarrollo de la administración pública, en la mayoría de los países, ahora se está utilizando el cargo de viceministro. Creo que es una cosa útil" [Debate constituyente de 1979, Intervención del asambleísta Aramburu].

En los anales de la historia política, uno observa cómo los monarcas solían ser excluidos de cualquier exigencia a partir de la postulación de que el king can ~ do wrong, estableciendo una irresponsabilidad para el rey por los tortos que se cometieran a su nombre, pues se consideraba que un monarca era incapaz hasta de equivocarse. En realidad, una norma como esta encuentra su origen en una simple reminiscencia medieval, al ser ilógico que el monarca, como cualquier otro señor feudal, comparezca ante un tribunal que le era propio. Un axioma como este contenía cierta lógica mientras el rey era considerado un soberano, pero su sentido perdió cualquier consistencia cuando dicha soberanía se convirtió en una institución constitucional. Proveniente del régimen parlamentario, la formación y mantenimiento de un gobierno depende de la confianza traducida en un consentimiento expreso o de la aprobación tácita de una mayoría parlamentaria. Consecuente con la búsqueda de esta imposibilidad presidencial de asumir determinadas exigencias, la responsabilidad recae ahora exclusivamente en los ministros, ya sea por las acciones cometidas de manera particular como por las realizadas por el mandatario de la nación⁴¹⁸. Además, se ha retornado la figura del refrendo⁴¹⁹, entendida como una forma jurídica habilitada por el presidencialismo latinoamericano -nuestro país no puede escapar de esta tendencia- que tiene como objeto garantizar que la actuación del Jefe de Estado sin firma posterior carezca de validez, y que la persona que acepta la revalidación pueda y deba responder políticamente ante el Parlamento por tales actos⁴²⁰.

Entonces, si uno analiza los actos por los que deben responder los ministros en correspondencia con la irresponsabilidad del Presidente y con la necesidad del refrendo ministerial, parece, en cierta forma, lógico postular la proscripción de los ministros interinos, pues en caso de ausencia del primero, y en caso de haber un 'encargado' del despacho ministerial-aun cuando sea viceministro⁴²¹ la responsabilidad política no le alcanzaría; no llegará a ostentar, dentro del sistema democrático, una función con calidad privilegiada y a la vez expuesta al control político.

4. Encargatura de ministerios

Al estar prohibido de tomar la dirección de un ministerio una persona que no es ministro, solo cabe la opción de que sea otro de ellos quien la ocupe mientras dure el impedimento en el breve interregno. Cuando el ministro encargado

⁴¹⁸ Todos los ministros "son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan. Todos los ministros son solidariamente responsables por los actos delictivos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente" [artículo 128 de la Constitución].

⁴¹⁹ No olvidar que "son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial" [artículo 120 de la Constitución]

⁴²⁰ Esto se puede observar con claridad en la denuncia constitucional 278, en el periodo congresal 2001-2006, respecto al caso 'Cielos abiertos', en la que se imputó responsabilidad constitucional a Solari de la Fuente, por ser Primer Ministro, y a Diez Canseco Terry, ministro de Comercio Exterior y Turismo, por haber firmado la norma materia de crítica parlamentaria al estar encargado de la cartera de Relaciones Exteriores.

⁴²¹ De hecho, "si un viceministro, que es un director general, se encarga de la cartera, lo llama la Cámara, lo censura, el pobre tipo ha perdido su carrera. El titular de la cartera siempre debe ser un político" [Debate constituyente de 1979, Intervención del asambleísta Chirinos Soto].

asuma transitoriamente la nueva cartera, retiene la suya⁴²². No se pone límites sobre cuántas carteras puede asumir una persona para la delegación ministerial⁴²³, lo cual motiva a pensar que no debe limitarse a una sola, sino que podría permitir dos o más, aunque esto no sería lo conveniente. La potestad de nombrar al encargado recae exclusivamente en el Jefe de Estado⁴²⁴, a diferencia del pasado cuando se requería que se debía producir a propuesta del Presidente del Consejo⁴²⁵. Por tanto, en la praxis, tan solo entre los ministros actualmente designados, se cubrirán las quince carteras existentes⁴²⁶, con una designación que durará hasta que se revoque tal permisión⁴²⁷.

En los últimos años, el país no ha sido ajeno a normas firmadas por los ministros interinos conjuntamente con el Presidente, como se puede ver a través del Decreto Ley N° 21123 (promulgado en 1975 durante el mandato de Velasco Alvarado, y referido a una representación ante la Comisión Nacional de Propiedad Social) o de la Ley N° 21123 (promulgada en 1984 durante el gobierno de Belaúnde Terry, y relacionada con un crédito suplementario en el presupuesto). La segunda contó con la validación de Arias-Schreiber Pezet, quien siendo ministro de Justicia se encontraba encargado de la cartera de Economía, Finanzas y Comercio. La primera es más llamativa, pues contó con la revalidación de dos ministros encomendados, como eran Jiménez de Lucio, ministro de Industria encargado de la cartera de Energía y Minas y Gallegos Venero, ministro de Agricultura encargado de la cartera de Economía y Finanzas. Adicionalmente, y aparte de normas de rango legal, en un Decreto Supremo como el N° 105-85-ICTI-CO (dado en 1985 en el gobierno de García Pérez, y vinculada al procedimiento ministerial y municipal), se contó con el refrendo de un ministro como era Palomino Roedel, titular de Pesquería y encargado de la cartera de Industria, Comercio, Turismo e Integración. Pero, han existido casos en que solo ha aparecido la firma del ministro encomendado. Durante el mandato de Paniagua Corrao, en el 2001 se dictó la Resolución Ministerial N° 0343-2001-RE (según esta, se designaba delegación para participar en sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en Austria) que contó solamente con la firma de un ministro encomendado, como fue García-Sayán, titular de Justicia encargado de la cartera de Relaciones Exteriores.

⁴²² La conservación de la función ministerial originaria no fue prevista cuando se empezó a regular tal encargo [artículo 128 de la Constitución de 1920], pero posteriormente siempre ha estado presente, denominándose "retención de su Ministerio" [artículo 162 de la Constitución de 1933] o "retención de cartera" [artículo 220 de la Constitución de 1979].

⁴²³ De hecho, "se podrá cargar a un solo Ministro dos o más carteras" [artículo 141 de la Constitución costarricense].

⁴²⁴ Se señala que el Presidente de la República " nombra y remueve" a los ministros [artículo 122 de la Constitución].

⁴²⁵ Condición prevista en el artículo 162 de la Constitución de 1933

⁴²⁶ Los ministros actualmente nombrados son los de Economía y Finanzas; de Relaciones Exteriores; de Defensa; de Justicia; del Interior; de Trabajo y Promoción del Empleo; de la Producción; de Comercio Exterior y Turismo; de la Mujer y Desarrollo Social; de Salud; de Educación; de Transportes y Comunicaciones; de Vivienda, Construcción y Saneamiento; de Energía y Minas; y, de Agricultura [artículo 20 del Decreto Legislativo N° 560, Ley del Poder Ejecutivo, sustituido por el artículo 1 de la Ley N° 27779, del 2002].

⁴²⁷ Exactamente, "hasta que la autorización sea revocada" [artículo 64.1 de la Constitución grenadina].

Hay un dato adicional que es conveniente señalar. La retención no puede transmitirse a otros ministros⁴²⁸. Con relación a este tema, se puede encontrar una Resolución Suprema signada como el número 082-2004-PCM (emitida en marzo de este año, durante el gobierno de Toledo), en la cual se encarga la cartera de un sector a otro ministro. A través de ella, se señaló que como ya se había encargado la cartera de Comercio Exterior y Turismo al ministro de Energía y Minas, Quijandria Salmón, en tanto durase la ausencia del titular de la primera (Resolución Suprema N° 074-2004PCM) y en vista que este último había sido autorizado a viajar en misión oficial a Caracas (Resolución Suprema N° 078-2004-PCM), era necesario encargar el despacho ministerial de Comercio Exterior y Turismo a otro ministro más, en tanto que el primero seguía en el extranjero⁴²⁹. Como se puede observar, por más sustentado que se encuentre en la responsabilidad ministerial, el impedimento de la provisionalidad de los ministros hace que a veces se convierta en una figura impráctica, como en el caso presentado en el que se encarga la cartera a un ministro, y si este debe viajar debe encargar nuevamente el ministerio a otro.

Considero que un adecuado análisis de la norma de proscripción de ministros interinos sustentado en la ponderación de las normas constitucionales de Hiiberle o Alexy y en la interpretación sistemática en el sentido de Von Savigny debería realizarse respecto a dos datos concretos: las actividades sustitutivas del vicepresidente y las funciones privativas de los ministros. Una respuesta congruente con la Constitución debería encontrarse a través de la imprescindibilidad de calificar a los viceministros como ministros interinos, por ser necesario para el funcionamiento efectivo de la cartera, con la consiguiente asunción de las responsabilidades ministeriales.

La medida resultante deberá ser proporcional a lo quehaceres ejecutivos a ser salvaguardados. Entonces, para salvar esta dificultad, quizás podría proponerse una figura que permita la provisionalidad del cargo, con la subsiguiente responsabilidad que irroque la función -en este caso, el viceministro-, pero tan solo durante el periodo de transitoriedad que lo haya asumido. Cuando todo regrese a la normalidad, sería el ministro titular quien responda parlamentariamente por sus actos funcionales. En el caso presidencial, como muestra, quien secunda las funciones del titular es el vicepresidente, ya sea por un inconveniente momentáneo o uno absoluto⁴³⁰, y él asume los compromisos que sus actos conlleve. Tal vez, las responsabilidades políticas que asumen el vicepresidente y el viceministro no son las mismas, pero debería buscarse a través de una analogía a parte, una forma para tratar de asimilarlas, en tanto se rescataría la utilidad y funcionalidad de este último, sobre todo tomando en cuenta que el primero no coadyuva plausiblemente la función presidencial, a diferencia de lo que realiza el segundo dentro de los ministerios, tal como se observara supra.

⁴²⁸ Ya advertido en los artículos 162 de la Constitución de 1933 y 220 de la de 1979

⁴²⁹ Por tanto, se debió "encargar la Cartera de Comercio Exterior y Turismo, al señor Pedro Pablo Kuczynski Godard, Ministro de Economía y Finanzas, a partir del 15 de marw de 2004 y en tanto dure la ausencia del titular" [artículo 1 de la Resolución Suprema N° 082-2004-PCM].

⁴³⁰ En caso de "impedimento temporal o permanente del Presidente de la República, asume sus funciones el Primer vicepresidente" [artículo 115].

Por tanto, reitero considerar como desfasado el tratamiento constitucional actual de esta materia, observándolo desde los parámetros de una Administración

Pública como la que existe en el mundo de hoy⁴³¹, tanto así que el sistema propuesto en el país no es concordante con la tendencia comparada en este tópico. Tranquilamente el viceministro, excepcionalmente, tras un impedimento temporal del ministro, podría asumir la cartera con todas las responsabilidades y cargas que dicho cargo conlleva⁴³². Una solución como esta parece ser más acorde con el avance burocrático, tras la práctica y experiencia del país.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique; RUBIO CORREA, Marcial y otros. La Constitución de 1993: análisis y comentario. En: "Lecturas sobre temas constitucionales". N° 10. Lima, 1994; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: análisis comparado. Ciedla. Lima, 1996; CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993: lectura y comentario. Cuarta edición. Antonella Chirinos Montalbetti. Lima, 1997; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ¿Ministros irresponsables? En: "Diálogo con la Jurisprudencia". N° 56. Gaceta Jurídica. Lima, mayo 2003; GARCÍA TOMA, Víctor. Los ministros de Estado. En: "Actualidad Jurídica". N° 2. Gaceta Jurídica. Lima, febrero 1994; VILLARÁN, Manuel Vicente.

Posición constitucional de los ministros en el Perú. Colegio de Abogados de Lima.

Lima, 1994.

⁴³¹ Pese a que ese fue el criterio que primó, también se señaló que "cuando hay un ministro interino, ajeno al ramo, queda paralizada generalmente la Administración Pública, porque ese ministro se debe reemplazar" y despacha "las cosas insignificantes pero no puede tomar decisiones" [Debate constituyente de 1979, Intervención del asambleísta Aramburú]. Además, se ha previsto, en el Derecho Comparado, que "cuando un Ministro esté encargado temporalmente de otro Ministerio, en el Consejo de ministros se le computará un solo voto" [artículo 167 de la Constitución uruguaya].

⁴³² Podría usarse también la posibilidad de una elección para el Presidente, pues puede "recaer la designación en otro Ministro o en el Subsecretario de la respectiva Cartera" [artículo 184 de la Constitución uruguaya].

Responsabilidad de los ministros

Artículo 128

Los ministros son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan.

1bdos los ministros son solidariamente responsables por los actos delictivos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 40,41,99, 120, 123, inc. 3),132;

D.Leg. 560: arto 37;

L.O.M.P.: arto 85 inc. 6);

C.A.D.H.: art. 29.b;

P.I.D.C.P.: arto 5.1

Jorge Santistevan de Noriega

1. Introducción

El artículo 128 de la Constitución tiene clara raigambre en la Constitución Histórica del Perú. Desde 1983 se tiene admitido el concepto de que cada ministro es individualmente responsable por los actos propios que realice y solidariamente responsable por los que realice en el ámbito del Consejo de Ministros; solamente a partir de la Carta de 1933 se exige la renuncia de un ministro para exonerarse de la responsabilidad colectiva asumida en el Consejo, como lo prescribe la Constitución actual. Las diferencias entre el artículo 128 que comentamos y su predecesor en la Constitución de 1979 (el artículo 221 de esta última), que llevan a Rubio Correa⁴³³ a preferir la mención de esta última en relación con los actos "delictuosos o infractorios" de la Constitución, nos parece en realidad imperceptible.

La norma distingue cuatro situaciones bien diferenciadas; (i) la responsabilidad individual de los ministros por los actos propios que ellos realicen en el ejercicio de sus funciones, de donde se deriva un haz de responsabilidades directas en el campo político, administrativo, civil y penal; (ii) la responsabilidad, también individual, que el ministro atrae para sí como consecuencia del refrendo de los actos presidenciales en Iris que aquel estampe su contrafirma junto a la del Jefe de Estado, como consecuencia de lo dispuesto por el artículo 120; (iii) la responsabilidad objetiva y colectiva de los ministros, emanatoria de su participación en el Consejo de Ministros, que además es solidaria, por los actos delictivos o violatorios de la Constitución en que incurra el Presidente de la República, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente; y (iv) la misma responsabilidad objetiva, colectiva y solidaria descrita en (iii) por los actos delictivos o violatorios de la Constitución que sin participación del

⁴³³ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1933. Tomo 4. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima, 1999, p. 417

Presidente se acuerden en el Consejo de Ministros, aunque salven su voto, a no ser que renuncien de inmediato.

Lo primero que debe dejarse establecido es que la responsabilidad de un ministro por el cumplimiento de sus funciones no se deriva únicamente del refrendo de las decisiones presidenciales. Efectivamente, el ministro tiene responsabilidades que se generan en la dirección y gestión de los asuntos públicos que se le confía y en la conducción de los temas que competen a la cartera a su cargo, a tenor de lo prescrito por el artículo 119 de la Constitución⁴³⁴. Asimismo, un ministro asume responsabilidades adicionales, en materia jurídica general y presupuestaria en particular, en su calidad de titular del pliego, calidad esta que no siempre es coincidente con la de ministro y que tampoco es exclusiva de estos, pues hay muchos otros funcionarios de alto rango que conforme a ley conducen como titulares los pliegos presupuestarios.

Colectivamente, por el solo hecho de pertenecer al Consejo de Ministros, actuar dentro de él y tomar decisiones, aunque no cuenten con la participación del Presidente de la República, los ministros son adicionalmente responsables en forma solidaria por los actos delictivos, o por violaciones a la Constitución o a las leyes, salvo que renuncien de inmediato -como lo pide la norma- pues el salvamento de voto por sí solo es insuficiente para exonerados de las consecuencias legales de las decisiones que puedan haber tomado en el órgano colectivo del Ejecutivo.

Individual o colectivamente, en virtud del referido, los ministros atraen para sí las responsabilidades que pudiera corresponderle al Presidente de la República por cualquier acto delictivo o violatorio de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente, como consecuencia del principio de irresponsabilidad del Jefe de Estado.

Todo lo anterior da cuenta de las enormes responsabilidades a las que están afectos los ministros, objetivamente, por el hecho de asumir el cargo y participar en el Consejo de Ministros o refrendar los actos presidenciales, de los que únicamente se verán desembarazados si renuncian de inmediato como lo pide la Constitución de manera constante desde 1933.

Hecha esta indispensable distinción, cabe seguir preguntándose, conforme con el primer párrafo del artículo 128 de la Constitución ¿qué responsabilidad se deriva de cada acto ministerial propio o de cada refrendamiento exigido por el artículo 120 constitucional para que tengan validez los actos presidenciales? No lo dice de manera explícita la Constitución peruana en el artículo citado. La doctrina, sin embargo, contribuye a echar luces sobre el haz de responsabilidades que se derivan del refrendo en los órdenes que a continuación se indican.

2. La responsabilidad ministerial por excelencia: la responsabilidad política

⁴³⁴ Esta responsabilidad se enmarca en la Ley del 28 de setiembre de 1868, que establece el modo y forma de determinar la responsabilidad de los funcionarios públicos y la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444.

Esta se manifiesta en el control parlamentario en virtud de lo dispuesto por el artículo 132 de la Constitución al establecer que: "El Congreso hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros, o de los Ministros por separado, mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza. Esta última solo se plantea por iniciativa ministerial (...)".

Esta es la responsabilidad ministerial par excellend⁴³⁵. Efectivamente, en el marco de la fiscalización que constitucionalmente le corresponde al Parlamento, aun antes de llegar a un voto de censura o al rechazo de la cuestión de confianza, el ministro responde cotidianamente ante el Congreso de la República cada vez que este ejerce la atribución, que la Carta le reconoce en el inciso 2) del artículo 102, de velar por el respeto a la Constitución y a las leyes y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. Ello, por lo demás, se ve complementado con el inciso 10) del mismo artículo constitucional a través del ejercicio de las facultades que el artículo 96 de la Constitución Política y 87 del Reglamento del Congreso conceden a los representantes al Parlamento, de solicitar a los ministros de Estado los informes que estimen necesarios para ejercer el control legislativo-funcional al decir de Landa⁴³⁶, pero finalmente político- sobre aquellos, tanto en lo que se refiere a sus propios actos, como a los del Presidente que refrenden, como a los que supongan contenido delictivo o infractorio de la Constitución y de las leyes, realizados en conjunto con el Presidente o en el ámbito del Consejo de :Ministros.

Asimismo, la contrafirma ministerial de los actos presidenciales atrae para el . ministro la responsabilidad política frente a las invitaciones que le formule el Congreso para que informe al Pleno o a las comisiones sobre los actos que refrenda en virtud de lo previsto en el artículo 128 de la Constitución y el artículo 84 del Reglamento del Congreso. El ministro tiene la obligación de concurrir y su ausencia puede dar lugar a una eventual interpelación y final censura, que es la máxima manifestación de la responsabilidad política que lleva en sus espaldas el ministro, exonerando al Presidente de la República de toda carga como consecuencia del refrendo.

A su vez, a iniciativa de un congresista, el ministro por sus propios actos o por los que refrende puede estar sometido a una pregunta parlamentaria bajo la llamada estación de preguntas (heredera del question time del Parlamento británico) en el marco de los artículos 129 de la Constitución y 85 del Reglamento del Congreso.

Por encima de ello, la responsabilidad política somete al ministro a las comisiones investigadoras que sobre cualquier asunto de interés público pueda investigar el Congreso al amparo de los artículos 97 de la Carta y 35 del Reglamento del Congreso.

A este mismo ámbito de responsabilidad política ante el Parlamento pertenece la responsabilidad derivada de una infracción de la Constitución que pueda cometer un ministro por acto propio o a raíz de un refrendo. En virtud de los

⁴³⁵ Se afirma que el sentido primordial del refrendo es garantizar que en toda decisión del Poder Ejecutivo haya un responsable político. RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 388.

⁴³⁶ El autor ha tenido acceso a los borradores de LANDA ARROYO, César. El control parlamentario y la responsabilidad de fqs ministros, en vías de publicación

artículos 99 de la Constitución y 89, inciso c) del Reglamento del Parlamento, tal infracción, aunque no tenga contenido penal, da lugar a una acusación ante el Congreso por iniciativa de la Comisión Permanente y puede acarrear las sanciones previstas en el artículo 100 (suspensión, destitución o inhabilitación para el ejercicio de la función pública, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad). Se trata pues de una enorme responsabilidad de carácter político para el ministro por actos propios o por los que refrende o por los que acuerde en el Consejo de Ministros. Ella se manifiesta no solamente por las graves sanciones a las que queda sometido, sino porque la infracción constitucional está concebida como una figura de tipo abierto cuyos linderos no están debidamente definidos⁴³⁷.

Por lo demás, es obvio que frente al propio Presidente de la República que, a tenor del artículo 122 de la Constitución nombra y remueve a los ministros, quien asume una cartera se somete a las reglas de la responsabilidad política propia de un cargo de la mayor confianza. De aquí que en caso de exigencia de responsabilidad política por parte del Presidente de la República, esta se resuelve normalmente con el retiro de confianza por parte de este, que da lugar a la sustitución del ministro en cuestión, o con la renuncia del mismo.

3. Responsabilidad administrativa subsumida en la responsabilidad política y superviviente ante los órganos de control

Fundamentalmente, los efectos administrativos del refrendo quedan incorporados a la responsabilidad política que hemos analizado ante el Parlamento y ante el propio Presidente de la República, debido a la naturaleza propia de las funciones ministeriales y las consecuentes del refrendo. Así, aunque algunos juristas⁴³⁸ conciben que un ministro puede estar sujeto directamente a la responsabilidad administrativa frente al Presidente, incluyendo la imposición de sanciones que pueden ir de la amonestación a la destitución, ello normalmente se resuelve política y no administrativamente. Asimismo, cabe tomar en consideración que la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444 no prevé ninguna norma para hacer viable la responsabilidad de los ministros en general, ni por sus propios actos, ni por los que acuerde en el ámbito del Consejo de Ministros, ni por los del Presidente que refrende (artículo 234 de la acotada Ley).

No por ello, sin embargo, la responsabilidad administrativa queda plenamente subsumida en la responsabilidad política como consecuencia del refrendo. El ministro no se exime de rendir cuentas ante los órganos de control durante el ejercicio del cargo y aun después, en especial a la Contraloría General de la República. Ello abarca tanto en los aspectos de gestión derivados del refrendo, cuanto de aquellos de orden presupuestario en los que se ve comprometido como titular del pliego presupuestario, a tenor de lo establecido en el artículo

⁴³⁷ Al respecto Valentín Paniagua Corazao tiene dos trabajos publicados que permiten un análisis detallado de la materia. PANIAGUA CORAZAO, Valentín. Acusación constitucional. En: "Gaceta Jurídica", Torno 45, agosto, 1997, pp. 53-A Y ss.; en particular las páginas 69-A a n-A; y PANIAGUA CORAZAO, Valentín. Ob. cit. Nota 14. p. 17 en la que aborda la desnaturalización de la acusación a los altos funcionarios

⁴³⁸ VALLE RIESTRA, Javier. La responsabilidad constitucional del Jefe de Estado. Lima, 1987, p. 31.

82 de la Constitución y la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

4. Responsabilidad civil Y penal, individual o solidaria

En principio, la responsabilidad civil o penal se deriva de los actos propios del ministro y/o de los que refrenda. Solo la responsabilidad civil puede hacerse extensiva, en forma solidaria, a todos los miembros del Consejo de Ministros que participen en un acuerdo de este órgano colegiado, a no ser que renuncien individualmente (artículo 128 de la Constitución) puesto que no basta el salvamento del voto⁴³⁹. No existe responsabilidad solidaria en materia penal por el carácter personalísimo inherente a ella.

Cuando se trata de un acto individual de refrendo, en el que no hubo responsabilidad del Consejo de Ministros, responde civil y/o penalmente un ministro si al realizar el acto de refrendo está cometiendo un ilícito penal, o si como resultado de tal acto se derivan daños a ser reclamados judicialmente. Estas responsabilidades se hacen efectivas ante el Poder Judicial una vez superada la etapa del antejuicio al que el refrendante tiene derecho y previa formación de la causa correspondiente⁴⁴⁰. En todo caso, la responsabilidad penal deberá reunir los elementos constitutivos del delito⁴⁴¹, fundamentalmente en relación al dolo y a los actos comisivos de delitos de función, así como la responsabilidad civil por el daño causado que demandará evidentemente la prueba de estos.

5. Responsabilidad moral derivada del refrendo

Destacada por Linares Quintana⁴⁴², la misma se hace efectiva ante la opinión pública como consecuencia de los actos de refrendo que por su naturaleza son públicos.

6. Alcance de la responsabilidad individual del ministro refrendante y el deber de vigilancia

Cabe, sin embargo, preguntarse en cuanto a la responsabilidad penal derivada del acto de refrendo: ¿hasta dónde llega la responsabilidad del ministro en términos legales y reales?

En este sentido, al haber efectuado el refrendo, el ministro asume plenamente las consecuencias de la validez del acto, de su legalidad y concordancia con el marco legal, así como de la adecuación del medio empleado para que se utilice la formalidad exigida (decreto supremo o resolución suprema según el caso). Asume también, en principio, el deber de vigilar la idoneidad del trabajo realizado por los estamentos técnicos inferiores que actúan bajo la conducción del ministro.

⁴³⁹ Para los antecedentes en materia de responsabilidad penal de los ministros, véase VILLARÁN, Manuel Vicente. Páginas escogidas. Lima, 1962, pp. 57-158

⁴⁴⁰ PANIAGUA CORAZAO, Valentín. Ob. cit

⁴⁴¹ VALLE RIESTRA, Javier. Ob. cit. p. 49

⁴⁴² Citado por PELLERITI, Gustavo Adolfo. Atribuciones del Presidente argentino. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 542

Pero es más difícil admitir que un ministro asuma responsabilidad más allá de la que como conductor del despacho le corresponde, por actos que son competencia de los inferiores jerárquicos. La doctrina extranjera y nacional aporta elementos en este sentido.

Pelleriti afirma:

"Refiriéndose a la idoneidad (...) (hace referencia a la Constitución argentina) el despacho de los negocios de la nación requiere de capacidad administrativa, antes que competencia técnica en materia de su ministerio. La capacidad administrativa es exigida porque el Poder Ejecutivo tiene a su cargo la administración general del país, que en el caso de los :Ministros se expresa en el refrendo de las disposiciones presidenciales y en la administración interna de los debidos departamentos. La capacidad técnica viene en segundo lugar y será la correspondiente al ramo de su ministerio, aunque no es necesario que sea un profesional: solo bastará que entienda los informes de los jefes de sección y demás reparticiones a cargo de técnicos"⁴⁴³ (la mención a la Constitución argentina ha sido añadida al original).

En el mismo sentido opina Ruiz Moreno, citado por Pelleriti:

"No es necesario que los ministros sean técnicos, solo bastará que sean hombres de Estado, ya que el especialista reducido a un campo específico, pierde la visión de conjunto de la realidad del país. Sin embargo, este autor agrega que el ministro ideal será el estadista con conocimientos técnicos o del técnico con visión de hombre de Estado"⁴⁴⁴.

Autores peruanos de la mayor solvencia constitucional se han referido al tema. Así, Villarán reclamaba en los años 30 lo que puede aplicarse perfectamente hoy a la actividad de un ministro que refrenda: "Es imposible dejar de darse cuenta que ha crecido en grandes proporciones la variedad y dificultad de los negocios del Estado y que, en armonía con esta nueva situación, hay necesidad de rectificar la distribución de poderes entre el Jefe de Ejecutivo y sus colaboradores. Nadie es capaz de abarcar el inmenso volumen de cuestiones, muchas de ellas nuevas y técnicas, que contribuyen a la actividad política, económica administrativa, de un Estado moderno, aunque sea un Estado débil y pobre como el Perú. Precisamente por serlo es mucho lo que se necesitan hacer sus gobernantes, y un hombre solo no puede tanto, por grandes que se supongan su sabiduría y fortaleza"⁴⁴⁵.

Por su parte Valle Riestra⁴⁴⁶, sustentándose en Bielsa, hace una distinción del todo pertinente para enmarcar los alcances de la responsabilidad ministerial. Distingue entre el acto propio del ministro y los de los inferiores jerárquicos, esto es, de quienes integran la Administración Pública, tienen una relación de

⁴⁴³ Citado por PELLERITI, Gustavo Adolfo. Ob. cit., P. 544

⁴⁴⁴ *Ibidem*

⁴⁴⁵ VILLARÁN, Manuel Vicente. Ob. cit., p. 97

⁴⁴⁶ VALLE RIESTRA, Javier. Ob. cit., pp. 48-49

permanencia con ella o los une un grado de especialización a las reparticiones del Estado por el que responden directamente por los actos que llevan a cabo o proponen. En el marco del artículo 128 de la Constitución vigente, el ministro solo puede ser acusado de culpa in vigilando, lo que supone exigirle que cumpla con el deber de actuar con especial diligencia velando porque cada quien en la jerarquía administrativa asuma su cuota de responsabilidad de conformidad con las leyes regulatorias de su sector y los reglamentos de organización y funciones que lo rigen. Se debe exigir a un alto funcionario de nivel ministerial básicamente en dos cosas: respetar el trabajo de los técnicos ubicados en los estamentos inferiores y el de los órganos especializados y las direcciones intervinientes del despacho; y, al mismo tiempo, ejercer particular cuidado en el cumplimiento administrativo de los pasos previos que garantizan la corrección general del trabajo técnico y administrativo y el compromiso correspondiente en la formación del acto. Todo ello supone para el ministro ejercer el deber de vigilar la preparación del acto que va a ser materia de su decisión propia, o del refrendo, al extremo de que, cuando se lleve a cabo, se cuente con el sustento y cuota de responsabilidad de los inferiores jerárquicos que deben ser demandadas y quedar administrativamente comprobadas.

Este necesario deslinde, que no exime de responsabilidad pero que la gradúa en correspondencia con la contribución de cada quien en la formación del acto, debe ser asumida por cada uno de los intervinientes en su elaboración y aprobación, sobre la base de las visaciones, informes sustentatorios y recomendaciones de las direcciones responsables dentro del sector ministerial. Cada responsabilidad debe quedar radicada en el nivel correspondiente, sin ánimo de eximir a quien conduce, pues ello significaría avalar la impunidad. Finalmente, los ministros, por depender de la confianza presidencial, son aves de paso y afrontan a plenitud -como se ha señalado una responsabilidad fundamentalmente política. Pero los funcionarios, que por la naturaleza técnica de su cargo tienen vocación de permanencia, asumen igualmente, en el ámbito de su competencia administrativa, responsabilidades por los actos jurídicos que se perfeccionan a nivel del ministro como acto propio de este o como refrendo. Ello se con dice, igualmente, con la Ley del Poder Ejecutivo, el Decreto Legislativo N° 560, que adopta una opción de conducción general de los asuntos públicos en el marco de las responsabilidades ministeriales.

DOCTRINA

PANIAGUA CORAZAO, Valentín. Acusación constitucional. En: "Gaceta Jurídica", Tomo 45, agosto, 1997; PELLERITI, Gustavo Adolfo. Atribuciones del Presidente argentino. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1933. Tomo 4. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima, 1999; VALLE RIESTRA, Javier. La responsabilidad constitucional del Jefe de Estado. Lima, 1987; VILLARÁN, Manuel Vicente. Páginas escogidas. Lima, 1962.

Concurrencia de los ministros al Congreso

Artículo 129

El Consejo de Ministros en pleno o los ministros por separado pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas. Concurren también cuando son invitados para informar. El Presidente del Consejo o uno, por lo menos, de los ministros concurre periódicamente a las sesiones plenarias del Congreso para la estación de preguntas.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 96, 97, 118.7 Y 130 a 136;

T.U.O.Rgmto.Congreso: arts. 51, 54 inc. e), 82, 84.

César Delgado Guembes

1. Introducción

Los actos, procedimientos y alternativas que se consignan en el artículo 129 de la Constitución, constituyen modos en los que se concretan las relaciones entre el Congreso y el Gobierno. Son formas en las que este interactúa con aquel. Por tratarse de relaciones de interacción, son todos puntos de contacto y espacios de comunicación política e institucional entre ambos Poderes. A través de estos contactos, espacios y relaciones de poder se desarrollan y afirman los patrones de dominio y subordinación, de consenso y de conflicto que subyacen en las relaciones sociales.

De la manera en que se haga operativa la interacción a través de estos mecanismos y procedimientos dependerá, por lo tanto, que el poder político sea ejercitado conforme a la ética, valores y principios que se derivan y proponen en la Constitución.

Por lo mismo, el concepto que manejen los operadores de los procedimientos y canales de interacción, y por lo tanto, el ejercicio efectivo de las relaciones establecidas y concretadas entre ellos, definirá la mayor o menor protección de los derechos individuales y su conformidad con la cultura y ética constitucional de nuestra comunidad política. El tipo de democracia peruana asume, junto con las relaciones derivadas de todos los otros puntos de contacto entre Congreso y Gobierno, las características constituidas por el comportamiento de uno y otro en los canales previstos en el artículo 129. No son simples aspectos de interacción aislados ni ajenos al modelo político. Por esta razón, no basta con conocer la descripción de los procedimientos parlamentarios que hacen efectiva la interacción. Es importante, para conocer el tipo de régimen político nacional, observar, valorar y juzgar la forma en que estos procedimientos se llevan a la práctica. En este comentario se exponen, por lo tanto, los elementos más importantes de los procedimientos parlamentarios que se basan en las relaciones institucionales entre ambos órganos regulados por este artículo constitucional, como algunos datos y reflexiones sobre la práctica política de la

interacción y relaciones entre Congreso y Gobierno a través de los canales previstos en este precepto.

2. Los procedimientos de concurrencia voluntaria, invitación y preguntas

Como ha quedado mencionado, la interacción entre Congreso y Gobierno es el escenario en el que a partir de la atención a asuntos políticos, unos coyunturales y otros estructurales, quedan reflejadas las demandas políticas y su atención o su insatisfacción. Por lo tanto, del propio uso de los procedimientos la consecuencia será no solo la definición del modelo conceptual de régimen de gobierno, sino paralelamente el tipo de Estado republicano que se derive y el régimen de ciudadanía y de protección de los derechos fundamentales que resulte del modo en que se concrete el uso del poder por ambos órganos del Estado. Práctica y uso de procedimientos como los previstos en el artículo 129 de la Constitución no dejan de definir y constituir todos estos aspectos centrales del modelo constitucional.

3. Funcionalidad informativa y deliberativa de los procedimientos del artículo 129

Una primera pregunta derivada de los canales previstos para las relaciones de coordinación institucional entre Congreso y Gobierno en este artículo es qué tipos de relaciones son. Es decir, ¿sirven estos procedimientos y canales para el cumplimiento de una función estatal y parlamentaria en particular? ¿Son instrumentos de control parlamentario? ¿Son más bien instrumentos en los que no cabe ver solo control sino un uso multifuncional?

A partir de la revisión general o global de los procedimientos y de su práctica es posible percibir que el artículo 129 no se circunscribe exclusivamente al cumplimiento de una finalidad de control funcional. Si control equivale a sanción, ninguno de los procedimientos previstos en el artículo 129 por sí mismo sería un canal preparado para el desarrollo de ese concepto de control. Pero si asumimos una noción más amplia de control, en el sentido de que puede haberlo sin que este necesariamente quede perfeccionado en la imposición potencial de una sanción, parecen existir elementos de juicio que nos llevan a pensar que dichos instrumentos, canales y procedimientos sí sirven para el control. Aun cuando no sirvan únicamente para controlar al Gobierno.

Hay una utilidad funcional de control, en efecto, porque pueden destinarse a este fin. Pero, así como a partir de la concurrencia de un ministro o del gabinete pudiera en su momento presentarse una censura a uno o a otro, la utilidad de estos mecanismos no se agota ni su naturaleza queda apropiadamente definida exclusivamente como instrumentos de control. Obviar este aspecto es perder de vista que los balances y evaluaciones que se hagan de su uso, como si se trataran en efecto de mecanismos de control, induce a error. Hay áreas funcionales adicionales al control que quedan suficientemente atendidas cuando Congreso y Gobierno usan estos procedimientos. Su valor en el régimen político de la República no se circunscribe al escrutinio sobre actos de que debe dar cuenta el Gobierno ni al escudriñamiento de la

responsabilidad que le corresponde por la definición ni aplicación de las políticas de los servicios públicos que atiende.

En efecto, la concurrencia voluntaria, la invitación y las preguntas pueden cumplir una finalidad multifuncional, entre las que no se descarta el control parlamentario. Son instrumentos que pueden servir para canalizar el control, pero pueden cumplir finalidades diversas que no suponen en sí el control político. Por eso mismo, no cabe medir ni calificar como exitoso ni como insuficiente el cumplimiento de la función de control del Congreso a partir solo del modo en que se practica el uso de estos mecanismos y procedimientos.

Para dejar evidencia de que con la concurrencia, la invitación y las preguntas el Congreso puede desarrollar otras funciones, es preciso tener presente que más allá de las funciones con las que típicamente se piensan la misión y responsabilidades del Congreso, como son la función legislativa, la función de control y la función de representación, el Congreso tiene otras funciones menos conocidas, desarrolladas y difundidas por la teoría. Entre ellas, la función de dirección (la famosa función de *indirizzo* como la conocen los italianos), de información, presupuestal, legitimadora, deliberativa y protocolar o simbólica. Se puede referir en total diez distintas funciones, incluidas las clásicas de legislación, control y representación, que desarrolla el Congreso.

Teóricos del Derecho, no menos que analistas políticos, han sobredimensionado los alcances de la función de control al pretender examinar la eficiencia y utilidad del Congreso en el régimen político. El propósito de medir si el Congreso controla, - lleva a desviar la razón de ser de sus procedimientos y a una conclusión anticipada sobre la insatisfacción de su desempeño. Si se imputa finalidad de control al uso de instrumentos que cumplen bien otras funciones de interacción institucional, es natural, que no se observen los logros que el uso eficaz de un instrumento de control permitiría esperar. Es preciso, por lo tanto, recuperar la naturaleza, dimensión y finalidad de las diferentes tareas que cumple el Congreso. Existe ya demasiado fatalismo en la visión y conceptualización de la vida política nacional, como para que este se fortalezca con la contribución inapropiadamente teórica del papel que tienen las instituciones. La apropiada fundación de virtudes políticas en el ciudadano empieza con el entendimiento adecuado de la naturaleza, alcances y límites de las instituciones y de los procedimientos con los que se gobierna y representa sus intereses.

Tener presente la diversidad de funciones menos divulgadas que desarrolla el Congreso es, en todo caso, una exigencia para proceder con la prudencia y el cuidado necesarios antes de emitir juicios apresurados que identifiquen el mejor o peor cumplimiento de la función de control solo a partir de instrumentos como los previstos en el artículo 129. Este numeral permite y facilita el cumplimiento y ejercicio de otras funciones además de la función de control, y probablemente el peso insuficiente que se les reconoce induce a conclusiones desproporcionadas sobre el uso satisfactorio de estos procedimientos por el Congreso.

Corresponde y define la naturaleza de los mecanismos establecidos en el artículo 129, en consecuencia, el uso de la concurrencia, la invitación y las preguntas para más que controlar al Gobierno. Si hay algo básico y común a estos mecanismos es que son parte del sistema del Congreso para obtener información del Gobierno.

Información necesaria para cumplir mejor otras funciones. Pueden servir para deducir materias que introducir en el ámbito legislativo, otras relativas a la mejor atención de los requerimientos de representación de la comunidad, aspectos en los cuales el Congreso pueda encontrar mejores maneras de orientar la dirección de las políticas públicas propias del Congreso como del Gobierno al que le proponga las mismas o, por último, razones con los cuales sea posible un mejor consumo de argumentos en el mercado de la acción pública de carácter deliberativo.

Los procedimientos parlamentarios son el canal en el que la coordinación lleva a la práctica la demanda de información que requiere el Congreso para formarse un mejor juicio de la acción que le corresponde constitucionalmente en los procesos de toma de decisión política en que participa. La deliberación y la argumentación mejoran la calidad de la acción pública en los órganos del Estado cuando las decisiones políticas se toman con la información apropiada, en un marco de raciocinio, reflexión y debate abierto de argumentos. La norma constitucional prevé estos canales con el propósito de que cada uno de los Poderes exponga sus requerimientos y sus razones. Son espacios para ensanchar la capacidad de consumo de información y de argumentos. Es una forma de definir que el tipo de relaciones institucionales lleve a la práctica un modelo de democracia en el que se facilite el razonamiento, la deliberación, el diálogo, la posibilidad de acuerdo y disenso y la transparencia. Un modelo político en el que los órganos del Estado no queden encapsulados e incomunicados en una atmósfera rígida de autonomía y de separación funcional que, lejos de fundar y constituir su autoridad ante la sociedad, se la reduzca. La Constitución prevé la comunicación, el espacio para la canalización de reclamos y la dación de cuenta, que toca ofrecer al quien tiene a su disposición el poder de mandar, gobernar y de hacer. Ese es propiamente, en sentido estricto, la función de los mecanismos que regula el artículo 129.

Y en sentido amplio se trata de mecanismos con funcionalidad múltiple. Ahora bien, el hecho de que sea múltiple no significa que se trate de una finalidad únicamente instrumental. Son mecanismos de obtención de información por su propio derecho que se agotan en ese mismo fin, aunque permitan y faciliten el desarrollo de otras funciones. El solo hecho de obtener información, así no sea para contar con ella más allá de la utilidad que genere para atender otras necesidades o intereses, ya es un fin válido y legítimo en sí mismo. No cabe minimizar, reducir ni mediatizar la finalidad de los mecanismos previstos en el artículo 129, adscribiéndole su utilidad para el cumplimiento de la actividad de control como ha sólido concebirse el sentido constitucional de su reconocimiento en la Ley Fundamental y como lo hace además, equívocamente, el propio Reglamento del Congreso, que define estos instrumentos y desarrolla los procedimientos que les corresponde como si su naturaleza fuera la del control del Gobierno. Postular aquella como la función preeminente atendida a través de estos mecanismos es una forma de

desconocer el papel y valor que la tarea de obtener y razonar sobre la información, por ejemplo, tienen en una comunidad republicana. No puede minimizarse el valor de la comunicación, del diálogo y de la voluntad de hablar, de escuchar y de intercambiar argumentos y posiciones en uno de los foros públicos por excelencia de la vida política como es el Congreso de la República.

En consecuencia, la valoración del uso efectivo de estos mecanismos no parece un criterio válido ni eficiente para deducir de la magnitud de su práctica en la interacción entre Congreso y Gobierno el nivel de eficacia y rendimiento del rol y función del Congreso como agente de control del Gobierno. No son mecanismos de control sino de intercambio de información y de argumentos entre Congreso y Gobierno. Es de primera importancia tener claro y no perder de vista, primero, que el Congreso no solo legisla, controla y representa, como suele repetir la doctrina simplista y estereotipada de teóricos del Derecho y analistas políticos. Y en segundo lugar, los mecanismos previstos en el artículo 129 no sirven sino incidental y colateralmente como indicador para determinar el éxito o deficiencias del Congreso en el ejercicio de sus funciones, la función informativa incluida. La función informativa se cumple, además, a partir de otros procedimientos adicionales a los que recoge el artículo 129 (como los pedidos de información, por ejemplo, o como la concurrencia de los ministros a las Comisiones Ordinarias, de Investigación, o Especiales), y puede servir para desarrollar otras funciones, como la de dirección política, legislativa, representativa, presupuestal y, por supuesto, la de control además de la función deliberativa, que supone el mero y simple intercambio de concepciones y expectativas entre el Congreso, el Gobierno y la comunidad a la que uno y otro representan y sirven.

, Para quienes no hay control a menos que se haga efectiva una sanción, ninguno de los canales y mecanismos señalados en el artículo 129 serían formas de control funcional. Pero además del sentido estricto, en el sentido amplio de control cabe distinguir el control y la aplicación de la sanción, no siendo parte inherente de la naturaleza de la concurrencia voluntaria, la invitación y las preguntas una sanción, es posible igualmente concluir que estos procedimientos no son en realidad procedimientos de control. La finalidad del artículo 129 es básicamente anterior al control, y en resumen, sirve directamente al cumplimiento de una función aun más elemental que la del control, como es la de habilitar la posibilidad de informar al Congreso en ejercicio de su tarea representativa. Los procedimientos previstos en el artículo 129 abren el espacio a la argumentación y discusión informada sobre negocios que maneja el Gobierno. Crea espacios públicos y transparentes para el intercambio de argumentos sobre los propósitos, metas y alcances que cada uno de los órganos tiene como prioritarios en la acción pública. Su funcionalidad central y no excluyente es, en conclusión, no la función de control sino la finalidad informativa que, por cierto, es una forma en que se expresa y apoya la función argumentativa y reflexiva, elemento esencial en el desarrollo de una República en la que la acción pública es una acción deliberativa y comunicativa y de una sociedad que se ve a sí misma como sustentada en el ejercicio militante de la palabra y en la sustentación razonada de las decisiones públicas de la autoridad.

4. Concurrencia voluntaria de los ministros a sesiones del Congreso

El supuesto para que se dé la concurrencia de los ministros a su propia iniciativa, es la existencia de algún asunto de interés público respecto del cual el Gobierno estima conveniente y necesario enterar al Congreso u ofrecer explicaciones, antes de que le sea demandada por el propio Congreso, o de que esta trascienda al conocimiento público sin que el Congreso tenga la información de los propios ministros bajo cuya responsabilidad se entiende el manejo de la situación que reviste preocupación o interés público.

La causa típica en la concurrencia del Gobierno al Congreso a su propia iniciativa obedece a la convicción, el interés o la decisión de los ministros de compartir o socializar con los representantes al Congreso algún propósito, meta, objetivo, proyecto u ocurrencia propios de las responsabilidades de su cartera, respecto de los cuales estima importante, conveniente, indispensable o urgente enterar, tener al tanto o consultar al Congreso. Puede tratarse de un acto de mera conveniencia política, es cierto, con la finalidad de encontrar aval, apoyo o respaldo, a partir de una actitud pro activa o, a la inversa, puede ser igualmente consecuencia de una actitud conservadora o defensiva que se concreta en una anticipación de demandas que se prefiere neutralizar. Pero puede tener como causa el sentimiento de responsabilidad del Gobierno respecto de la relación fiduciaria que lo legitima ante la representación nacional.

El sentido de la concurrencia voluntaria de los ministros ante el Pleno o ante la Comisión Permanente tiene que ver con el significado de esa relación fiduciaria y la legitimación entre los dos órganos del Estado, y entre la pluralidad de fuerzas políticas presentes en el Congreso y esa fuerza o alianza de fracciones que logra conformar el Gobierno. No tiene políticamente el mismo significado hacerse presente en el Congreso porque este lo convoca cuando hay un asunto de público interés sobre el cual es necesario explicar o enterar a la representación nacional y, por su intermedio, a la comunidad y a la opinión pública, que acudir ante los representantes de la colectividad para que estos reciban la información o explicaciones sobre sucesos o decisiones a adoptar antes que trascienda lo acontecido por vía distinta a la de la comunicación directa por el Gobierno ante el Congreso.

La diferencia de significado hace que el Gobierno sea percibido como diligente y responsable ante los representantes del pueblo o, por el contrario, como indiferente y desconsiderado. La voluntad de anticiparse, la iniciativa, deja notar la consideración y el respeto por el propio órgano del Estado que legitima al Gobierno con su confianza. Es en honor a esa misma relación de confianza que los ministros optan por el gesto de buena voluntad de ofrecer toda la información y explicaciones que la atención de los asuntos públicos exige, antes de ser convocados por la misma corporación de la que reciben y de la que deben merecer esa misma confianza.

La finalidad de los ministros de concurrir por su propia iniciativa es dejar constancia que el Gobierno tiene conciencia de la importancia de conducir las

políticas de los servicios públicos a su cargo en sintonía y con el conocimiento del Congreso. Es parte de una posición sensible y de una óptica no adversarial de las relaciones del Gobierno con el Congreso. La meta es dejar una señal y un gesto inequívoco de liderazgo. El líder no espera ni está a la zaga en los distintos escenarios políticos nacionales. El líder va adelante y conduce. Un Gobierno con capacidad de liderazgo enfrenta los retos con oportunidad. Uno de los más importantes retos del Gobierno es dar la cara ante la diversidad de fracciones políticas de las que ganó, por mayoría o por consenso, la confianza necesaria para contar con el poder de gobernar.

La funcionalidad de este mecanismo en la institución parlamentaria tiene que hacer con el fortalecimiento del vínculo de coordinación e integración entre el Gobierno y el Congreso. La concurrencia por propia iniciativa genera relaciones fluidas entre ambos órganos del Estado que favorecen y facilitan el fortalecimiento de las instituciones en el ejercicio del poder. La agilidad y confianza en las relaciones institucionales, a su vez, expresa la afirmación del régimen político. Es condición esencial de la República que se entienda que el poder es de la comunidad, y por lo tanto, es ante ella que debe fundarse la legitimidad política. En una República son los representantes los que garantizan el uso democrático del poder y controlan su ejercicio en el marco de un Estado constitucional.

, El Reglamento del Congreso señala que: "Los ministros que concurren al Pleno del Congreso para participar en sus debates en uso de la facultad que les concede el primer párrafo del artículo 129 de la Constitución, lo hacen en las mismas condiciones que los congresistas, pero tienen las prerrogativas propias de un grupo parlamentario (artículo 54, literal e, tercer párrafo). La referencia a las condiciones ya las prerrogativas a seguir en el debate están referidas a las limitaciones en el uso del tiempo. Entre las primeras se encuentran la facultad de solicitar y pedir interrupciones así como cuestiones incidentales, ya sean de orden o previas. Entre las segundas, fundamentalmente, la extensión en el uso de la palabra.

A partir del periodo parlamentario de 1980 se inició una tendencia hacia la racionalización en el uso de la palabra, vinculando los límites del tiempo a su relación con la fuerza o presencia proporcional de cada grupo parlamentario. Este proceso gradual de racionalización tuvo su mayor desarrollo a partir de la última década del siglo veinte, que coincide curiosamente con una tendencia al debilitamiento de los partidos políticos, y el desarrollo del paradigma de la desideologización parcial y del uso y fines utilitarios del discurso político. Este afán racionalizador es síntoma de la devaluación de los valores y características esenciales del diálogo, a pesar de la incongruencia de quienes postulan la rigidización del debate parlamentario en medio de la afirmación de un modelo participativo y deliberativo de democracia. En nombre de la supuesta eficiencia de la tarea parlamentaria se sacrifica la posibilidad argumentativa, siempre en el contexto de un concepto cuantitativo de democracia, donde el número y la cifra proporcional de votos asegura el mejor derecho a la exposición de la razón.

En esta misma lógica el Reglamento del Congreso encorseta el uso de la palabra en la horma estrecha del cálculo de órdenes de tiempo funcionales al número de grupos parlamentarios, o del tiempo máximo deseable de tiempo para los temas pendientes en la agenda. El resultado es que tras el orden superficial y aparente de un uso racional del tiempo los temas de interés público y de supremo interés nacional se tratan en condiciones supuestamente eficientes y más modernas, pero debajo del mismo se agregan y acumulan sinrazones insuficientemente expuestas que desbordan la capacidad decisoria del Congreso.

Detrás de la alegría del número de decisiones tomadas en tiempo estrechos naufraga la razón insuficientemente conocida. El debate parlamentario se reduce a un simulacro teatral, en el que los actores tratan de optimizar su tiempo leyendo de una hoja de papel el resumen apretado de argumentos envueltos en una retórica ejecutiva que no llega a incluir la sustancia del disenso de la propia comunidad a la que cada congresista representa. Uno de los resultados de la prisa y de la eficiencia debe ser, naturalmente, en paralelo con la supuesta mayor eficiencia y ahorro del unicameralismo y del menor número posible de representantes en una asamblea, el mayor número de observaciones que presenta el Poder Ejecutivo contra las leyes aprobadas por el Congreso.

De esta manera, los ministros que concurren al Congreso cuentan con prerrogativas corporativas, en las mismas condiciones y no menores que las que corresponde a cada congresista. De esta forma se prevén niveles de igualdad respecto del uso de recursos en el debate, y recursos de igualdad en la asignación y distribución mínima del uso del tiempo.

5. Concurrencia obligatoria de los ministros cuando son invitados a informar

La invitación para que los ministros concurren al Congreso a informar es una de las varias alternativas para procurar el encuentro público entre Gobierno y Congreso para interactuar comunicativamente. Es una de las varias ocasiones en las que, a iniciativa o demanda del Congreso, se procura el encuentro y la escucha entre dos partes del poder y del Estado. El objetivo es alcanzar algún punto de entendimiento que en último término incorpore y asimile la diversidad, la diferencia y la pluralidad dentro de una visión y conducción general o universal en los procesos de toma de decisiones nacionales.

Son cuatro los modos en que se dan las concurrencias al Congreso. Una es la que obliga un mandato legal. Otra es la que se plantea como un requerimiento de control sujeto a un régimen de votación especial, el mismo que permite la demanda de concurrencia como resultado de un derecho expreso de las minorías parlamentarias. Una tercera son los casos sujetos a una previsión periódica o regular de concurrencia, programable según acuerdo de las fracciones políticas y los grupos parlamentarios en el calendario de sesiones de cada período. Y una cuarta, la de la concurrencia como resultado de un procedimiento de información y de obtención de explicaciones, sujeto a un régimen de votaciones ordinario y, por lo tanto, a la voluntad de las mayorías.

El primero de los modos está conformado por las obligaciones constitucionales y legales de concurrencia a plazo fijo para enterar a la representación de la comunidad al Congreso sobre materias específicas, como la exposición sobre el presupuesto de la República el mes de agosto o de su sus tentación y debate en noviembre de todos los años; o la situación y avances en la protección de los derechos del niño que ocurre en marzo o abril.

El segundo modo es el caso de la interpelación, en el que se advierte la naturaleza propia y específica de los instrumentos de control, a los que les es inherente una vocación de exigencia de responsabilidad. La interpelación está sujeta a requisitos cuyo sentido es permitir que una cuota mínima de congresistas tenga la posibilidad de presentar una moción para que asista el gabinete o un ministro determinado para absolver un pliego. La cuota que se fija está explícitamente pensada para que la concurrencia no quede sujeta a los votos de la mayoría, en primer término. Y la circunstancia de que la modalidad en la que la demanda de concurrencia sea para absolver un pliego es un signo abierto e inconfundible de que quien lo convoca tiene indicios ciertos de que corresponde exigir explicaciones, y no solo quedar enterado en términos generales sobre asuntos de manejo regular en las políticas públicas. La interpelación es consecuencia de una situación difícil, controversial, en la que el tono no es el de la igualdad dialogal, sino más bien el del reclamo ante quien se sospecha. La actitud del Congreso en los casos de interpelación es similar a la actitud del policía o del fiscal que inquiere respecto de una presunta infracción por comisión o por omisión. No son dos partes en diálogo benévolo y sosegado. Por el contrario, hay un grado de tensión no disimulable. Cabe incluso cierto nivel de crispación o exasperación por la comisión de una ofensa contra las normas y costumbres de la sociedad o el Derecho.

El tercer modo, al que se refiere el mismo artículo 129, que será comentado en seguida, es el de la estación de preguntas, la misma que debe tener lugar periódicamente.

El cuarto modo son las invitaciones a ministros, que no están sujetas a un mandato de concurrencia por razón de la materia, ni a la emergencia de un supuesto de control y exigencia de responsabilidad por las minorías, ni al cumplimiento de un ciclo regular de encuentros programables para obtener información o explicaciones sin supuesto de control. Las invitaciones han sido entendidas como una facultad de las mayorías parlamentarias de solicitar información del Gobierno. De ahí la principal diferencia con las interpelaciones. La invitación no es una interpelación de las mayorías, porque no existe un pliego que el presunto responsable deba atender. La invitación carece del contexto de tensión, de ofensa o de infracción que envuelve y mancha a las circunstancias en las que se interpela. La invitación no es un llamado inflamado por la indignación; no hay en ella presunción de infracción. No hay indicio que lleve a sospecha por una presunta responsabilidad. La presunción de inocencia no está en cuestión. Se sostiene plenamente la igualdad dialogal entre pares morales y constitucionales en el Estado, entre Congreso y Gobierno. Esas son las distinciones básicas entre la interpelación y la invitación.

La invitación, en suma, no es un instrumento de control. Su naturaleza está intrínsecamente vinculada con la capacidad de razonar y de reflexionar, de entender y de dialogar. La finalidad es básicamente comunicativa e interpretativa. Se pide información y se requiere explicación. El Congreso interpreta la realidad y la conducta del Gobierno y solicita detalles para interpretar mejor lo que percibe. En este contexto, se ofrece una oportunidad para ampliar el horizonte de comprensión de la visión del Gobierno y sus planes de acción sobre sucesos de la realidad. El Gobierno complementa la información de que dispone el Congreso y añade a la capacidad de su comprensión su oferta de interpretación de la realidad leída por el Congreso.

El objeto de la invitación es escuchar los datos e interpretaciones del Gobierno sobre hechos respecto de los cuales la mayoría sostiene que es indispensable hablar, interactuar comunicativamente, de manera directa y personal, de forma que pueda construirse una interpretación sobre datos, informes, expectativas, alternativas y propuestas. Es un contexto no de afirmación de la división entre mayoría y oposiciones, sino de incorporación aditiva y agregadora de las partes en un producto político de naturaleza esencialmente deliberativo.

Desconocer la naturaleza esencialmente comunicativa y deliberativa de la invitación lleva a desvirtuar la funcionalidad y eficacia de este mecanismo parlamentario.

No puede reprocharse el uso de la invitación a partir del supuesto de que la suya sea una naturaleza de control. El diseño de la invitación no está pensado para aplacar la inflamación política de las minorías ni la de las mayorías por la comisión de una presunta infracción. No es por eso ni más ni menos eficaz como mecanismo de control si la mayoría consiente o no en invitar. Es que no es un mecanismo de control.

El que haya o no invitaciones, el que se aprueben o no por la mayoría, no es indicio de control ineficaz por el Congreso. Podrá ser indicio de insuficiente percepción de ocasiones para deliberar, dialogar o interpretar la situación política de la República. O podrá ser indicio de insuficiente capacidad o actitud de escucha o de disposición para abrir caminos de comunicación entre Congreso y Gobierno. Pero no puede descalificar al Congreso por la desatención al control cuando la naturaleza de la institución no es el control sino otra distinta.

A esta desafortunada incompreensión del Congreso ha contribuido, lamentablemente, la propia definición que hace el Reglamento del Congreso sobre la naturaleza de la invitación y de la estación de preguntas como procedimientos de control. Como también lo ha hecho una doctrina casi universalmente unánime que ha pretendido aplicar mecánicamente en el Perú nociones que no se compadecen con la tradición y costumbres de nuestras propias instituciones, en las que sí hacemos el distingo entre interpelación e invitación, no como dos formas de control, una fuerte y agresiva de la minoría y otra pálida o concesiva de la mayoría, sino como dos instrumentos con finalidades diferenciadas.

La función de control, aun cuando nunca ocurra en estado químicamente ni políticamente puro, no puede confundirse con la función informativa o deliberativa que tiene el Congreso. La deliberación tiene un espacio propio y suficiente en sí mismo.

El espacio de intercambio de información no puede quedar minimizado ni distorsionado, adjudicándole como único valor del uso que pueda hacerse de la misma para dar o pedir cuenta al Gobierno, o para exigirle o eximirle responsabilidad en el manejo de los asuntos públicos.

Aclarada la naturaleza y finalidad de la invitación como institución parlamentaria esencialmente informativa y deliberativa, cabe entender que sea un supuesto materialmente inherente a ella que ocurra cuando se estima que la información con que se cuenta es insuficiente, de difícil asimilación, incongruente o incluso irritante. La invitación al Pleno no se produce cuando se estima que hay suficiente información, que la que se dispone es comprensible, que es racionalmente consistente, o que no hay motivo aparente para que los datos con los que se cuentan, aun cuando sean adecuados para demandar explicaciones, no justifiquen ni constituyan indicio razonable para la probable exigencia de responsabilidad a los ministros. El agente u órgano con competencia para definir y decidir sobre el carácter de las circunstancias y la calidad de la información y explicaciones disponibles o que es indispensable requerir, no es la minoría, sino la mayoría. Se presume que es la voluntad del mayor número de congresistas. No se tutela ni protege a las minorías. No es una facultad de uso calificado ni tasado. Rige el principio regular para la toma de decisiones en asuntos ordinarios del Congreso. No hay un tratamiento excepcional.

La causa típica se deriva de la configuración del supuesto material para la validez de su ocurrencia reglamentaria, según el juicio del agente capaz que es la mayoría del Congreso. Esa causa típica es la definición de insuficiencia, incongruencia, inasimilabilidad o irritabilidad de la información o explicaciones disponibles por y en el Congreso. La constatación y calificación de insuficiencia, incongruencia, inasimilabilidad o irritabilidad es la que tipifica al acto parlamentario de invitación a un ministro por el Congreso.

El sentido o razón de ser de la invitación como mecanismo y procedimiento parlamentario es la habilitación de espacios para un ejercicio racional y consistente de la representación de la comunidad. La invitación es reconocida como instrumento para la afirmación de una sociedad adecuadamente informada que decide porque comprende, y no porque haya quien corresponda mandar. La autoridad representativa del Congreso se afirma con mecanismos de esta naturaleza como una autoridad cuyo origen es el mejor entendimiento y capacidad de reflexionar sobre los asuntos públicos. Del juicio sobre la capacidad de discriminar cuándo pedir información y explicaciones y cuándo decidir que la que se dispone es satisfactoria depende la calidad política de la definición de los destinos que tiene a su cargo el Congreso.

La funcionalidad de la invitación está ligada a la construcción y logro de una relación y acción comunicativa crítica y eficaz entre Gobierno y Congreso. La invitación es un procedimiento de hermenéutica de la realidad política a través

de la palabra y de la habilidad y capacidad de preguntar y de escuchar por el Congreso, y de explicar y hacer transparente la gestión de los asuntos y servicios públicos por el Gobierno. El Estado, de esta manera, a través del Congreso y del Gobierno garantiza, con el uso de instrumentos diseñados para la escucha y la atención de la razón, su propia práctica deliberante y comunicativa y a través de este espejo el mejor consumo de reflexión política en la sociedad. Cuanto más ancha e intensa sea la eficacia comunicativa y la habilidad deliberativa de uno y otro órgano del Estado, el resultado serán, a su turno, mejores condiciones para afirmar una sociedad reflexiva y democráticamente responsable en la República.

El Reglamento del Congreso refiere el procedimiento para las invitaciones en el artículo 84, e incluye en él el trámite para cursar las invitaciones a través de las Comisiones. Sin embargo, el procedimiento ante el Pleno propiamente dicho no tiene un tratamiento nada complicado ni detallado. Se prevé únicamente que el documento para presentar el pedido de invitación a los miembros del Consejo de Ministros sea consignado en una moción de orden del día, que el trámite se realice de modo simple y que, aprobada que fuese la moción, la invitación se curse y haga efectiva mediante un oficio de invitación al que se adjunte la transcripción de la parte resolutive de la moción aprobada.

Como es obvio, la aprobación solo se realiza si el número de votos a favor de la invitación es mayor que el de los que se abstienen o votan en contra. El trámite, sin embargo, antes de someter la moción a debate y aprobación, pasa antes por el mtro del Consejo Directivo, donde los representantes de los grupos parlamentarios discuten, y en algunas ocasiones incluso deciden, sobre el trámite. La discusión se da básicamente respecto de la calendarización y programación en la agenda del Pleno, aunque en ocasiones se toma acuerdos respecto a un trámite diverso. Si bien el Consejo Directivo no es sino un cuerpo que organiza y programa los debates, la oportunidad y el uso y distribución del tiempo durante el debate, no es ajeno a su desarrollo reciente que sus espacios sean usados para canalizar y dar trámite a las proposiciones.

En esta competencia el Consejo Directivo en unos casos ha pospuesto la consulta de invitaciones, y en otros las ha convertido en invitaciones para hacerlas efectivas ante las Comisiones especializadas, con el acuerdo de los portavoces directivos en representación de sus correspondientes grupos parlamentarios.

6. Concurrencia regular y periódica a la estación de preguntas

La estación de preguntas, como el caso de las invitaciones a los miembros del Consejo de Ministros, son presentadas en el Reglamento del Congreso como procedimientos de control. La función de control padece de un sobredimensionamiento por la prensa, la opinión pública, el discurso político e igualmente por los académicos que analizan el escenario y las instituciones políticas, su naturaleza y su comportamiento. El propósito de acercar el Congreso a la comunidad tiene como consecuencia que a la hora de simplificar la naturaleza y procedimientos parlamentarios para su comprensión fácil e inmediata por la población, se pierde de vista que el fenómeno y experiencia

parlamentaria no son lo sencillos y carentes de complejidad que se ha asumido.

Las funciones que cumple el Congreso son más que solo la legislativa, de control y de representación. Entre esas otras menos conocidas funciones se reconoce las funciones legitimadora, deliberativa, informativa, presupuestal, directiva, y protocolar o ceremonial. Es natural que en el propósito práctico de agrupar las tareas, responsabilidades, funciones y procedimientos del Congreso se obvien aspectos que el deseo de simplificar impide poner de manifiesto.

La estación de preguntas ha quedado afectada con la prisa por difundir y presentar al Congreso. Si bien es cierto que como resultado del intercambio de información y explicaciones que se hace efectivo en una sesión de preguntas cabe la emergencia de supuestos que activen la necesidad de iniciar y desarrollar un procedimiento de control en sentido estricto.

No es propio ni está en la naturaleza de las preguntas parlamentarias la increpación. El uso de la pregunta, sin embargo, adquiere en la práctica un tono que no se agota y que trasciende el significado eminentemente informativo. No es objeto de las preguntas parlamentarias sacar en cara al Gobierno lo que los congresistas perciban como una falta o una irregularidad. Pero ocurre que sobre la base de la información que presume conocer el congresista, y sobre cuya fuente, profundidad y detalle mantiene reserva, puede interrogar con la intencionalidad de dejar en evidencia lo que se entiende que sería un error. El tono de la pregunta y, en particular, el de la dúplica o repregunta dejan notar que el congresista que interroga tiene una idea adelantada del sentido o incluso del contenido posible de la respuesta, en razón de lo cual consigue o trata de dejar en evidencia la presunta incorrección de la cartera ministerial en el manejo del asunto público bajo su responsabilidad. Debido a los mensajes no dichos propios de este tono es que se genera una atmósfera de esgrima defensiva entre el ministro y su interrogador, a partir de la cual el eje llega a ser las explicaciones y justificaciones de la conducta ministerial frente a la increpación velada del representante.

Tampoco está en su naturaleza que al amparo de la naturaleza informativa de las preguntas parlamentarias se soliciten estudios técnicos, elaboración de estadísticas o la absolución de consultas especializadas. Corresponde que se trate de obtener la información o explicaciones que no se tiene, o la ratificación y complemento de las que se disponga. Pero el nivel de carencia informativa no puede ser el que equivaldría al del inicio de un proyecto especial en el ministerio con el único fin de generar evidencia empírica propia más bien de una indagación científica ad hoc. Por esta razón el Reglamento del Congreso previene a los congresistas contra el uso de este instrumento para esos fines.

En esta misma tendencia, el carácter de las preguntas debe conducir al suministro de datos o de explicaciones propios del quehacer ordinario correspondiente a las políticas, acciones o actividades que desarrolla cotidianamente un ministerio, o aun de las que de manera extraordinaria

hubieran acontecido pero respecto de las cuales el ministerio tiene competencia con relación a la cual sea exigible una solicitud de información o explicación sobre la ocurrencia y sobre los planes o las acciones adoptados para manejar la emergencia.

Los supuestos en las preguntas dirigidas a los ministros son dos. Uno objetivo y otro subjetivo. El elemento objetivo de las preguntas lo constituyen la regularidad de la actividad sobre la cual se indaga, cuando esta es de carácter ordinario, y cuando el carácter es imprevisto, emergente o extraordinario el criterio es la competencia expresa y la responsabilidad manifiesta del ministerio del que se espera atención oportuna y razonable para volver la ocurrencia a su estado de normalidad. Parte de este elemento objetivo es de igual forma que la materia sobre la que se pregunta no represente, directa ni indirectamente, una gestión impropia orientada a agenciar una atención, un favor, ~na gracia o un privilegio para particulares. La presencia de indicios que lleven a advertir que se trata de una pregunta en la que haya interés personal desnaturalizan su carácter y generan invalidez en la pregunta, en razón de ser objetivamente materia impropia. Es un supuesto para que la pregunta tenga esta naturaleza que no sea utilizada como medio para generar ventajas ni discriminación de intereses particulares, en detrimento del principio universal de igualdad ante la ley.

El elemento subjetivo es la intención de obtener información o explicaciones, la absolución de dudas, la atención de consultas de carácter puntual o, incluso, ejercer a través de la pregunta, implícitamente, alguna forma de presión enderezada a buscar que el Gobierno tenga un curso de acción acorde con la perspectiva de quien pregunta. Si bien es cierto no resulta una empresa sencilla escudriñar ni discriminar en el fuero interno de la conciencia de las personas, de modo tal que se alcance certeza o evidencia de su intención, el cumplimiento de este requisito propio de la institución puede resolverse a partir del texto.

La forma de formulación de la pregunta debe aparecer como la que corresponde a una solicitud exenta de imputación o de increpación de responsabilidad. La pregunta no supone la expresión de una opinión, la imputación de intenciones ni la calificación de conductas. Si bien es cierto los ministros son todos responsables de las políticas y acciones en las carteras de las que son titulares, la pregunta no debe formularse de modo tal que revele un tono de queja ni de protesta. El ánimo inherente a la pregunta no debe trasuntar inflamación de espíritu ni el endose de calificativos basados en una opinión política injustificada en los hechos, sino la expresión directa del requerimiento de un dato o una razón ignorados o desconocidos, que resulta esencial conocer para formar la opinión o para definir el curso de una acción en los que toma interés un representante.

Fuera del ánimo o espíritu inherentes a la pregunta, los límites reglamentarios sobre su contenido demandan del congresista que diseñe una estrategia para la lógica de su formulación. Las preguntas requieren una formulación calculada de sus alcances y, en particular, de la posibilidad de hacer una pregunta suplementaria luego de la respuesta del ministro. Si es así que tiene la

posibilidad de suplementar la pregunta con una repregunta, pero que esta última cabe únicamente cuando el tema justifica la exigencia de una precisión, se explica que al momento de elaborar la interrogante se organice diligentemente la preparación de una que sea lo suficientemente general como para dar pie para repreguntar respecto de un ángulo imprevisto, uno en el que la posición del Gobierno sea aparentemente más frágil o un punto insuficientemente desarrollado. En tanto más específica y precisa sea la pregunta las posibilidades de repreguntar con mayor ganancia son menos eficaces. Inversamente, cuanto más abierta y genérica tienda a ser la pregunta es mayor el espectro temático para el suplemento y, por la misma razón, mayor la desprotección del ministro interrogado por el congresista. El estilo de la pregunta, en consecuencia, será reflejo del objetivo buscado por el congresista y su ánimo y propósito será mejor canalizado en la medida de que escoja con el suficiente cuidado el modo en que interroga no menos que el modo en el que planea suplementar su pregunta con una repregunta.

Las tácticas usadas por el congresista exigen del Gobierno provisiones similares. Detrás de toda pregunta abierta, amplia o genérica hay variedad de repreguntas potenciales. En la medida de que es imposible saber de antemano cuál elegirá el congresista es indispensable que los ministros cuenten con un marco amplio de alternativas disponible sobre los tópicos inherentes a un tipo de preguntas de esta naturaleza. La preparación del ministerio hará que la respuesta suministrada no exponga innecesariamente al ministro por insuficiente conocimiento de las materias por las cuales es responsable su sector. La eficacia de las respuestas del ministro dependerán, por lo tanto, en gran medida, del conocimiento de los intereses e historia de cada congresista. Generalmente es posible conocer unos y otra a través del itinerario de cuestiones sobre las que se solicita información.

La finalidad de la estación de preguntas es ampliar las alternativas para el mejor cumplimiento de las funciones inherentes a los congresistas. El medio para conseguirlo es el espacio público ineludible en el que el que posee la información y las explicaciones atiende la cuestión públicamente, ante el Pleno de la representación nacional. La fuerza de este procedimiento es el carácter público de la demanda de información y de su atención. El ministro responde para todos y deja constancia de manera general. La materia deja el espacio circunscrito de la comunicación escrita y reservada para adquirir la relevancia de un asunto público. La materia de las preguntas y de las respuestas es una materia pública.

Lo que se busca es constituir evidencia pública de un pronunciamiento del Gobierno respecto de la cuestión que convoca el interés de un representante. La estación de preguntas existe y se prepara para que, como resultado de su desarrollo y cumplimiento, los congresistas en general queden enterados de aspectos que afectan a la comunidad, y sobre los cuales existe un nivel de concernimiento particular por sus representantes, y se exprese el interés del Gobierno en atenderlos. La formulación de las preguntas son formas de demandar atención sobre una entre tantas actividades que ocurren bajo la competencia de un ministerio. La selección de una pregunta por un congresista es por eso una oportunidad para que la materia a la que se refiere sea más

relevante en la atención de cada uno de los miembros del Consejo de Ministros.

A diferencia de la motivación que pueda tener un representante en la selección y formulación de su pregunta, la causa típica común en este negocio de comunicación entre el Congreso y el Gobierno es el intercambio informativo y fiduciario entre uno y otro como consecuencia del cual se produce la obtención de legitimidad (y también su reducción o extinción) por el Gobierno, y el recurso a la mejor atención de la materia seleccionada en la pregunta. El medio para que esta transacción se produzca es naturalmente una acción comunicativa que alimenta y nutre la capacidad deliberativa de ambos actores, pero desde el punto de vista del congresista su ganancia principal es la información que obtiene en ejercicio de su representación, no menos que la posibilidad de recibir atención pública y directa del ministro a cuya competencia apela.

En buena cuenta, la causa típica de una pregunta parlamentaria en el escenario de una estación de preguntas puede verse cuando se contrasta su formulación con la negación de la posibilidad de formularla. Esto es, cuánto perdería el congresista de no contar con el espacio para obtener la atención pública para que un asunto propio de su interés como representante reciba el interés del Gobierno. Como es obvio, este tiene recursos limitados para atender el cien por ciento de las expectativas de la población sobre cuyas actividades pudiera tener algún grado de liderazgo, responsabilidad y capacidad directiva. El ganar la atención del Gobierno sobre un asunto particular es un logro importante, y es parte de la causa estructural de las preguntas. Además, formular pregunta permite abrir temas de debate público posterior en foros adicionales a los del recinto parlamentario.

Cuánto mayor sea el logro dependerá, naturalmente, de la habilidad del representante que selecciona la pregunta. La capacidad del congresista de percibir el rédito disponible en su costo de oportunidad al optar por seleccionar una pregunta puede significar mayor o menor utilidad en cada uno según cómo entienda su papel como agente de la colectividad, pero lo central es que la causa típica de esta institución tiene que ver con las ventajas exponenciales del congresista de convocar la atención del Gobierno sobre la cuestión que selecciona, y las ventajas del Gobierno de mantener los niveles de legitimidad y confianza que está obligado a gestionar y mantener frente al Parlamento.

La funcionalidad de la estación de preguntas en el régimen de Gobierno peruano es, en primer término, el fortalecimiento del carácter dialogal y deliberante de la acción pública. Es un canal disponible para que el Congreso intervenga y penetre en la administración indagando sobre materias que, aun cuando se concrete en un plano particular, por la naturaleza del modo en que se atiende por el Gobierno adquiere relevancia general y pública. El uso del espacio de intercambio comunicativo es un factor positivo en la consolidación de una República reflexiva en la que los actos y decisiones son razonables y discutibles. La afirmación de la palabra, de los argumentos y de la razón a su vez son maneras de entender el uso del poder en el marco de un concepto responsable de la autoridad. La acción pública no está desvinculada del razonamiento y de la razonabilidad de los actos a cargo del Estado. Las

preguntas son uno de los instrumentos de los que se vale la sociedad política para dar fe del uso de la palabra para que las decisiones del Congreso y del Gobierno se tomen informada y razonadamente. El mayor o menor consumo de estos espacios indica, por eso, en cuánto valor se tenga la capacidad de escucha de uno y otro órganos del Estado y la valoración también sobre la importancia de la transferencia efectiva de información para la mejor comprensión del manejo de los servicios a la colectividad y, por lo tanto, el efectivo y satisfactorio desempeño de la misión política de representantes y del Gobierno.

El Reglamento del Congreso refiere el procedimiento que se observa para la estación de preguntas en dos artículos, el 51 Y el 85. En el artículo 51 dice que "(...).

Por lo menos en una de las sesiones que realice al mes el Pleno, se destinarán hasta dos horas para la estación de preguntas a que se contrae el tercer párrafo del artículo 129 de la Constitución Política. No obstante, el Consejo Directivo puede acordar efectuar la estación de preguntas en una sesión plenaria especial". Esta norma concreta el criterio de periodicidad que establece la Constitución en el artículo 129. El Reglamento define el criterio mensual como pauta de periodicidad. La aplicación estricta del artículo 51 llevaría a esperar que desde el inicio de la vigencia de la Constitución de 1993, esto es, desde enero de 1994, debieran haberse producido alrededor de 9 estaciones de pregunta por cada año legislativo. Sin embargo, el promedio es de alrededor de una estación de preguntas por cada legislatura, desde julio de 1995 hasta diciembre del 2004.

El artículo 85, de otro lado, desarrolla el procedimiento en cuatro sentidos. El de los contenidos de las preguntas, a los que se hizo referencia previamente; el del derecho a formular un número de preguntas por vez de los congresistas, que se fija en una pregunta mensual; el del manejo del plazo en la preparación de la sesión y del uso del tiempo para preguntar, responder, y repreguntar; y el del trámite que se dé a las preguntas que no se responden.

De los cuatro aspectos los dos últimos requieren alguna explicación especial. La organización de la estación de preguntas pareciera exigir una práctica y organización que no llegan a consolidarse, las que pudiera explicar por qué no hay mayor frecuencia en su uso. Señala el artículo 85 que las preguntas se entregan por escrito a la Oficialía Mayor cuatro días antes de la sesión, y además estas son remitidas al Presidente del Consejo de Ministros con una anticipación de 72 horas a la sesión. Son un total mínimo de 8 días desde la presentación de las preguntas hasta la sesión de la estación de preguntas. A este plazo es necesario añadir el mínimo adicional relativo a la revisión de la idoneidad de las preguntas presentadas que, según el Reglamento del Congreso, deben tener como características principales de fondo que se refieran a un solo hecho de carácter público, que no se refieran a asuntos de interés personal, que no supongan consultas de índole estrictamente jurídica, que no exijan la elaboración de datos estadísticos muy complejos, y como características formales que cada congresista no puede formular sino una pregunta por mes y que por su extensión y brevedad su lectura no demande más de un minuto. En consecuencia, la revisión del cumplimiento de estas

características debe añadirse al plazo de 8 días, lo cual en el peor de los casos, incluyendo los trámites de consulta en los casos límite o dudosos, no excede de uno o a lo mucho dos días más. En total por lo tanto, incluido el periodo de evaluación de las preguntas presentadas, el plazo material puede estimarse en 10 días.

A diferencia del sistema parlamentario británico, en el que la estación de preguntas se realiza todas las semanas de lunes a jueves, y en el que el número de preguntas presentadas para respuesta oral de los ministros puede ser superior a 3 mil al año, en el Perú la estación de preguntas es una institución novedosa, no precisamente afín a un régimen de gobierno que si formalmente puede calificarse como semiparlamentario o semipresidencial, es materialmente presidencial, lo Cual significa que los puntos de contacto entre Gobierno y Congreso más bien se rigen por una dinámica de relaciones en la que se prefiere mantener la separación antes que la integración. Pero además de este supuesto institucional se trata de un mecanismo que se incorpora en una cultura sin experiencia en el uso ni fines de este instrumento, que no llega a registrar ni siquiera 500 preguntas en un período de 3 años y medio. La comparación en la proporción, en el resultado y el uso en ambos sistemas es notable: en el mismo periodo de tiempo (tres años y medio) en el Perú se registra el 5% de las preguntas que se plantean en Gran Bretaña. De otro lado, mientras que en el Perú solo se han realizado 20 estaciones de preguntas en 10 años, esas mismas 20 estaciones se realizan en apenas 4 semanas. Estos datos muestran los mayores niveles de dependencia y de coordinación entre el Parlamento y el Gobierno británicos; cómo el Gobierno está más estrechamente relacionado e integrado con el Parlamento en Gran Bretaña; y cómo, al revés, las relaciones entre ambas ramas del Estado están impregnadas de humores y ánimos más próximos a la desconfianza y a la suspicacia en el Perú.

La insuficiente aplicación del procedimiento peruano parece tener que hacer más con la deficiencia en el proceso de formación de la decisión política, que con complicaciones o impedimentos organizacionales. La escasa práctica y bajo nivel de desarrollo de este procedimiento mismo, parece deberse más al factor de desgano y de la insuficiente voluntad del Gobierno de exponerse a las preguntas con más frecuencia que la que sea forzado a tener por el Congreso y, en particular, por la oposición. El desgano del Gobierno, sin embargo, no explica con suficiencia, por sí solo, el escaso uso, toda vez que no obstante la existencia de niveles básicos de coordinación entre la Presidencia del Congreso y la Presidencia del Consejo de Ministros, la iniciativa le corresponde al Congreso y no al arbitrio ni discreción del Gobierno. Por lo tanto, corresponde indagar qué sentido tiene la estación de preguntas para el Congreso que parece no significarle de utilidad para alcanzar las metas y cumplir las funciones políticas, constitucionales y estratégicas que se entiende son inherentes a este canal de interacción y de comunicación entre ambos poderes del Estado.

Según el régimen británico las preguntas orales requieren entre 48 horas y dos semanas antes de la fecha de la sesión en la que pueden responderse. Según el régimen peruano, en total se requieren 8 días entre la presentación de las

preguntas y la fecha de la estación en que se responden. Sin embargo, en el Perú el número de congresistas es 5 veces inferior al de miembros del Parlamento británico. Ante plazos no muy diferentes, con un número mucho más elevado de representantes, el nivel de operatividad es comparativamente impresionante en el caso británico e inquietantemente inexplicable en el caso peruano. Siendo así que el servicio parlamentario tiene la capacidad suficiente para hacerse cargo de la demanda potencial que significaría realizar no 20 estaciones de preguntas en once años, sino 100 estaciones de preguntas (diez veces más que las realizadas), únicamente depende de la voluntad de programar las sesiones mensuales en la agenda del Congreso que aprueba el Consejo Directivo. El nivel en el que se decide y se programa la inclusión de la estación de preguntas, por lo tanto, es el Consejo Directivo, el mismo que está integrado de manera plural y proporcional por los directivos portavoces de todos los grupos parlamentarios y compuesto además por los miembros de la Mesa Directiva. La respuesta al uso incipiente de la estación de preguntas demanda una respuesta plural de todos los grupos que integran el Consejo Directivo.

En cuanto al uso del tiempo para la formulación de las preguntas y el desarrollo de las respuestas, el Reglamento del Congreso señala que las preguntas de los congresistas deben poder leerse en un minuto. La respuesta del ministro interrogado no puede exceder de 3 minutos. Luego de la respuesta cabe, suplementariamente, la - repregunta del congresista, la misma que, igualmente, no puede formularse en tiempo superior al minuto y debe mantener la lógica de la respuesta dada por el ministro, por Gobierno y congresista. En total el máximo previsto son 8 minutos, 3 para la respuesta del ministro, hasta dos por el congresista (incluyendo la lectura de la pregunta y la formulación de la repregunta suplementaria), y 3 minutos más para la respuesta a la repregunta por el ministro.

Si de lo que se tratara fuera de cumplir literalmente con el Reglamento, las dos horas mensuales mínimas alcanzarían, en el peor de los casos, para atender a 15 preguntas y las respuestas a las repreguntas. Si solo cupiera la respuesta a preguntas sin repreguntas dentro de los límites máximos, las dos horas mensuales alcanzarían para atender 30 preguntas orales por mes. Considerando que el Reglamento prescribe que cada congresista tiene derecho a formular una pregunta por mes, y que cada uno quisiera ejercitar esta facultad, pudieran quedar entre 105 y 90 congresistas sin ser atendidos en cada estación con respuestas orales.

De modo similar, si lo que se pretendiera fuera llegar a satisfacer el pleno ejercicio de las facultades de preguntar de todos los congresistas, habría que calcular que las 120 preguntas mensuales requerirían entre 15 y 30 horas de estación de preguntas por mes, a razón, según el caso, de 4 minutos por pregunta (sin uso de la opción de la repregunta) o de 8 minutos para atender la pregunta además de la repregunta suplementaria. Si cada estación de preguntas tuviera las dos horas que prescribe el Reglamento se necesitarían entre 7 y 15 estaciones de preguntas al mes. Sin embargo, el Pleno del Congreso solo sesiona entre 4 y 8 días al mes. Por lo tanto, para que el derecho a preguntar sea igualitariamente atendible, la organización de las

sesiones del Pleno exigiría que hubiera, en el peor de los casos, casi el doble de días de sesión al mes, esto es, que se sesionara hasta 16 días al mes. Lo cual equivaldría a la previsión de 4 días de sesión por semana, exclusivamente para atender la demanda potencial de preguntas posibles. Pero, obviamente, la atención de preguntas no es la única tarea ni función que debe realizar el Congreso, por lo cual sería necesario prever un diseño y estructura que permita arreglar las inconsistencias previsibles, guardando la proporción con la naturaleza de este mecanismo y la diversidad de otras funciones constitucionales que realiza el, Congreso.

Precisamente, en atención a estos límites estructurales para la eficaz atención al ejercicio de la facultad de preguntar de todos y cada uno de los congresistas, es que se justifica la previsión de mecanismos alternativos para que la insatisfacción por desatención no sea superior a las ventajas de su uso. Es obvio que tan altos niveles de no atención oral y pública a las preguntas formuladas son un desincentivo que desalienta el uso de las preguntas. Por eso es que los límites materiales de tiempo han llevado a establecer la alternativa de la respuesta de las preguntas orales por escrito.

Una de las razones por las que cabe responder por escrito las preguntas formuladas para una estación es que no alcanzara el tiempo reglamentario de dos horas. En previsión de este caso el Reglamento señala que "las preguntas no respondidas, o las repreguntas sin tramitar por falta de tiempo, son contestadas por escrito. El ministro debe hacer llegar la respuesta a la Mesa Directiva del Congreso en un lapso no mayor de cuatro días calendario". La otra razón es que los ministros no están obligados a responder las preguntas de los congresistas que no estuvieran presentes en el Pleno en el turno en que los ministros deben responderlas, a menos que el congresista ausente gozara de licencia según el Reglamento.

La previsión de la atención de las preguntas por escrito es un remedio adecuado al problema, según como en situaciones análogas es practicado por otros regímenes parlamentarios. Siendo Gran Bretaña el país tomado como modelo para la inclusión de este mecanismo constitucional de interacción entre Congreso y Gobierno, es de obligada referencia la presentación de la situación y de la alternativa en ese sistema.

En el régimen británico se estima que el número de preguntas que reciben respuesta escrita es entre seis y ocho veces mayor que el número de preguntas que se presentan para respuesta oral. Esto es, por cada pregunta con respuesta oral el número de preguntas respondidas por escrito es seis veces mayor. De este modo se llega a atender limitaciones de tiempo similares a las que existen en teoría en el régimen peruano.

Es un modo de organizar y manejar racionalmente las limitaciones de tiempo en vista de la demanda y expectativas que la maximización del uso de los procedimientos parlamentarios origina en cada congresista.

En este mismo curso de ideas la pregunta por el sentido que tiene la estación de preguntas no es ajena al concepto que se tenga de este instituto. Si la idea de la que se parta es que las preguntas son un medio de provocar la caída del Gobierno, dentro de una lógica y principios adversariales de la acción política, naturalmente el sentido que tendrá será que la estación de preguntas es

absolutamente prescindible porque no es posible hacer caer a ningún ministro con este procedimiento. Pero la eficacia de las preguntas sí es útil cuando el ánimo en el que se hace el escrutinio de la gestión del Gobierno es presidido por el propósito de obtener información en un espacio público y abierto. La sociedad política usa eficazmente el procedimiento de las preguntas si el criterio sobre su naturaleza no es el oposicional, en el que en casos subyacen una lógica y una retórica destructivas y negadoras de la identidad y de los argumentos ajenos.

Si se entiende claramente que el Congreso necesita adoptar posiciones y tomar decisiones propias de las funciones individuales y corporativas de los representantes, con la mejor calidad y más sólida información que sea posible obtener, y si se mantiene la convicción de que los electores son mejor servidos si sus solicitudes de explicación son públicamente planteadas y recibidas ante y por el Gobierno, el concepto sobre la eficacia y utilidad de las estaciones de preguntas tiene que ser diametralmente distinto al que parecen tener los distintos grupos parlamentarios durante los últimos once años de vigencia de la Constitución de 1993.

La estación de preguntas es eficaz en sí misma como instrumento de obtención pública de información y de explicaciones. Hace del foro parlamentario un espacio para el intercambio regular y eficiente de preguntas y respuestas, sin descuidar que, en particular con el uso de las repreguntas, es posible el uso del minuto adicional del congresista para matizar políticamente la pregunta escrita enviada al ministro, lo cual a su turno le da un valor de eficacia agregado a las preguntas porque puede causar lesiones al Gobierno (no menos que dejar mal parado al congresista que calcula mal la capacidad de respuesta e ingenio del ministro que responde).

El sentido del espacio constitucional de la estación de preguntas tiene que hacer con la importancia de la creación de lugares y momentos de socialización en los que compartan frente a frente Congreso y Gobierno. La estación de preguntas estructura un procedimiento y un espacio regular para la interacción comunicativa entre Congreso y Gobierno. Es un espacio de diálogo y de encuentro. Presupone la actitud y voluntad de escucha, y el ejercicio bien intencionado de la facultad de deliberar y de discutir, cotejando razones una con la otra, y sin el espíritu bajo de tratar de culpabilizar, responsabilizar ni mellar la identidad, imagen, perspectivas o actos del Gobierno. La estación de preguntas es una vía de dos carriles, en la que es deseable que los cruces no traigan consigo la colisión de los vagones deliberativos.

7. La práctica política del control funcional entre Congreso y Gobierno

A través del uso y práctica de los procedimientos parlamentarios se registran distintos niveles de predominio, subordinación o de negociación entre uno y otro órganos.

Todos los modos de interacción previstos en este artículo integran, por eso, el régimen de Gobierno del Perú. Sin embargo, no son elementos esenciales que definan por sí mismos el tipo de régimen. Son aspectos que lo acompañan y perfilan. El régimen no es definible solo y a partir únicamente de estos

específicas modos de interacción. Pero son aspectos concurrentes en el ejercicio del poder y del modelo político y tienen un carácter complementario de lo que hace que el régimen peruano sea uno mixto.

Esto es, un régimen en el que se combinan elementos propiamente presidenciales (como la elección popular directa del Presidente de la República, en su doble condición de jefe de Estado y jefe de Gobierno, a cargo de la definición de las políticas públicas del país; su capacidad para designar al Presidente del Consejo de Ministros y de los ministros que este le proponga; y, de otro lado, el reconocimiento preeminente o prioritario de la potestad legislativa a cargo del Congreso), con una neutralización del poder presidencial generado por la presencia de elementos propios del régimen parlamentario (como el reconocimiento de la investidura parlamentaria del gabinete, su responsabilización ante el Congreso mediante la atribución de censurarlo; la posibilidad de disolver el Congreso a cargo del Presidente de la República; y la iniciativa legislativa del Gobierno por delegación parlamentaria o el poder de normar mediante decretos de urgencia). En este esquema es que comparten el juego de interacciones la facultad del gabinete de concurrir al Congreso a su discreción, de intervenir en las deliberaciones, a la vez que la potestad del Congreso de invitar a los ministros, y la programación periódica de la estación de preguntas en las que los ministros absuelven las interrogantes de los congresistas.

En cuanto al régimen de intercambios funcionales entre Parlamento y Gobierno, los espacios en los que se concreta el supuesto de este artículo tienen que ver con las sesiones en el Congreso y, por extensión, en las de la Comisión Permanente. No se prevé las relaciones de interacción que se desarrollan en niveles inferiores y más profundos como son los que con regularidad se dan al interior de las Comisiones Ordinarias. En la práctica las instancias en las que Gobierno y el Pleno del Congreso debaten públicamente son más que las establecidas en el artículo 129. Las Comisiones citan con frecuencia y los ministros concurren con regularidad a ellas. Pero este tipo de control no es el que está previsto en este artículo constitucional. La práctica de las relaciones entre Congreso y Gobierno al interior de las Comisiones es consecuencia de la costumbre y, por lo tanto, es parte del derecho consuetudinario y de las normas que define el Reglamento del Congreso. No es en sentido estricto propiamente constitucional.

Además de los supuestos de interacción en los que hay comunicación funcional pública entre Congreso y Gobierno, a los supuestos que contiene este artículo deben añadirse los casos en los que el gabinete concurre a exponer la política general del Gobierno, la suscripción del proyecto de presupuesto que se presenta al inicio de toda primera legislatura, el debate del proyecto de presupuesto en noviembre de cada año, la exposición anual sobre el estado de la cuestión respecto de los derechos de los niños (obligación prevista en la Ley N° 27666), Y las interpelaciones. En estos modos adicionales cabe obtener datos importantes sobre el tipo de comunicación política de estos dos actores de los procedimientos estatales y constitucionales.

Por lo tanto son tres los tipos de mandatos de interacción deliberativa en sesiones del Pleno o de la Comisión Permanente que se derivan de este artículo de la Constitución: las concurrencias por mandato constitucional o legal (investidura, sustentación y debate del presupuesto, y estado de la cuestión de la niñez); las derivadas de un requerimiento particular y específico del Congreso (invitaciones y preguntas);

Y la participación motu proprio de los miembros del gabinete. En el Cuadro N° 1 que cubre el periodo comprendido entre la primera legislatura ordinaria del 2001-2002, a la primera legislatura ordinaria del 2004-2005, se presentan las ocasiones en las que concurrieron los ministros a sesiones del Pleno y de la Comisión Permanente en la diversidad de tipos y supuestos constitucionales. En este periodo se advierte que la concurrencia por obligación constitucional se produce en el 30,5% de los casos; la concurrencia por requerimiento del Congreso en el 42,4%; Y la participación por propia voluntad de miembros del gabinete en el 27,1%. Hay una ligera mayor frecuencia de casos en los que los ministros son convocados a sesiones del Congreso por requerimiento e iniciativa del Congreso, en comparación con las ocasiones en las que deben hacerlo para cumplir con un mandato constitucional o legal, o cuando lo hacen a su sola iniciativa.

Según el cuadro anterior, puede observarse que el punto más alto en la atención que presta el Gobierno al Congreso se da en el tercer año del régimen (en el periodo que alcanza de julio del 2001, hasta diciembre del 2004), en el que se percibe un 31% de la concentración de la atención en los 42 primeros meses del periodo 2001-2006.

Puede observarse, igualmente, que en una misma ocasión concurre más de un ministro. Con la finalidad de encontrar las áreas que indican el mayor interés y concernimiento del Congreso, resulta útil presentar la cantidad de ocasiones en que cada sector ha participado en las sesiones del Pleno o de la Comisión Permanente, de manera que sea posible conseguir una apreciación de la demanda de cuentas y control del Congreso respecto del Poder Ejecutivo.

CUADRO N° 2 DISTRIBUCIÓN DE LA ATENCIÓN y CONCURRENCIA DE LOS MINISTERIOS AL CONGRESO Periodo del 2001 al 2004 (Primera Legislatura)

PARTICIPACIÓN DE LOS MINISTERIOS EN LA CONCURRENCIA A SESIONES DEL PLENO O DE LA COMISIÓN PERMANENTE	CANTIDAD DE	CANTIDAD DE	CANTIDAD DE	SECTOR	INTERPELACIONES	INVITACIONES	CONCURRENCIAS POR	MINISTRO A	MINISTROS	VOLUNTARIAS	TOTAL DE
MINISTROS	PCM	I	I								
	5	7									17,5%
INTERIOR	2	4	2		8						20%
ECONOMÍA	-	2	5	7							17,5
DEFENSA	I	I	2	4							10%
RR.EE.	-	2	2	4							10%
JUSTICIA	I	-	I	2							5%
TRANSPORTES	I	I	-	2							5%
SALUD	-	2	-	2							5%
AGRICULTURA	-	I	-	1							2,5%
EDUCACIÓN	-	I	-	1							2,5%
COMERCIO EXTERIOR	-	-	I	1							2,5%
MIN. PRESIDENCIA	-	-	I	I							2,5%
TOTAL	6	15	19	40							37,5%

Fuente: Departamento de Actas del Congreso de la República.

Elaboración propia.

Teniendo en consideración que tanto la interpelación como la invitación son instancias de concurrencia obligada al Congreso, llama la atención que frente a cada una de estas dos modalidades de requerimiento para concurrencia al Congreso sea mayor la proporción de ocasiones en la que los ministros optan por acudir al Congreso a su arbitrio y voluntad. Como se ve, el 46,5% de oportunidades en las que los ministros concurren al Congreso lo hacen porque ellos lo deciden. Un 15% de las veces lo hacen como consecuencia de una interpelación, y 37,5% como resultado de una invitación aprobada por el Congreso. Estas proporciones indican que el manejo y administración de la concurrencia afirma la preeminencia del Gobierno respecto de la voluntad del Congreso y, simultáneamente, la preeminencia de la voluntad de la alianza mayoritaria en el Congreso que, finalmente, respalda las estrategias del Gobierno en su relación con el Congreso. Los ministros concurren más porque deciden que quieren hacerlo, cuando quieren hacerlo, que porque haya voluntad y poder suficiente en el Congreso, como institución, de lograr que concurren a su discreción y juicio. Es un rasgo en el que no debe pasar desapercibido el hecho de que el Congreso no exhibe una situación preeminente respecto del Gobierno. Por el contrario, se supedita a la voluntad y capacidad de negociación y tácticas del Gobierno.

De otro lado se observa que los sectores que mayor atención efectiva reciben en el Congreso son los del Interior, las políticas generales a cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros, y los asuntos sobre que tiene competencia el Ministerio de Economía. Entre los tres sectores se acumula el 55% de las sesiones que se dedican en el Pleno o Comisión Permanente del Congreso a recibir los comentarios o explicaciones de los titulares de estos despachos. En un segundo segmento aparecen los sectores de Defensa y de Relaciones Exteriores, con un total de 20%. Entre las dos primeras categorías se concentra el 75% de la dedicación de la función de control del Congreso. En un último grupo aparecen Justicia, Transportes, Salud, Agricultura, Educación, Comercio Exterior, y el ahora desaparecido Ministerio de la Presidencia, con el 25%. A los demás ministerios no correspondió atención efectiva en el Pleno ni en la Comisión Permanente mediante los canales a que se refiere el cuadro precedente.

Las proporciones advertidas dejan ver que los dos temas principales de control atendidos por estos medios en el Congreso han sido los del orden y seguridad internos, y la economía nacional. Los sectores propiamente sociales, entre los que podría incluirse Trabajo, Salud, o Educación, no han merecido gravitación tan significativa.

Tampoco lo han sido los sectores Agricultura o Transportes. Los datos parecerían indicar lo neurálgico que resulta para la representación del pueblo el orden, la seguridad y la economía. Se apuntan como temas de segunda prioridad los de defensa nacional y de relaciones exteriores. En buena cuenta la esencia de la agenda de control parlamentario, vista a través de los canales procesales que comentamos, son temas de seguridad, de economía, de defensa y de relaciones exteriores. La agenda está marcada por temas básicos

de una problemática estatal alrededor de la convivencia interna y externa, y de la definición de políticas económicas y financieras.

La atención efectiva equivale a las ocasiones u oportunidades en las que se da la presencia de los titulares de los ministerios en una sesión del Pleno o de la Comisión Permanente. No significa que el logro, desde la perspectiva del Congreso, haya sido suficiente ni satisfactorio. La atención efectiva equivale a la demanda que el Gobierno satisface, pero no necesariamente a las expectativas totales del Congreso respecto del Gobierno. Para determinar la efectividad de la voluntad y propósito de control del Congreso es necesario comparar o contrastar la atención efectiva de la demanda, con el total de las solicitudes en el que se incluye el segmento que no encuentra el apoyo mayoritario exigido por el Reglamento para lograr la presencia de los ministros en cualquiera de los canales a que se refiere el artículo 129.

CUADRO N° 3 RELACIÓN DE ATENCIÓN A LA DEMANDA DE CONCURRENCIA DE MINISTROS AL CONGRESO POR INVITACIÓN

PROPORCIÓN DE REQUERIMIENTOS DE INVITACIONES ATENDIDAS PERIODO DE 2001 AL 2004 (PRIMERA LEGISLATURA) SECTOR 2001-2002 2002-2003 2003-2004 004-2005 OTAL Pedido Atendido Pedido Atendido PCM 20(1(),3"/~ - 17(12,2"/~ - 12(12,4"/~ 1 4(10,5%) 53(11,3"/~ 1(6,7%) Interior 21(10,8"/~ 2 23(16,5"/~ 1 12(12,4"/~ 1 11X26,3"/0) - 66(14,10/~ 4(26,7%) Economía 23(11,9"/0) 1 15(10,8"/0) 1 7(7,2%) 4(10,5%) 49(10,5%) 2(13,3%) RR.EE. 17(8,8%) - 12(8,6%) 7(7,2%) 1 4(10,5%) 1 40(8,5%) 2(13,3%) Defensa 17(8,8%) 13(9,4%) 1 4(4,1%) 3(7,9%) 37(7,9%) 1(6,7%) Transportes 18(9,3%) 12(8,6%) 1 7(7,2%) - 37(7,9%) 1(6,7%) Educación 13(6,7%) - 9(6,5%) - 4(4,1%) 1 2(5,3%) 28(6%) 1(6,7%) Agricultura 7(3,6%) 9(6,5%) 7(7,2%) 3(7,9%) 1 26(5,6%) 1(6,7%) Salud 11(5,7%) 1 9(6,5%) - 3(3,1%) 2(5,3%) 1 25(5,3%) 2(13,3%) Justicia 18(9,3%) 4(2,9%) 2(2,1%) - 24(5,1%) Energía 5(2,6%) - 4(2,9%) 8(8,2%) - 3(7,9%) 20(4,3%) Trabajo 8(4,1%) - 2(1,4%) 6(6,2%) 1(2,6%) 17(3,6%) Vivienda - 5(3,6%) 6(6,2%) - 11(2,4%) Mujer 7(3,6%) 1(0,7%) - 2(2,1%) 10(2,1%) Presidencia 8(4,1%) - - 8(1,7%) Producción - - 3(2,2%) 5(5,2%) - 8(1,7%) Comercio Exterior 1(0,7%) 5(5,2%) - 2(5,3%) - 8(1,7%) Industria 1(0,5%) - - 1(0,2%) TOTAL 19(41,5"/~ 4 ~,1"/~ 4 ~1"/~ 4 38(8,1%) 3 468 15

Fuente: Departamentos de Trámite Documentario y Estadística Procesal, y de Actas del Congreso de la República, Elaboración propia,

La observación más notable del cuadro de atención de requerimientos de concurrencia por invitación del Congreso o de la Comisión Permanente es que la atención llega solo al 3,21 % del total de invitaciones propuestas mediante mociones de orden del día. Se trata de una relación desproporcionada entre la atención y la expectativa. O la expectativa es una manifestación de demandas infladas injustificadamente, o la escasa atención expresa indiferencia ante los requerimientos de información y diálogo de los representantes al Congreso.

Otro aspecto notable es que no obstante la demanda, hay ministros que no han concurrido al Congreso en ningún caso, como consecuencia de una invitación. Son los casos de los ministros de Justicia, de la Presidencia, de Trabajo, de Energía, de Industria, de la Mujer, de la Producción, de Comercio Exterior y de Vivienda. De todos estos ministerios habría que distinguir los de Justicia, Comercio Exterior y Presidencia que han concurrido al Congreso voluntariamente y no como resultado formal de la invitación. Ello dejaría en la relación de invitaciones nunca atendidas a los Ministerios del Trabajo, de Energía, de Industria, de la Producción, y de la Mujer.

Entre los datos observables otro que es significativo es que los niveles de requerimiento parecieran disminuir conforme se desarrolla el periodo constitucional, a la par que los niveles de atención se mantienen en los mismos niveles. Hay una curva decreciente de requerimientos que empieza con casi el 42% de invitaciones producidas en el primer año del periodo, que baja a casi el 30% durante el segundo año, disminuye al 21 % en el tercero y se reduce al 8% en el curso de la primera legislatura del periodo 2004-2005 (penúltimo año del periodo quinquenal del Gobierno).

Es destacable igualmente los niveles comparativos de atención efectiva de la demanda de concurrencia en los casos en los que esta se verifica. Si solo son 15 las veces en las que los ministros concurren en el periodo examinado, de un total de 468 requerimientos, que expresa el magro nivel de satisfacción del 3,21 %, este porcentaje tiene diferentes intensidades de atención en la diversidad de ministerios. Es decir, no todos los ministerios responden en el mismo nivel de desproporción entre el requerimiento y su satisfacción. Así como advertimos que hay ministerios que nunca concurren como resultado de una invitación del Congreso, entre los que sí concurren hay algunos ministerios en los que se percibe mayor nivel de sensibilidad sobre la expectativa parlamentaria y otros ministerios en los que habiendo nivel positivo de atención muestran comparativamente menor intensidad que otros.

Cabe por ello detectar hasta tres grupos en el segmento de los ministros que sí atienden efectivamente la demanda de concurrencia. Este segmento es el integrado por la Presidencia del Consejo de Ministros, y los ministerios del Interior, de Defensa, de Economía, de Transportes, de Educación, de Relaciones Exteriores, de Salud, y de Agricultura.

Uno primero y básico en el que es posible advertir que los niveles porcentuales de requerimiento y su atención son similares, tales como los ministerios de Defensa, de Transportes (ambos con 7,9% de requerimiento en la demanda, frente 6,7% de su atención), de Educación (6% de requerimiento, respecto del 6,7% en el total de satisfacción) y de Agricultura (5,6% de requerimiento, frente al 6,7% de atención). En este primer nivel aparecería con un mayor nivel relativo de sensibilidad por la atención de la demanda parlamentaria el ministerio de Agricultura, y los que menor nivel relativo presentarían serían los de Defensa y de Transportes.

En los siguientes dos grupos se advierten los niveles extremos de mayor atención y de menor atención. Los casos más favorables a la atención de la

demanda del Congreso, en consecuencia, aparecerían en primer lugar el Ministerio del Interior, con el nivel más alto de atención de sensibilidad con la demanda del Congreso, con el 26,7% del total de concurrencias de los ministros al Congreso. Esto es, el Ministerio del Interior representa más de la cuarta parte del nivel de atención de la demanda de concurrencias por invitación a miembros del gabinete. Le siguen al Ministerio del Interior, de Salud (atiende porcentualmente al doble del nivel relativo de requerimientos, habida cuenta que la demanda muestra el 5,3%, frente a más del doble nivel relativo de su satisfacción, con el 13,3%), de Relaciones Exteriores (8,5% de demanda, respecto del 13,3% de su atención efectiva), y de Economía (con solo un ligero perceptible nivel de mayor atención efectiva relativa, en el que la demanda se sitúa en el 10,5% y su atención en el 13,3%).

Se advierte pues que en este segundo grupo los ministerios del Interior y de Salud aparecen con los resultados más destacables. El del Interior es el que mayor número absoluto de veces concurre entre todos los ministros, y el de Salud es el que llega a atender proporcionalmente en mayor intensidad la demanda relativa del Congreso. El Ministerio del Interior, de otro lado, es aquel cuya expectativa o requerimiento relativo de concurrencia es el más alto entre todos los ministerios (14% del total de mociones de invitación presentadas).

y el caso menos favorable a los requerimientos del Congreso es el de la Presidencia del Consejo de Ministros, en el que los niveles relativos de distribución de la atención muestran el 6,7% de concurrencias efectivas, frente al 11,3% de requerimientos. El examen de los niveles de requerimiento, sin embargo, permite plantear que, tratándose del segundo nivel relativo más alto de demanda de concurrencia al Congreso, parece que, desde la perspectiva del Congreso, la necesidad de quedar informado sobre el desempeño funcional de la acción del Gobierno le debe ser expresada y solicitada, en principio, al Presidente del Consejo de Ministros.

A fin de tener una comprensión más extensiva del ejercicio y práctica de la función deliberativa e informativa que se desarrolla en el Congreso, es útil tener presente el uso del siguiente canal de interacción, que es la estación de preguntas.

Según el Reglamento del Congreso "por lo menos en una de las sesiones que realice al mes el Pleno, se destinarán hasta dos horas para la estación de preguntas a que se contrae el tercer párrafo del artículo 129 de la Constitución Política". La Constitución de 1993 ha servido para orientar los procesos políticos de tres regímenes, el de 1995 al 2000; el del 2000 que no pasó de diciembre del mismo año, pero que continuó con el régimen de transición hasta julio del 2001; Y el periodo que empieza el 2001 Y termina el 2006. A continuación se muestra las sesiones de preguntas realizadas desde 1995 hasta la Primera Legislatura del 2004, en el que se observa los inicios de la aplicación de este instituto nuevo en el Perú.

CUADRO N° 4 ESTACIÓN DE PREGUNTAS SEGÚN RÉGIMEN Periodo 1995-2004 (Primera Legislatura)

RÉGIMEN FECHA TOTAL /1995-2000 7 diciembre /1995 28 Y 29 marzo y 3 de abril /1995 9 mayo /1996 6 Y J/ junio /1996 5 setiembre /1996 10 octubre /1996 12 2/ noviembre /1996 3 abril /1997 27 Y 28 agosto /1997 29 abril /1998 29 octubre /1998 6 mayo /1999 2000-2001/ 27 abril 2001/ 1 2001-2004 26 setiembre 2001/ 3/ octubre 2001/ J/ abril 2002 /8 marzo 2002 7 24 setiembre 2003 22 octubre 2003 2/ abril 2004 TOTAL 20

Fuente, Departamento de Actas del Congreso de la República.
Elaboración propia.

Considerando que el año legislativo ordinario comprende 9 meses y que en el curso de los 9 años y medio de estos tres regímenes óptimamente debieron realizarse 85 estaciones de preguntas, el total efectivo de 20 estaciones importa el 24% del uso potencial de este procedimiento parlamentario. Es decir, que durante las 19 legislaturas ordinarias solo se han realizado 20 estaciones de preguntas de las 85 esperables, lo cual representa una razón de casi o solo un poco más de una estación de preguntas promedio por legislatura. Por lo tanto, el nivel de cumplimiento y eficacia del Reglamento del Congreso es bajo en este respecto, y llama a interrogarnos sobre la distancia entre la norma y la realidad. ¿A qué se debe el nivel tan básico de uso de este instrumento de obtención de información y explicaciones del Gobierno? Los siguientes cuadros permitirán un mejor acercamiento a esta cuestión.

En cada estación los congresistas tienen la facultad de presentar una pregunta, la misma que puede ser respondida oralmente por el ministro. En el Cuadro N° 5 que sigue permite tener una perspectiva global sobre el uso de este instrumento de interacción entre Congreso y Gobierno, durante el régimen del 2001 hasta la Primera Legislatura del 2004.

CUADRO N° 5 PROPORCIÓN DE PREGUNTAS POR ESTACIÓN DE PREGUNTAS Periodo 2001-2004 (Primera Legislatura)

PERIODO PARLAMENTARIO	FECHA	CANTIDAD DE PREGUNTAS	PERIODO
2001-2002 Primera Legislatura	* 27 setiembre	85	* 31 octubre 82
Segunda Legislatura	* 11 abril	74	Subtotal 241 (51,1%)
PERIODO 2002-2003	Primera Legislatura - Segunda Legislatura	* 18 marzo	36
		Subtotal	36 (7,6%)
PERIODO 2003-2004	Primera Legislatura	* 24 setiembre	56
	* 22 octubre	71	Segunda Legislatura
	* 21 abril	68	Subtotal 195 (41,3%)
PERIODO 2004-2005	Primera Legislatura	- TOTAL 472	

Fuente: Departamento de Despacho Parlamentario del Congreso de la República.
Elaboración propia.

Si se tomara en consideración únicamente las tres alternativas de interacción deliberativa que prevé el artículo 129 de la Constitución, esto es, la concurrencia voluntaria, la invitación y las preguntas, se observa que la mayor proporción en el uso corresponde a la concurrencia que realizan los ministros a su propia iniciativa, que alcanza al 46% (16 concurrencias); el siguiente nivel de uso corresponde a las invitaciones que atienden los ministros a solicitud de los

congresistas, el mismo que alcanza a 34% del total (12 concurrencias); y finalmente la concurrencia de los ministros a la estación de preguntas, que representa el 20% r concurrencias).

Con esta estructura de participación en el uso de estos instrumentos, la incidencia de la estación de preguntas es la menor. Sin embargo, el Cuadro N° 5 indica que existe un número significativo de preguntas en total, el mismo cuyo volumen pareciera tender a decaer o disminuir según decurre el periodo constitucional. Esta tendencia no es firme ni clara, particularmente porque a pesar de que en el primer año el total de preguntas asciende al 51% durante los primeros tres años y medio del periodo 2001-2004, Y en el tercero baja al 43%, el factor discordante es el segundo año, que muestra solo una estación de preguntas en la que se concentró menos del 8% del total del periodo. Este hecho limita la fuerza explicativa de la hipótesis y, por el contrario, lleva a inferir que no hay una tendencia regular y continua al decaimiento.

Pudiera ocurrir, es más, que el uso de la estación de preguntas es errático y que no hay tendencia uniforme. Esta tendencia pudiera confirmarse con la constatación de que durante la Primera Legislatura del cuarto año del periodo, del mismo modo que durante la Primera Legislatura del segundo año, en ninguno de los dos casos se llevó a cabo una estación de preguntas.

Lo que hace aún menos explicable la irregularidad es que durante el segundo año la presidencia del Congreso le correspondió a un miembro del grupo parlamentario Perú Posible (Carlos Ferrero Costa), que es el partido de gobierno, y durante el cuarto año la presidencia la ejerció un representante de los grupos parlamentarios de oposición (Ántero Florez Araoz). Este dato parecería indicar que ni mayoría ni oposición tuvieron que ver como factor propiciatorio del desarrollo de la estación de preguntas.

Si fuera cierta la tesis que sostiene alguna doctrina de que los instrumentos del artículo 129 de la Constitución son procedimientos de control político y, por lo tanto, si en efecto, las preguntas fueran un instrumento que fortaleciera la función de control a cargo de la oposición, sería esperable que el número de estaciones de preguntas aumentara o por lo menos no desapareciera, como ha ocurrido. A menos que se asumiera que la oposición pretendiera favorecer el ejercicio libre y descontrolado del poder por el Gobierno, o que prefiriera no valerse de las oportunidades que el diseño de los procedimientos parlamentarios le ofrece para afirmarse y consolidarse como alternativa de Gobierno, que es parte de la razón de ser de todo grupo político.

Si, por el contrario, se aceptaran las tesis de que los procedimientos reconocidos en el artículo 129 tienen carácter multifuncional, donde la función preeminente y básica que explica su finalidad es el cumplimiento de la función informativa y deliberativa, que es la posición a que me adhiero, ¿cómo explicar el uso incierto de este procedimiento? Un intento que parecería contar con algún valor es que la estación de preguntas ha sido sentida como una creación artificial en el régimen parlamentario peruano. Los argumentos para amparar esta percepción tienen que ver con el origen de su propuesta, la que le correspondió a un constituyente que en base a la experiencia exitosa y a las

virtudes de la estación de preguntas en el Reino Unido, mantuvo la creencia tenaz de que sembrar la institución en el Perú traería como consecuencia mejores niveles de relación deliberativa entre el Congreso y el Gobierno, como un ejercicio cotidiano del diálogo o, incluso, del control político. La práctica de la estación de preguntas no, ha sido lo ordinario que se deseó a iniciativa del constituyente Enrique Chirinos Soto y, por el contrario, se ha cumplido con su práctica a desgano y sin suficiente convicción en el propio Congreso. Pareciera que el desuso relativo fuera síntoma de que se hubiera desestimado su utilidad como mecanismo eficaz de comunicación entre Congreso y Gobierno.

En tanto que en el Parlamento británico el uso y provecho de la famosa question time es incuestionable, destinándose a su uso una hora diaria durante cuatro días a la semana, en donde todos los ministros y viceministros participan de manera ágil y aguda en la absolución de las preguntas y sus réplicas, en el Perú la periodicidad de su uso se reduce a solo siete días en tres años y medio, aunque a diferencia del régimen británico la duración de cada estación es superior a la hora, y la organización de la ocasión en que estas estaciones se llevan a cabo supone igualmente una preparación esmerada de modo que ninguno de los grupos parlamentarios sienta restringidos los derechos que les corresponde respecto del número de preguntas que les corresponde formular.

El trajín, el descontento potencial y la frustración frente al poco éxito y resultados que se logran frente a las altas expectativas que tienen los protagonistas, pareciera que llevara a la sensación más o menos unánimemente compartida de que los incentivos para su uso no son lo suficientemente gratificantes como para que quede instaurada de modo regular en el ejercicio de los debates parlamentarios. Ciertamente es que en el régimen peruano aún no es costumbre la concisión entre los congresistas, que prefieren desarrollar exposiciones de planteamientos largos, por lo que cualquier tiempo que se fijara resultaría corto para quien padece con el recorte de su expansiva voluntad expresiva. Sin embargo, no es menos cierto que tampoco existe práctica ni hábitos similares entre quienes ocupan una cartera ministerial.

Los ministros británicos son todos parlamentarios, lo que los habitúa por práctica al uso de la palabra en tiempos muy breves, en tanto que los ministros peruanos no tienen los niveles de exposición que los ministros británicos al debate parlamentario, en el que se sienten incómodos, además, cuando asisten a sesiones en las que, a diferencia de lo que ocurre en el Reino Unido, el Gobierno tiene en principio el respaldo mayoritario del parlamento en un sistema básicamente bipartidista. La insuficiente comodidad del gabinete en el Congreso de trae la voluntad del Gobierno de sacar partido en una estación de preguntas, a diferencia de las mayores posibilidades que el diseño parlamentario y bipartidista garantiza.

Un examen de la participación de los grupos parlamentarios en la formulación de preguntas permite un acercamiento al interés y valor que cada uno le da a la estación de preguntas. El Cuadro N° 6 muestra la distribución del número de preguntas por cada fracción parlamentaria durante el régimen del 2001, hasta la Primera Legislatura del año 2004-2005, de acuerdo al total de grupos parlamentarios constituidos y reconstituidos en este mismo periodo.

CUADRO N° 6 USO DE LA ESTACIÓN DE PREGUNTAS POR LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS Periodo 2001-2004 (Primera Legislatura)

GRUPO PARLAMENTARIO CANTIDAD DE PREGUNTAS Perú Posible /28 (27.1%) APRA /50 (31.8%) Unidad Nacional 53 (11.2%)
FIM 4/ (8.7%) UPD 35 (7,4%) GPDI /7 (3,6%) Perú Ahora 8 (1.7%)
SAUP /9 (4%) No Agrupados 2/ (4,4%) TOTAL 472

Fuente: Departamento de Despacho Parlamentario del Congreso de la República.

Elaboración propia.

El dato más notable es que entre el APRA y Unidad Nacional se formula el 43% del total de preguntas, y que entre Perú Posible y el Frente Independiente Moralizador llegan a casi el 36%. Los grupos parlamentarios más pequeños suman alrededor del 21 %. Esta distribución parece indicar que la estación de preguntas tiende a ser más usada por los grupos parlamentarios que no conforman la alianza parlamentaria que apoya al Gobierno. Se trataría de una concepción en la que las preguntas son más requeridas por quienes no participan en el Gobierno, y donde los grupos parlamentarios favorables al Gobierno muestran menor interés o avidez en inquirir al Gobierno por información.

Sin embargo, si es así que los grupos parlamentarios no favorables al Gobierno son quienes mayor provecho podrían obtener en la estación de preguntas, ¿por qué precisamente cuando estos mismos grupos tienen la conducción de la Mesa Directiva del Congreso, como ocurre en el periodo 2004-2005, no se organiza mayor número de estaciones de preguntas? Esta pregunta cobra una dimensión más dramática cuando se recuerda que según el artículo 85 del Reglamento del Congreso cada uno de /os congresistas puede formular una pregunta al Gobierno una vez al mes, lo que significa que la norma genera la expectativa de que se organice por lo menos una estación de preguntas por mes (por lo tanto, un total de nueve estaciones de preguntas por cada año legislativo, para un total de 45 estaciones de preguntas para un periodo de cinco años).

¿A qué obedece que la oposición no solo opta por no cumplir con el Reglamento, afectando los derechos de los congresistas además, sino que prefiere no usar de este procedimiento en la dinámica de relaciones con el Gobierno? Nos encontramos nuevamente ante una pregunta previamente formulada. Al parecer la oposición juzga que existen otros procedimientos que le representan mayores ventajas que la estación de preguntas para obtener las metas políticas o institucionales que se fijan. Entonces, ¿en qué consisten las desventajas comparativas de la estación de preguntas, y cómo compensa la oposición su desuso con mayor provecho? Para responder a esta pregunta es preciso examinar la práctica de otras instituciones y procedimientos del derecho y régimen parlamentario peruano que escapan al límite de estos

comentarios, pero cabe anotar que dicho provecho podría derivarse de un uso más intensivo de las facultades de investigación, de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, de los pedidos de informes, de las citaciones e invitaciones a los ministros directamente cursadas por las Comisiones Ordinarias o Especiales, etc.

Un último alcance relativo a la práctica del artículo 129 de la Constitución, que tiene conexión con la participación de otros protagonistas de la interacción, es el nivel de demanda efectiva de los ministros por los congresistas. En el Cuadro N° 7 se consolida la demanda de invitaciones y de preguntas a cada uno de los sectores ministeriales, en el que se muestran las proporciones de interés y de solicitud de información y explicaciones.

Una revisión general de las proporciones en la demanda de información y explicaciones que se requiere al Gobierno deja ver que la mayor demanda es dirigida a la Presidencia del Consejo de Ministros, y a los ministerios de Economía, Transportes, Interior, Educación y Agricultura. Los demás ministerios tienen niveles de demanda inferiores al 5%. Al contrastar los casos en los que el Congreso tiene el propósito de convocar a los ministros para recibir explicaciones o información (sea mediante invitaciones para concurrir al Pleno o a la Comisión Permanente como convocatoria a las estaciones de preguntas), con los casos en los que los propios ministros concurren a su iniciativa al Congreso, se presentan algunos rasgos importantes.

CUADRO N° 7 DEMANDA DE INFORMACIÓN Y EXPLICACIÓN DE LOS MINISTERIOS Periodo 2001-2004 (Primera Legislatura)

SECTOR	CANTIDAD DE DEMANDA	DE TOTAL PREGUNTAS	INVITACIONES
PCM	42 53 195	(30.1%) (11.3%) (20,7%)	Economía 111 49 160 (23.5%) (10.5%) 07%)
Transportes	53 37 90	(11.2%) (7.9%) (9,6%)	Interior 6 66 72 (1.3%) (14,1%) (7,7%)
Educación	24 28 52	(5.1%) (6%) (5,5%)	Agricultura 21 26 47 (4,4%) (5,6%) (5%)
Energía	26 20 46	(5,5%) (4,3%) (4,9%)	Salud 21 25 46 (4,4%) (5,3%) (4,9%)
RREE	5 40 45	(1,1%) (8,5%) (4,8%)	Defensa 7 37 44 (1,5%) (7,9%) (4,7%)
Justicia	7 24 31	(1,5%) (5,1%) (3,3%)	Trabajo 9 17 26 (1,9%) (3,6%) (2,8%)
Vivienda	9 /1 20	(1,9%) (2,4%) (2,1%)	Mujer 9 10 19 (1,9%) (2,1%) (2%)
Presidencia	8 8 16	(1,7%) 0,7%) (1,7%)	Como Exterior 7 8 15 (1,5%) (1,7%) 0,6%)
Producción	2 8 IO	(0,4%) 0,7%) (1,1%)	Industria 3 1 4 (0,6%) (0,2%) (0,4%)
Pesquería	2 - 2	(0,4%) (0,2%)	TOTAL 472 468 940

Fuente: Departamentos de Trámite Documentario y Estadística Procesal. y de Despacho Parlamentario del Congreso de la República. Elaboración propia.

CUADRO N° 8 DIFERENCIA ENTRE LA DEMANDA DE INFORMACIÓN Y EXPLICACIÓN I CONCURRENCIA VOLUNTARIA DE LOS MINISTERIOS Periodo 2001-2004 (Primera Legislatura)

SECTOR	DEMANDA	<INDIFERENCIA	DIFERENCIA	%	TOTAL	%			
VOLUNTARIA	% Interior	7,7 20	-12,3	Defensa 4,7 10	-5,3	RR.EE. 4,8 10	-5,2		
Justicia	3,3 5	-1,7	Comercio Exterior	1,6 2,5	-0,9	Presidencia	1,7 2,5	-0,8	
Economía	17 17,5	-0,5	Salud	4,9 5	-0,1	Pesquería	0,2 - 0,2	Industria	0,4 - 0,4

Producción I.I - 1,1 Mujer 2 - 2 Vivienda 2,1 - 2,1 Agricultura 5 2,5 2,5 Trabajo 2,8 - 2,8 Educación 5,5 2,5 3 PCM 20,7 17,5 3,2 Transportes 9,6 5 4,6 Energía 4,9 - 4,9 PROMEDIO 5.3% 8.3% -3%

Fuente: Departamentos de Actas; Trámite/Documentario y Estadística Procesal; y de Despacho Parlamentario del Congreso de la República. Elaboración propia.

En la columna denominada demanda total aparecen los porcentajes que se consigna en el Cuadro N° 7, en la columna de totales, la misma que suma las preguntas y las invitaciones concretadas. En la columna denominada concurrencia voluntaria se muestra los porcentajes de los totales de concurrencias voluntarias por ministerio previamente consignados en el Cuadro N° 2. La comparación de los porcentajes entre ambas columnas (demanda total, y concurrencia voluntaria) deja ver la diferencia de signo positivo o negativo entre la demanda de información y la concurrencia voluntaria.

La diferencia es un indicador que expresa la iniciativa relativa de cada ministerio respecto de la demanda. En el Cuadro N° 8 aparecen ordenados los ministerios según su aspecto o signo negativo o positivo. Por sí mismo el signo no revela mayor ni menor iniciativa del Gobierno.

Para determinar el mayor o menor nivel de iniciativa del Gobierno debe compararse ambas variables a partir de la manifestación de signo positivo en la iniciativa de concurrencia voluntaria del Gobierno. Por lo tanto, la ausencia de concurrencia excluye la iniciativa del Gobierno y no sirve para establecer comparación respecto de la misma. Al excluir los casos en los que no hay concurrencia voluntaria de ministros deben quedar de lado los casos de los ministerios de Pesquería, Industria, Producción, Mujer, Vivienda, Trabajo y Energía, que si bien indican una demanda respecto de la cual estos ministerios son indiferentes con su iniciativa, todos tienen un nivel o grado de interés en el Gobierno que, a partir de la observación de estas dos variables, es nulo.

En la columna diferencia, por lo tanto, es posible constatar la presencia de dos clases o grupos de ministerios. Una primera clase, en la que aparecen los ministerios que mayor iniciativa muestran frente a la expectativa positiva del Congreso. Estos son los ministerios del Interior; Defensa; Relaciones Exteriores; Justicia; Comercio Exterior; Presidencia; y de Economía. En la clase opuesta, en la que la iniciativa del Gobierno es insuficiente respecto de la demanda de información y explicación, se incluyen los ministerios de Agricultura; Educación; la Presidencia del Consejo de Ministros; y Transportes.

Si bien es posible encontrar amplio material para análisis a partir de estos datos, lo más destacable es que queda muestra clara que sectores como Interior, Defensa, Relaciones Exteriores, y Justicia, vinculados a la seguridad exterior e interior, así como al orden y aplicación del sistema legal, son los que mayor concernimiento tienen en el proceso de comunicación con el Congreso. En el orden inverso el hecho que más llama la atención es el tratamiento relativamente retrasado y lento de la demanda por las diversas Presidencias del Consejo de Ministros, habida cuenta que los requerimientos del Congreso

son tan altos que no obstante el alto número relativo de concurrencias voluntarias de sus titulares la magnitud de su iniciativa no llega a satisfacer positivamente el pedido de información y explicaciones que tiene el Congreso.

Una visión global en la comparación entre demanda de información y explicaciones del Congreso e iniciativa del Gobierno, muestra igualmente una tendencia poco ambigua. Al unir los porcentajes de demanda de concurrencia al Congreso expresada a través del porcentaje de las mociones de invitación a los ministros aprobadas y de las preguntas formuladas a los ministerios para ser absueltas en la estación de preguntas, frente y respecto de las concurrencias voluntarias de los ministros al Congreso para ofrecer informes, compartir apreciaciones sobre políticas públicas, o presentar explicaciones o argumentos sobre sucesos de interés nacional, resulta un balance negativo. El signo negativo indica que la iniciativa del Gobierno en dar información y explicaciones tiene mayor importancia que la expresión de demanda de una y otras por el Congreso. Cuanto más alto el signo mayor iniciativa global del Gobierno.

Este balance negativo global expresa pues que el interés del Gobierno en concurrir es superior a la voluntad del Congreso de demandar información y explicaciones. En tanto que el promedio porcentual de la demanda de información y explicaciones a los ministros llega a 5,3%, el promedio porcentual de concurrencia voluntaria del gabinete llega al 8,3%. Se trata de una relación relativamente favorable para el Gobierno y deficitaria para el Congreso, que parece revelar que, globalmente, la iniciativa en la atención a las necesidades de información y la voluntad de comunicación la tuviera el Gobierno, quedando también relativamente a la zaga, a nivel global, los requerimientos del Congreso.

8. Sentido y evaluación del ejercicio de la función informativa y deliberativa

De la constatación de la baja correspondencia y los escasos niveles de atención de la expectativa de información y diálogo que concretan el uso de los mecanismos, procedimientos y canales de interacción entre el Congreso y el Gobierno surge la interrogante sobre la causa y responsabilidad de este estado de cosas. ¿Por qué la baja correspondencia a los requerimientos de diálogo e información? Toda vez que los procedimientos parlamentarios son solo instrumentos hábiles para el uso de los agentes en el escenario parlamentario, ¿qué actores impiden que este diálogo e intercambio de argumentos e información se haga efectivo? Para incorporar y no segregar es necesaria la actitud de escucha. Y esta comienza cuando se siente que la disponibilidad para abrir el diálogo es sincera, y que no oculta la recriminación ni alguna otra forma doblada o simulada de sabotear el diálogo. ¿Qué hay detrás de la relativa desatención a la función deliberativa del Congreso?

En el Congreso las decisiones se toman por votos y por acuerdos de y entre los representantes. No son resultado automático de las normas ni de los procedimientos. Las normas y procedimientos se hacen operativas y expresan de manera directa la voluntad de quienes las operan. Los operadores de las normas constitucionales son los representantes. Los representantes son

elegidos directamente por la colectividad y no tienen curules ni actúan desvinculados de la voluntad electoral. Un primer intento de respuesta a la pregunta sobre la causa y la responsabilidad por la asimétrica correspondencia entre demanda y atención efectiva es que quienes limitan esta correspondencia lo hacen en nombre de la correlación de fuerzas que el propio electorado prefirió colectivamente. Es una consecuencia de la agregación de preferencias individualmente sufragadas por la ciudadanía. El pueblo vota por las fracciones políticas y ellas se expresan en los niveles proporcionales de escaños que resultan de la mayoría de votos con los que cuenta cada uno de los grupos parlamentarios.

Pero, ¿vota el pueblo por determinada visión de una sociedad política dialogante, o por determinado concepto sobre el valor de la argumentación y reflexión en las relaciones de poder entre preferencias sobre políticas públicas? Obviamente esa no es la pregunta que se le formula a la República al momento en que concurre a votar. Los ciudadanos expresan su preferencia por un representante, no por una idea ni por un programa explícito. El voto no es un voto por una visión reflexiva del mundo, ni por una concepción ideológica sobre las políticas públicas o de Estado. No obstante, la elección de representantes concretará la visión que ellos mismos tienen. Su comportamiento parlamentario hará efectiva la cultura política con la que postularon. Su visión del diálogo y de la reflexión, el concepto que tengan sobre la importancia de tomar decisiones colectivas a partir de mínimos de información compartida, serán finalmente las que habrá elegido el pueblo en el sufragio. Pero la elección de la preferencia electoral del ciudadano no se toma conscientemente sobre la visión, modelo o concepto que resulte de la cultura reflexiva de los candidatos por los que opta.

La teoría de la elección racional, en tanto método operativo de la metafísica utilitaria que concibe al hombre como maximizador de beneficios, concibe al individuo como un decisor racional a partir de ventajas, incentivos y beneficios que prefiere, sobre las desventajas y costos que le representa su decisión. Una concepción como esta supone que el elector toma decisiones conscientes y racionales, a partir de datos e información que se le alcanza o que se preocupa de obtener. Sin embargo, el psicoanálisis, como disciplina que estudia el comportamiento humano teniendo en consideración la realidad del inconsciente y del mundo menos manejable de los afectos, de las emociones y de los impulsos, dirá que la elección humana no es ni lo consciente, voluntaria ni racional que creemos que es. Es posible en consecuencia que exista un ámbito en la esfera de las decisiones humanas que no es el de los procesos estrictamente voluntarios en las elecciones adoptadas. Debe reconocerse un espacio efectivo a la influencia de aspectos no conscientes, el mismo que lleva a los electores a expresar sus preferencias más allá de los mensajes contenidos en la oferta de los candidatos, sus programas o las ideas que dicen tener sobre la diversidad de temáticas públicas.

Por lo tanto, más allá del concepto de los electores sobre el valor del diálogo, la transparencia, el respeto a la diversidad y la diferencia, el reconocimiento plural del derecho de las minorías, etc., es un hecho que el acto colectivo de elección de los representantes tiene relación directa con un modelo de acción comunicativa. Esto es, la proclamación de un candidato trae como consecuencia el triunfo de un concepto determinado sobre la importancia de la

deliberación, la reflexión y el consenso entre la pluralidad de actores presentes en el Congreso como representantes de la República. El nexo entre el voto agregado colectivamente y la forma en que se hace efectivo un tipo de sociedad política más o menos reflexiva y deliberante, es un nexo estrecho e innegable. El resultado colectivo no es producto del azar. Se llega a él ya sea como resultado de un acto consciente de previsión que agrega las preferencias individuales conforme a las reglas electorales, o como una consecuencia no conscientemente prevista ni deseada, pero igualmente previsible, involuntariamente inherente a cada una de las preferencias expresadas en el acto de votación.

Por eso, a la pregunta sobre la baja correspondencia a los requerimientos de diálogo e información, la respuesta es que lo alto o bajo de la atención a la importancia de la comunicación, del diálogo, a la relevancia de la diferencia y de la pluralidad, es resultado de la combinación de una diversidad de factores. El más periférico de los cuales es obviamente los grupos parlamentarios en los que se agrupan quienes son elegidos para representar a la colectividad. Lo son igualmente los integrantes del equipo ministerial y el propio Presidente de la República que como jefe de Gobierno fija las políticas públicas del Estado. Lo son también quienes en su calidad de observadores son responsables por la transmisión de información sobre el desenvolvimiento de los incidentes en el Congreso, o en su condición de formadores de opinión aportan criterios, comentarios o críticas para que el público se forme una opinión menos circunscrita del quehacer parlamentario. Pero lo son también quienes, como electores, señalan sus preferencias, consciente o inconscientemente, voluntaria o irreflexivamente, respecto del equipo humano que tendrá la responsabilidad de representarlos, y quienes, además, como consumidores de información, de críticas y de comentarios, seleccionan los criterios que los llevará a clasificar mejor y más analítica y reflexivamente la información, críticas y comentarios que los medios de comunicación y los analistas ofertan en el mercado de opinión para los ciudadanos que tengan la disposición de escucharlos, leerlos o recibirlos.

La República no es ajena a la responsabilidad derivada de la conducta de los representantes. Existe un coeficiente explícito de responsabilidad de la comunidad en el tipo de acción corporativa de los congresistas. El éxito y descontento derivables de la acción de los congresistas está conectado con quienes ubican a los representantes en el Congreso. Lamentablemente el análisis de comentaristas más deslumbrados por impactar en la opinión pública no ha dudado en desvalorar el papel de las instituciones políticas caricaturizando con fines catárticos el desempeño de gobernantes y representantes, a quienes se inviste con las características del chivo expiatorio, entre otras razones con la finalidad de proyectar en terceros expuestos públicamente los propios déficit y frustraciones que la impotencia por la insuficiente o negada obtención de logros personales prontos y fáciles genera en la vida interior de cada uno.

Si bien el Congreso tiene sus propias responsabilidades, una comprensión equitativa e imparcial de su naturaleza y desempeño obliga a exponer y a denunciar el sesgo que marca respecto de su visión como poco menos que una

cueva de alimañas, de cínicos, oportunistas, corruptos o de sátiros. En un mercado que pretende dotar de mayor sentido a su vida a partir de los escándalos en la intimidad de la farándula, concuerda apropiadamente el tratamiento de la actividad parlamentaria como el teatro de la bajeza humana. El recurso a técnicas propias del drama por una prensa inescrupulosa, que en muchos casos la intelectualidad que acude a examinar en los medios de comunicación no se atreve a enfrentar y menos aún a corregir, deben ser parte del diagnóstico respecto a los éxitos o fracasos del Congreso.

El énfasis en los rasgos de la imperfección de los representantes permite olvidar con demasiada, con excesiva facilidad, que esos mismos rasgos nos son propios a todos. Esto tendemos a olvidarlo cuando podemos ver fuera de nuestro mundo interior a quien caracteriza la misma naturaleza que no nos atrevemos a exhibir ni menos reconocer públicamente. Es más sencillo y simple adjudicar culpas a terceros que examinar qué es lo que de cada uno se filtró al momento de definir nuestras opciones electorales.

Por esta misma razón tenemos derecho a exigir una visión menos sesgada de periodistas y analistas, que honre y preste la debida atención a los logros que pudieran no resultar ventajosos como medio para el posicionamiento mediático ni las ventas de preferencias en el marketing, pero que no por ello presentarían con mayor justicia el desempeño y logros de una institución del Estado. Es más que oportuno abandonar la táctica que usan quienes se rigen por la política del descreimiento, de la ironía y de la instigación para vender información a un público fácil, morboso y ávido de intriga y chisme que necesita escuchar cómo los demás hacen el mal para olvidar o minimizar el propio mal que cada uno causa. Hacer justicia a los actos y logros efectivos del Congreso, así no conformen un escenario impresionante que convoque públicamente al espectáculo ni reditúe atención directa e inmediata, serviría innegablemente para adecentar y elevar los niveles de la vida pública de la comunidad en general, y permitirían una comprensión más justa de la experiencia política nacional en particular. Pero esta tarea empieza por aprender a consumir mejor productos mediáticos de calidad y a sancionar con la sordera de la indiferencia los escasos estándares de una cultura pública que levanta antes el vicio que la virtud privada de los actores de nuestra política. Sean representantes, analistas o periodistas.

Vista la situación de los niveles de atención a la demanda de información y deliberación expresada en el Congreso, los actores que limitan o impiden que el diálogo e intercambio de argumentos se haga efectivo son los miembros del gabinete y los propios representantes, de mayoría y de oposición, que priorizan, programan o calendarizan las diversas materias a debatir en el limitado tiempo de que dispone el Congreso durante las legislaturas. Si no hay más atención a modalidades deliberativas de intercambio de información y argumentos entre Congreso y Gobierno como las que prevé el artículo 129 de la Constitución, ello ocurre porque se prefieren otras modalidades de acción y de intercambio entre Gobierno y Congreso, y entre mayoría y oposición. Y los resultados de estas preferencias y prioridades no son tampoco ajenas a la agregación colectiva de opciones por las que sufragó la comunidad en las elecciones generales. Quienes deciden lo hacen en un marco

sobredeterminado por la propia idiosincrasia y cultura política de los electores que envían al Congreso a quienes describen y expresan el universo de sus calidades humanas y el propio mundo de afectos desde los que se comprende y explica el poder.

Otro aspecto saltante que se deriva de los datos mostrados en la estadística del uso de estos instrumentos de la democracia deliberativa parlamentaria, y que merece una reflexión especial, es la identificación del principal proveedor de información y explicaciones en nombre del Gobierno. El 30% de las 472 preguntas formuladas en el periodo 2001- 2004 son dirigidas al Presidente del Consejo de Ministros. Sumada la demanda de preguntas formuladas a las invitaciones, igualmente, el Presidente del Consejo de Ministros es identificado como la principal fuente y el principal responsable ante el Congreso con el 21 % del total de 940 requerimientos en estos dos tipos de canales comunicativos.

De otro lado, se muestra que el segundo nivel más alto de mociones de invitación por requerimiento de información a través de los petitorios de concurrencia en el Pleno y la Comisión Permanente es a la Presidencia del Consejo de Ministros y que, a diferencia del mejor nivel de atención del Ministerio del Interior, que es del que mayor demanda existe y que relativa y proporcionalmente atiende mejor que el Presidente del Consejo de Ministros, es uno de los despachos que menos índice de cumplimiento exhibe. La expectativa de información, diálogo y expectativa de argumentación con el Presidente del Consejo de Ministros, como conductor del gabinete ante el Congreso, podría indicar que existe el entendimiento de que el responsable del gobierno y de las políticas generales que ejecuta el gabinete a través de los diversos sectores es el Presidente del Consejo de Ministros.

Este tipo de entendimiento sería precisamente uno de los puntos neurálgicos en las ineficiencias del régimen político peruano, caracterizado por la participación del Congreso en la conformación del gabinete a través de un voto de investidura (expresado como el incumplimiento de una condición resolutive que perfecciona la validez de la designación realizada por el Presidente de la República y la juramentación al cargo que habilita a los ministros al desempeño efectivo de funciones, sujetos a que no reciban la confianza del Congreso durante el debate de investidura), así como en la destitución del propio gabinete. Precisamente porque existe la responsabilidad ministerial del gabinete ante el Congreso' es que se demanda la presencia ante él para obtener información y explicaciones sobre el manejo de políticas y medidas públicas concretas.

Sin embargo, toda vez que nuestra Constitución y nuestra práctica política nos muestra que es el Presidente de la República el que gobierna y dirige de modo efectivo en el país, pero a la vez no es procesal, institucional ni constitucionalmente posible que el Congreso se entienda con el interlocutor responsable del manejo efectivo del país, sino con sus intermediarios. De ahí que no importe cuántas veces se pida cuentas o se exija responsabilidades, nunca le será posible al Congreso realizar una acción eficaz de control sobre la definición de las políticas públicas ni su modificación.

El único modo en el que el Congreso tendría poder efectivo respecto de las políticas públicas, su definición o la corrección de su práctica, sería que el interlocutor a quien pide cuentas es efectivamente el titular real de las políticas que se definen y llevan a la práctica. Ese interlocutor es el Presidente de la República, que es jefe de Gobierno además de jefe de Estado. Pero el Presidente de la República es irremovible e insustituible por razón de las responsabilidades políticas que le correspondiera.

No es necesaria la confianza del Congreso para su reconocimiento como jefe de Gobierno. Él es jefe de Gobierno nato por la sola razón de su elección popular. Por lo tanto, en la práctica únicamente por elección popular cabría su remoción como jefe de Gobierno. Y esta vía no está constitucionalmente reconocida. No es una opción políticamente posible ni jurídicamente válida.

Al Congreso, en el entre tanto, solo le queda el papel de actor de una obra de política ficción. Las relaciones políticas mediante las cuales se exige y se da cuenta al Congreso son parte de un juego de imputaciones y representaciones básicamente analíticas, mentales y virtuales, propias de la realidad ficcional del universo normativo, que ocultan o simulan la libertad absoluta en la que queda habilitado para actuar un Presidente de la República que puede cambiar a los actores de su libreto a discreción sin que se inmute su capacidad real de decidir lo que le parezca en su calidad de jefe real e insustituible del Gobierno. Se trata, como se ve, de la representación de una realidad teatral. No son los actores reales los que dialogan y se comunican. El Congreso está expuesto a dialogar con quienes tienen la misión de escudar (blindar, o acorazar, según las expresiones de uso recurrido en la práctica parlamentaria reciente) a quien debe quedar libre de control y responsabilidad.

Vistas así las cosas, el Congreso no puede ganar nunca en el escenario político.

Su acción se da solo en el espacio de la formalidad y del simulacro constitucional.

Dialoga y se enfrenta con criaturas políticamente incorpóreas e insibles. Los ministros son por principio y en último término los fantasmas que representan una trama destinada a dejar incólume el núcleo de poder del Presidente de la República. Es la ficción constitucional que hace del Perú una monarquía política con el traje de un régimen político en el que debe contentarse al Congreso con el placebo de una responsabilidad política indefinida e infinitamente inexigible. El Congreso no puede ser eficaz porque el régimen le asigna un disfraz que ridiculiza su capacidad real de acción política. Reclama responsabilidad a apariciones y fantasmas de un poder que nunca aparece ni da cuenta real de sus actos.

y en este juego de simulaciones y simulacros uno de los principales perdedores es la colectividad, que carece de la visión de la realidad indispensable para ver las cosas como son, y para no seguir incidencias que ocurren únicamente en el plano formal de las representaciones mentales e imputaciones jurídicas, ocultando y perdiendo de vista que el ejercicio material del poder no puede en efecto llegar a ser funcionalmente controlado por el Congreso en el actual tipo de régimen de Gobierno que norma el universo político. En la monarquía peruana el Congreso se resigna al papel institucional de quien valida y sustenta

constitucionalmente la libertad de quien puede actuar como le venga en gana, siempre y cuando cuente con la capacidad histriónica necesaria para no lucir el poder real que tiene, y para aparentar los decoros de una civilidad que esconde y en la que está ausente la sinceridad del uso efectivamente descontrolado del poder.

Para que el régimen político peruano se desvista del simulacro el único camino posible es el de corregir el diseño para franquear la realidad. O se reconoce al Presidente del Consejo de Ministros como jefe de Gobierno, quitándole este atributo al Presidente de la República, o se elimina definitivamente y por completo el régimen de responsabilidad política y fiduciaria del gabinete ante el Congreso porque su eficacia es pírrica. Lo que corresponde es el sinceramiento. O pierde poder el Presidente de la República eliminándose los núcleos de ocultamiento y de simulación que lo llevan a escudarse en la ficción de la responsabilidad ministerial, y por lo tanto dándole ese mismo poder efectivo al Presidente del Consejo de Ministros y su gabinete; o, inversamente, se expresa abiertamente la realidad de que el gabinete en realidad no puede dar cuenta de nada ante el Congreso.

Si el Congreso sigue contentándose con las ineficacias de la política gestual, cada vez se hace más débil e innecesario. Si prefiere mantener las impotencias con las que está preñado su rol en el actual diseño constitucional seguirá sobreviviendo parasitariamente en un mundo de papel y de formalidades incorpóreas. Es preciso que el Congreso no se entienda con los dobles que disimulan con su presencia el poder del que ellos carecen, reconociendo que ese poder es en realidad del Presidente de la República y que no solamente no lo puede compartir con él el Congreso, sino por el que tampoco puede dar cuenta ni ser responsable el Presidente de la República ante el Congreso; o, inversamente, que se quite ese mismo poder al Presidente de la República para que lo use y se responsabilice por su uso el Presidente del Consejo de Ministros como jefe de Gobierno ante el Congreso. Para que las instituciones sean fuertes es preciso que sean eficaces. El Congreso no es eficaz porque insiste en mantener un estado de apariencias fantasmales en el que su voluntad de controlar el poder está mal enfocada. Se contenta con una cuota de apariencias que luego lo sume en una posición pusilánime desde la que no resulta difícil hacerlo objeto de enojos o de burlas de la farándula.

Para que las instituciones afirmen un Estado y una sociedad dignos y fuertes es necesario dejar el mundo de las apariencias y de las fantasías adolescentes y hacernos cargo de las realidades. La madurez política supone el reconocimiento del principio de realidad. Para que el Congreso sea en efecto un órgano con poder real y auténtico debe poderse entender, sin ficciones ni simulacros, con quien decide efectivamente, y no con su doble. O de lo contrario, si prefiere evitar la política de la coordinación, del consenso y de la negociación que caracteriza a los regímenes en los que el Presidente del Consejo de Ministros es el jefe de Gobierno, optando en vez por una mayor independencia y separación funcional entre los órganos del Estado, lo que corresponde es que quede establecido con toda transparencia que en nuestra República queremos dejar instalada esa forma monárquica y rígida de Gobierno secular precromwelliano que es la del Gobierno presidencial con

separación de poderes. Ambas opciones son válidas. Y ambas harían de nuestro régimen uno más eficaz y menos mentiroso. Las tibiezas del tipo híbrido de régimen ha hecho de nuestro régimen político una superposición kitsch de atributos con los que se pretende armar a parches la interacción ideal entre Congreso y Gobierno.

La dificultad y reto que tienen quienes reciben el encargo de manejar las políticas constitucionales de la República no es sencillo. La dificultad mayor es la inmensidad aplastante de una visión histórica arterioesclerotizada de los procesos y de los objetivos políticos del Perú. En nombre de las competencias históricas y de los cotos y trincheras que básicamente por pereza, por comodidad, o por complacencia, se repiten históricamente, se prefiere mantener esencialmente intacto un régimen ambiguo e incierto de impostaciones híbridas y de atribuciones desordenadamente superpuestas. Un régimen en el que existe una simetría formal y aparente de poder entre el Congreso y el Presidente de la República, pero en el que en la vía de los hechos el Congreso aparece, si no en el rol del personaje hamletiano, incapaz de tomar la decisión que defina la conducción de su destino, en ese otro rol bufonesco de la zarzuela desde el que todo lo que le queda, en el papel opaco que desempeña, es actuar para ganar el flaco favor e indulgencias de un público que espera de él sorna, risa y lástima.

La costumbre y la historia son en este caso, indebidamente, nuestro más grande lastre.

Desde el inicio de la República nos debatimos entre la monarquía y la República parlamentaria. Se re editan las viejas polémicas que aparecen con la ruptura de la tradición y la emergencia de la modernidad y de la visión secular de la política. Las tempranas Constituciones de 1828 y de 1834 son ya testimonio de la voluntad de minimizar los rasgos monárquicos en nuestra forma de Gobierno. Son testimonio de la tibia e insuficiente voluntad del Congreso de exigir para sí la condición de director de las políticas públicas, a partir del acto de decidir quién es efectivamente el jefe de Gobierno del país. Y son testimonio, a la par, del vicio conceptual, y además moral, que nos condujo a avergonzarnos y a disimular el ejercicio de la autoridad legítima.

Si el Presidente de la República es en realidad la principal autoridad de la comunidad, que no se le retacee un ápice la confianza que le otorgamos y dejemos que dé cuenta del bien y del mal que infiera a la República. Pero al reconocerle esa autoridad, si es así como lo preferimos, nos corresponde también asumir el costo de las ineficiencias en una organización estatal que no obedece a la geometría de los equilibrios artificiales de una mecánica ideal de separación de poderes impracticable en la realidad.

Pero si preferimos que sea el Congreso esa primera autoridad y primer poder del Estado, que sea entonces reconocida esa autoridad, sin falsearla ni mendigarle la atribución de ser quien defina con toda legitimidad y capacidad quién es jefe del Gobierno y quién deja de ser ministro en el gabinete. Y al definir así la jerarquía estatal corresponderá que asumamos paralelamente las consecuencias del pluralismo y de la diferencia que hacen a los regímenes

políticos más frágiles y más ineficientes, como contrapartida por la pérdida relativa de la capacidad de mando y de unidad de dirección política.

El diseño de las instituciones constitucionales es, finalmente, no tanto una tarea de ingeniería sino de cirugía política y moral con la historia y con las actitudes conservadoras de quienes llegan al poder. Las virtudes políticas se exhiben y demuestran, en principio, a partir de la práctica de convicciones que se considera necesario afirmar, en nombre de las cuales, además, se deduce la extirpación de esas otras actitudes, prácticas, conceptos o normas que antes que el engrandecimiento y fortaleza de la comunidad, de sus ciudadanos y de sus líderes, empequeñecen y minimizan su ánimo y coraje político en nombre del miedo al ejercicio pleno de la libertad para tomar decisiones y para hacerse cargo responsablemente de las consecuencias de los propios actos.

DOCTRINA

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ¿Ministros irresponsables? En: "Diálogo con la Jurisprudencia". N° 56. Gaceta Jurídica. Lima, mayo 2003; GARCÍA TOMA, Víctor. Los ministros de Estado. En: " Actualidad Jurídica". N° 2. Gaceta Jurídica.

Lima, febrero 1994; LANDA ARROYO, César. El control parlamentario y la responsabilidad de los ministros. En: "Diálogo con la Jurisprudencia". N° 56. Gaceta Jurídica. Lima, mayo 2003; NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. El ante juicio y la responsabilidad solidaria de los ministros de Estado. En: "Diálogo con la Jurisprudencia". N° 57. Lima, junio 2003.

CAPÍTULO VI

DE LAS RELACIONES CON EL PODER LEGISLATIVO

Artículo 130

Exposición de la política general del gobierno y cuestión de confianza

Dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, el Presidente del Consejo concurre al Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. Plantea al efecto cuestión de confianza.

Si el Congreso no está reunido, el Presidente de la República convoca a legislatura extraordinaria.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 118 ines. 3) y 6), 131;

T.U.O.Rgmo.Congreso: arts. 5, 50, 82;

p.l.n.C.p.: arto 2.2

Carlos Hakansson Nieto

El artículo 130 hace referencia a la investidura del Presidente del Consejo de Ministros, una institución que proviene del modelo parlamentarista⁴⁴⁷. De la lectura de la Constitución y del reglamento parlamentario entendemos que el acto de investidura es ineludible; es decir, si durante el receso parlamentario el Presidente de la República nombra a un nuevo Primer Ministro, se convocará antes una legislatura extraordinaria para que ese acto tenga lugar.

Con relación a la investidura la historia también tiene algo que contamos. En Inglaterra, durante un discurso en 1739, el Primer Ministro Robert Walpole sostuvo que a diferencia de los ministros anteriores su permanencia en el cargo dependía de la aprobación de la Cámara de los Comunes y se propuso obtenerla. En 1783, Lord North, también Primer Ministro, tuvo que presentar su dimisión al Rey Jorge III por haber perdido la mayoría parlamentaria. Desde entonces subsiste la convención constitucional que el debido para Primer Ministro debe ofrecer la garantía parlamentaria de un apoyo para la dirección de un gobierno eficaz.

En suma, la investidura nació como una solución política a un episodio de la historia del parlamentarismo británico⁴⁴⁸. En ese sentido, debemos tener en cuenta que el acto de investidura no proviene del presidencialismo puro sino

⁴⁴⁷ La investidura es una denominación que no aparece en la Constitución sino en el Reglamento del Congreso; véase el artículo 5 del reglamento parlamentario. Véase DELGADO GUEMBES, César. LA investidura: ¿confianza en la política del gobierno, o en el Presidente de la República? En: LANDA, César y FAÚNDEZ, Julio (editores). "Desafíos constitucionales contemporáneos". Pontificia Universidad Católica del Perú-Maestría en Derecho Constitucional/University of Warwiek, School of Law, Lima, 1996, pp. 67-159.

que más bien surge en los moddos parlamentaristas. En dichos moddos, la investidura solo reviste problemas cuando el Gobierno no cuenta con mayoría propia y, a su vez, cuando tampoco se pueden realizar alianzas con otros partidos; es decir, mientras que la dección del Presidente del Consejo de Ministros en la forma de gobierno peruana es una atribución presidencial, en un parlamentarismo no es una decisión discrecional del Jefe de Estado sino que se inscribe bajo el principio de confianza que debe tener el Gobierno con la cámara o cámaras legislativas⁴⁴⁹. La persona designada debe ser alguien que cuente, expresamente, con esta confianza o que se presuma que la tendrá en el futuro inmediato mediante alianzas.

En el Reglamento del Congreso observamos que el acto de investidura del Presidente del Consejo de Ministros consta de cuatro etapas⁴⁵⁰:

- 1) El Primer Ministro entrega una copia de su exposición a cada uno de los parlamentarios.
- 2) Al terminar de leer su programa, el Primer Ministro debe plantear una cuestión de confianza⁴⁵¹.
- 3) Una vez planteada la cuestión de confianza⁴⁵², el reglamento establece que será debatida y votada en la misma sesión o en la siguiente⁴⁵³. El resultado de la votación, firmado por el Presidente del Parlamento y uno de los vicepresidentes, será comunicado por escrito al Jefe de Estado. .
- 4) Si el Pleno extiende la confianza el Primer Ministro quedará investido, pero si la negara el Presidente de la República deberá aceptar la renuncia del Gabinete. El voto de no confianza en un presidencialismo tiene un efecto indirecto a diferencia de los modelos parlamentaristas, ya que está dirigido a desaprobar la política del Presidente de la República⁴⁵⁴.

⁴⁴⁸ Sobre el origen de las instituciones parlamentaristas en nuestra forma de gobierno véase HAKANSSON, Carlos. Lo forma de gobierno de la Constitución peruana. Universidad de Piura (colección jurídica), Piura, 2001, P. 15

⁴⁴⁹ Véase HAKANSSON. Ob. cit., p. 385

⁴⁵⁰

⁴⁵¹ El artículo 224 de la Constitución de 1979 establecía en cambio que la exposición del Primer Ministro no daba lugar a un voto de confianza. El deber de solicitarla es para Paniagua Corazao un factor de perturbación "no solo en las relaciones Ejecutivo-Legislativo sino en el funcionamiento y legitimidad del sistema democrático mismo (...) La razón es obvia. El Congreso no tiene discreción para rechazar la política del gobierno, debe aprobarla"; cfr. PANIAGUA CORAZAO, Valentín. Lo Constitución peruana de 1993. En: "Dereito", N° 2, 1995, p. 26

⁴⁵² En la Constitución peruana de 1979 no era obligatorio que el Primer Ministro plantee una cuestión de confianza, pues, el artículo 224 establecía que "la exposición no da lugar a voto del Congreso".

⁴⁵³ Artículo 82 del Reglamento del Congreso

⁴⁵⁴ En el mismo sentido Paniagua Corazao nos dice además que no investir al Primer Ministro "abre camino a la disolución del Congreso y a la subsecuente y obligada dictadura constitucional. La lógica del sistema presupone autonomía que, desde luego, no existe. La Asamblea arriesga su propia existencia al rehusar su confianza. Por tal razón, la institución, lejos de ser un mecanismo de equilibrio y control, se convierte en un medio de coacción e imposición"; cfr. PANIAGUA CORAZAO. Ob. cit., p. 28

Cabe advertir que la investidura en la Constitución peruana carece de las formalidades y consecuencias de los modelos parlamentaristas, pero no solo por la brevedad de su procedimiento sino porque es el Presidente de la República quien nombra al Primer Ministro, que a partir de ese nombramiento entra en funciones, además de contar con treinta días para exponer su programa y solicitar una cuestión de confianza para ser investido. En ese sentido, consideramos que el modelo de investidura política optado por la Constitución peruana busca crear una relación fiduciaria con el Primer Ministro y su Gabinete⁴⁵⁵, una característica de la forma de gobierno peruana.

La única posibilidad que la investidura pueda convertirse en un efectivo control peso al Gobierno sería el caso que el Ejecutivo no cuente con mayoría propia en el Legislativo. No obstante, la tradición del Parlamento peruano ha sido conferir esta confianza aunque el Gobierno no cuente con su propia mayoría. Es probable que refuerce esta tradición el hecho que el Presidente de la República cuente con una herramienta de presión al Congreso, como es la disolución parlamentaria. En efecto, si el Parlamento rechazará la confianza a dos gabinetes, es competencia del Jefe de Estado disolver la Cámara Única.

DOCTRINA

DELGADO GUEMBES, César. La investidura: ¿confianza en la política del gobierno, o en el Presidente de la República? En: LANDA, César y FAÚNDEZ, Julio (editores): "Desafíos constitucionales contemporáneos". Pontificia Universidad Católica del Perú - Maestría en Derecho Constitucional / University of Warwick, School of Law, Lima, 1996; HAKANSSON, Carlos. La forma de gobierno de la Constitución peruana. Universidad de Piura (colección jurídica), Piura, 2001;

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El presidente del Consejo de Ministros en la nueva Constitución. En su obra: "Teoría y práctica de la Constitución peruana". Lima, Eddili, Tomo 1, 1989, Lima; Constitucional/ University of Warwick, School of Law, Lima, 1996; P ANIAGUA CORAZAO, Valentín. La Constitución peruana de 1993. En: "Dereito", N° 2, 1995.

⁴⁵⁵ Véase el trabajo de GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El presidente del Consejo de Ministros en /o nueva Constitución. En su obra: "Teoría y práctica de la Constitución peruana ": Lima, Eddili, Tomo 1,1989, Lima, pp. 151-158.

Artículo 131

Interpelación de ministros

Es obligatoria la concurrencia del Consejo de Ministros, o de cualquiera de los ministros, cuando el Congreso los llama para interpelarlos.

La interpelación se formula por escrito. Debe ser presentada por no menos del quince por ciento del número legal de congresistas. Para su admisión, se requiere el voto del tercio del número de representantes hábiles; la votación se efectúa indefectiblemente en la siguiente sesión.

El Congreso señala día y hora para que los ministros contesten la interpelación. Esta no puede realizarse ni votarse antes del tercer día de su admisión ni después del décimo.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 93, 96, 101, 130, 132;

T.U.O.Rgnto.Congreso: arts. 5,54 inc. e), 64 inc. b), 83;

Res.Leg.OO1-2000-CR;

D.U.D.H.: arto 19;

P.I.D.C.P.: arto 19.1

Carlos Hakansson Nieto

Las interpelaciones son un instrumento de control de los parlamentarismos, por lo tanto, nos encontramos ante otra institución importada⁴⁵⁶. Si las preguntas fueron tomadas del constitucionalismo inglés, conocidas como question time, las interpelaciones provienen de la tradición francesa⁴⁵⁷. En la práctica, al igual que en los parlamentarismos, las preguntas son utilizadas mayor número de veces por el Parlamento que las interpelaciones, pero no más que en el Reino Unido⁴⁵⁸.

Con las interpelaciones no se piden datos o información sobre algún asunto, se cuestiona más bien un aspecto general de la política del Gobierno o algún ministerio en concreto. A diferencia de lo que ocurre con las preguntas, las interpelaciones concitan mejor el interés de la opinión pública y de los medios de comunicación. Sin embargo, las interpelaciones también adolecen de ciertos elementos que la hacen poco provechosa. El procedimiento de tramitación de las interpelaciones se desarrolla de acuerdo con las siguientes reglas:

1) La petición de interpelación se formula por escrito mediante una moción firmada por no menos del 15% del número legal de parlamentarios -dieciocho miembros- y acompañada de la lista de preguntas dirigidas al gabinete o

⁴⁵⁶ Sin embargo, Mainwaring nos dice que "algunos analistas asocian el derecho de los parlamentarios a interpelar a los miembros del gabinete con el gobierno parlamentario, pero esta práctica se encuentra también en varios sistemas presidenciales de América Latina"; cfr. MAINWARING, Scott. Presidencialismo, multipartidismo y democracia: la difícil combinación. En: "Revista de Estudios Políticos" N° 88, 1995, P. 120.

⁴⁵⁷ Las interpelaciones aparecieron por primera vez con la Constitución francesa de 1791.

ministro, más conocida como pliego interpelatorio⁴⁵⁹. El pedido de interpelación tiene preferencia en el Congreso, por lo tanto, es vista antes que cualquier otra moción que se encuentre pendiente.

2) Para la admisión de la moción de interpelación se requiere el voto de por lo menos el tercio de parlamentarios, es decir, cuarenta miembros⁴⁶⁰.

3) La votación se efectúa en la sesión siguiente al debate de admisión⁴⁶¹. En todo caso, la interpelación no puede realizarse ni votarse antes del tercer día posterior a su admisión ni después del décimo. Un término establecido para que el gabinete, o el ministro, prepare sus respuestas y disminuir la tensión política a la interpelación⁴⁶².

Cuando concurra el Gabinete para ser interpelado, el Primer Ministro puede hacer uso de la palabra hasta un tiempo máximo de sesenta minutos y cada uno de los ministros por espacio no mayor a quince minutos. Los parlamentarios intervendrán por sus respectivos grupos, o en forma individual, según las reglas especiales que acuerde el Consejo Directivo. Para dar respuesta al pliego interpelatorio el Primer Ministro podrá contestar sin límite dentro de lo razonable. En cambio, los ministros podrán contestar las preguntas del pliego según el tiempo máximo que les concederá la Mesa Directiva. Los ministros pueden conceder interrupciones por no más de dos minutos, previa autorización de la Mesa Directiva. Terminada su intervención, los miembros del Gabinete podrán retirarse en cualquier momento del hemiciclo⁴⁶³.

La presencia de las interpelaciones también es ajena a un modelo presidencialista porque se contradice con el principio de separación tajante de poderes que inspira a esa forma de gobierno. Si bien es una institución que se aplica, en principio, consideramos que no deberían figurar en un modelo presidencialista porque los ministros no responden de sus actos al legislativo; además que la combinación de instituciones de una forma de gobierno a otra trae como consecuencia que los instrumentos de control se conviertan en un paso anterior para exigir la responsabilidad política⁴⁶⁴. Consideramos que las interpelaciones no nacieron para vincularlas a la moción de censura, pues de otro modo se transforma la finalidad de una institución de control e información, que no tiene como principal objetivo la posterior destitución del ministro o gabinete⁴⁶⁵.

DOCTRINA

⁴⁵⁹ Artículo 83 (a) del Reglamento del Congreso

⁴⁶⁰ El Reglamento del Congreso añade que el tercio de los parlamentarios deben ser hábiles, es decir, que no cumplan ninguna causal del artículo 25 del mismo reglamento

⁴⁶¹ Artículo 83 (b) del Reglamento del Congreso

⁴⁶² Artículo 83 (c).

⁴⁶³

⁴⁶⁴ Véase además el trabajo de ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Aproximaciones y balances sobre la efectividad del control parlamentario al gobernante de turno en el Perú. En: "Revista Jurídica del Perú". Año LII, N° 33, Trujillo, 2002, pp. 1-12

⁴⁶⁵ En el mismo sentido, véase MELO, Jorge. Control parlamentario. En: "La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación" (obra colectiva coordinada por Francisco Eguiguren P.). Cultural Cuzco, Lima, 1987, p. 542

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Aproximaciones y balances sobre la efectividad del control parlamentario al gobernante de turno en el Perú. En: "Revista Jurídica del Perú". Año LB, N° 33, Trujillo, 2002; HAKANSSON, Carlos. La forma de gobierno de la Constitución peruana. Universidad de Piura (colección jurídica), Piura, 2001; MAINW ARING, Scott. Presidencialismo, multipartidismo y democracia: la difícil combinación. En: "Revista de Estudios Políticos" N° 88, 1995;

MELO, Jorge. Control parlamentario. En: "La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación" (obra colectiva coordinada por Francisco Eguiguren P.), Cultural Cuzco, Lima, 1987.

Artículo 132

Voto de censura y rechazo de la cuestión de confianza

El Congreso hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros, o de los ministros por separado, mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza. Esta última solo se plantea por iniciativa ministerial.

Toda moción de censura contra el Consejo de Ministros, o contra cualquiera de los ministros, debe ser presentada por no menos del veinticinco por ciento del número legal de congresistas. Se debate y vota entre el cuarto y el décimo día natural después de su presentación. Su aprobación requiere del voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

El Consejo de Ministros, o el ministro censurado, debe renunciar.

El Presidente de la República acepta la dimisión dentro de las setenta y dos horas siguientes.

La desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga al ministro a dimitir, salvo que haya hecho cuestión de confianza de la aprobación.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 122, 128, 133 a 135;

T.U.O.Rgmto.Congreso: arts. 64 inc. b), 86 incs. a), b);

D.U.D.H.: arto 19;

P.I.D.C.P.: art. 19.1

Carlos Hakansson Nieto

Las instituciones que existen para exigir la responsabilidad política, como la moción de censura y la cuestión de confianza, también provienen del modelo parlamentarista y su origen también se encuentra en un episodio de la historia inglesa del siglo XVII. La acusación parlamentaria a Thomas Wentworth, servidor de la Corona, por haber cometido una falta que en realidad era imputable al Rey Carlos 1 terminó siendo pagada con la vida de dicho servidor. Con este trágico precedente comenzó a exigirse la responsabilidad de los ministros, ya que, como "el Rey no puede hacer nada malo"⁴⁶⁶, son sus servidores los que deberán hacer frente a las acusaciones parlamentarias.

El instrumento de fiscalización más drástico con que cuenta el Parlamento es la posibilidad de exigir la responsabilidad política al Gobierno. La responsabilidad puede ser solidaria cuando la censura está dirigida al Gabinete, o individual cuando el Parlamento censura a un ministro. La responsabilidad solidaria también nació en Inglaterra cuando Jorge III quiso ejercer su derecho a nombrar y destituir a cada ministro; fue entonces el Primer Ministro William Pitt quien estableció el principio de que el Gobierno entero pondría sus cargos a disposición de la Corona si el Rey cesaba a un ministro⁴⁶⁷. En la Constitución peruana se admiten estas dos modalidades de censura.

⁴⁶⁶ Traducción de la frase inglesa The King can do no! wrong

⁴⁶⁷ HAKANSSON, Carlos. Lo forma de gobierno de la Constitución peruana. Universidad de Piura (colección jurídica), Piura, 2001, p. 16.

En el Perú, la moción de censura se inspiró en los artículos 49 y 50 de la Constitución francesa de 1958. El artículo 132 de la Constitución peruana concentra casi toda la regulación sobre la moción de censura, pues el reglamento parlamentario dedica poco a esta institución, repite lo ya establecido por la Carta de 1993, y solo agrega algunos detalles de procedimiento. La finalidad de motivar la moción de censura consiste en especificar los aspectos de la política gubernamental considerados como erróneos e informarlos no solo al Ejecutivo sino al electorado para captar la atención pública. El reglamento del Congreso establece que la moción de censura puede plantearse por las siguientes causas⁴⁶⁸:

- 1) Al final de una interpelación al Gabinete o a los ministros por separado. La Constitución peruana permite la moción de censura individual a los ministros, a diferencia de la Constitución española, donde solo se puede hacer efectiva la responsabilidad solidaria del Ejecutivo⁴⁶⁹.
- 2) Al término de la concurrencia de los ministros para informar o si se resisten en acudir a la Cámara para emitir su informe.
- 3) A la conclusión de un debate en la Cámara donde el ministro ha asistido libremente.

Una vez conocidas las causales de presentación de una moción de censura, consideramos que son un límite porque la Constitución de 1993 no establece ningún supuesto para plantearlas⁴⁷⁰. Las faltas reglamentarias o los errores de forma que cometan los miembros del Gabinete durante su participación en el Parlamento no son causales para solicitar una moción de censura salvo que se traten de una ofensa al Congreso o a sus miembros.

La moción de censura deberá ser propuesta al menos por treinta parlamentarios, a diferencia de lo dispuesto en la Constitución de 1933 donde bastaba con solo un miembro para presentarla⁴⁷¹. Este precepto es propio de los parlamentarismos corregidos y tiene como finalidad que la moción de censura no surja de la voluntad de pocos miembros. No obstante, que se exija un mínimo del 25% de firmas para presentar una moción de censura está en

⁴⁶⁸ Véase el artículo 86 (a) del Reglamento del Congreso. De igual manera, en la Constitución española no encontramos este requisito sino en el artículo 175.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados

⁴⁶⁹ No obstante, sin previsión expresa en la Constitución española y los reglamentos de las cámaras legislativas, la práctica parlamentaria ha creado las llamadas mociones de reprobación individual, dirigidas contra los ministros por una cuestión en concreto. Las mociones de reprobación nacieron a raíz del caso de intoxicación por aceite de colza desnaturalizado que sentó un precedente en favor de su admisión; véase el Diario de Sesiones del Congreso de Diputados del 15, 16 Y 17 de septiembre de 1981

⁴⁷⁰ En el mismo sentido, véase DÍAZ MUÑOZ, Oscar. La moción de censura en el Perú. Ara Editores, Lima, 1997, p. 286

⁴⁷¹ El artículo 172 de la Constitución peruana de 1933 establecía que "el voto de censura contra el Consejo de Ministros, o contra cualquiera de los ministros, puede ser presentada por solo un diputado o senador, y se votará en la misma sesión".

contra de las minorías en el Parlamento⁴⁷², a diferencia de la Constitución colombiana donde solo se exige la décima parte para su presentación⁴⁷³.

Los requisitos para plantear una moción de censura en el Perú están en superar unas mayorías calificadas. En la forma de gobierno peruana la admisión de una moción de censura no produce un efecto adicional como sucede en los parlamentarismos. En la Constitución española, por ejemplo, su dación impide que el Primer Ministro disuelva inmediatamente el Parlamento⁴⁷⁴.

El debate y aprobación de una moción de censura deberán figurar en la agenda de la sesión plenaria del Parlamento, deberán llevarse a cabo entre el cuarto y décimo día natural después de su presentación. La admisión a debate requiere del voto favorable de la mayoría de parlamentarios libres de impedimento legal, salvo disposición diferente⁴⁷⁵.

El Reglamento del Congreso establece un debate para la admisión de una moción de censura, ya sea al Gabinete o a un ministro. El mismo artículo del Reglamento establece que las mociones de orden del día pueden ser fundamentadas por su autor por un tiempo no mayor de cinco minutos. Los grupos opositores tienen un minuto cada uno con un máximo de cinco minutos entre todos⁴⁷⁶. Sin embargo, en función de la cantidad de asuntos pendientes en la agenda, el Presidente del Congreso puede señalar un tiempo menor. En nuestra opinión, a la censura debió concedérsele más tiempo para el debate porque no es una moción de orden del día cualquiera.

Por otro lado, la admisión a debate requiere del voto favorable de la mayoría de parlamentarios libres de algún impedimento legal.

La barrera más alta para que la oposición consiga mediante una moción de censura destituir a un Gabinete, o a uno o más ministros, se encuentra en el momento de su votación en el Parlamento. Como sabemos, una moción de censura clásica solo requería la mayoría simple de los parlamentarios presentes, pero, luego de las correcciones al parlamentarismo en las constituciones de Europa continental, la exigencia de mayorías calificadas terminó por dificultar su aplicación. La Constitución peruana de 1979 corrigió la moción de censura clásica de la Carta de 1933 con unas barreras que ha mantenido la actual Constitución.

El Reglamento del Congreso establece que el momento de la votación de la moción de censura será luego de un debate en el Pleno que deberá realizarse entre el cuarto y décimo día natural después de su presentación. Este requisito surgió en el parlamentarismo europeo después de la Primera Guerra mundial

⁴⁷² En Francia solo se requiere la décima parte; véase el artículo 49 de la Constitución francesa de 1958

⁴⁷³ Véase el artículo 135.9 de la Constitución colombiana de 1991

⁴⁷⁴ Véase el artículo 115.2 de la Constitución española de 1978. Por otra parte la oposición, para impedir que el Jefe de Gobierno disuelva el Parlamento, podría presentar mociones de censura continuadas. Sin embargo, en la práctica es muy difícil que se presente más de una moción de censura por los mismos límites establecidos en ella; véase ALZAGA, Oscar. La Constitución española de 1978, comentario sistemático. Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pp. 692-693

⁴⁷⁵ Artículo 68 (d) del Reglamento del Congreso

⁴⁷⁶ Artículo 68 del Reglamento del Congreso

para paliar los efectos de las votaciones de censura. Este plazo, llamado de "reflexión" o "de enfriamiento", sirve para serenar el debate al estar en juego la responsabilidad política del Gobierno⁴⁷⁷. De esa forma se evitan sorpresas de la discusión y votación inmediatas que pudieran producir la derrota gubernamental por una mayoría ocasional y transitoria.

Pensamos que la solución adoptada por la Constitución peruana es la correcta cuando desea evitar que se prolongue el procedimiento de censura. Delimitar un tiempo mínimo antes del cual no se puede celebrar la votación, como uno máximo en el que deba realizarse, es evitar una prolongación innecesaria que podría ocasionar una incertidumbre política. En esta línea, las Constituciones de Grecia y Portugal también señalan un plazo antes del cual no pueden comenzar la discusión, pero también un límite para resolver la moción de censura⁴⁷⁸.

El segundo párrafo del artículo 132 de la Constitución peruana establece que para aprobar una moción de censura se requieren sesenta y un votos conformes. La exigencia de una mayoría especial de aprobación junto al mínimo de firmantes y al plazo de reflexión son los tres elementos opuestos a las prácticas parlamentarias del siglo XIX. Las correcciones que sufrió el parlamentarismo, concretamente los instrumentos de responsabilidad política luego de la Tercera y Cuarta República francesa, dificultaron su aprobación para evitar el predominio del Legislativo. El Gabinete solo será derribado cuando la composición de las fuerzas parlamentarias le fuesen desfavorables. El mismo requisito también es exigido en las Constituciones de Alemania⁴⁷⁹ y Francia, como también en el reglamento de la Cámara Baja española⁴⁸⁰.

La moción de censura regulada en la antigua Ley de Ministros de 1862 no obligaba al ministro a dimitir, como tampoco el Presidente de la República tenía que aceptar su renuncia pues el contenido de la moción de censura era más bien una reprobación al ministro⁴⁸¹, ya que el Presidente de la República tiene la competencia para nombrar y remover a su Gabinete⁴⁸². Sin embargo, en la práctica, todos los ministros renunciaban a sus cargos para evitar enfrentarse con el Parlamento; a pesar de que el Presidente de la República mostraba su

⁴⁷⁷ El artículo 49 de la Constitución francesa, por ejemplo, establece un plazo más corto. La moción de censura tendrá lugar cuarenta y ocho horas antes y después de su presentación

⁴⁷⁸ En el caso griego la moción de censura puede ser resuelta en un plazo mínimo de tres días y máximo de siete, artículos 84.4 y 84.5 de su Constitución de 1975; en el caso portugués, en dos y cinco días respectivamente, artículos 197.2 y 204.1 del Reglamento de la Asamblea Pública.

⁴⁷⁹ Véanse los artículos 67.1 y 121 de la Ley Fundamental de Bonn, y el artículo 49.2 de la Constitución francesa de 1958

⁴⁸⁰ Véase el artículo 177.5 del Reglamento del Congreso de los Diputados

⁴⁸¹ Véase BASADRE, Jorge. Historia de la República del Perú. Volumen 3. Universitaria, Lima, p. 388.

⁴⁸² Sobre los efectos de la Ley de Ministros de 1862, Villarán nos dice que "durante el debate pretendieron algunos diputados que una disposición especial declarase la obligación del ministro censurado de presentar su renuncia, o que se estableciera la vacancia de hecho como resultado de la censura; pero la mayoría encontró incontestable el reparo de que la Constitución confería al Presidente el derecho de nombrar y remover a los Ministros y que, por tanto, la cesación del ministro sin la voluntad presidencial era opuesta a la Constitución. Se reconoció por ese motivo, que el voto de censura expresaba únicamente una reprobación moral"; cfr. VILLARÁN, Manuel Vicente. Páginas escogidas, Lima, 1962, p. 166

disconformidad con la censura, resistiéndose, en principio, a aceptar la dimisión ministerial⁴⁸³. Se conoció como "renuncia por decoro" a la dimisión de los ministros, ya que si bien no estaban obligados a renunciar, la moción de censura era lesiva y hada incompatible su permanencia en el Gobierno⁴⁸⁴.

La aprobación de la censura deberá ser comunicada al Ejecutivo mediante oficio firmado por uno de los vicepresidentes del Parlamento. El artículo 132 de la Constitución peruana establece el deber del Gabinete, o de los ministros individualmente, de renunciar luego de aprobarse la moción de censura. El Presidente de la República deberá aceptar su dimisión dentro de las setenta y dos horas siguientes⁴⁸⁵.

En la práctica se produce un efecto indirecto debido a que la moción de censura está dirigida para desaprobando la política del Presidente de la República. La exigencia de responsabilidad política es un mensaje al Jefe de Estado para que cambie su política de gobierno, pero es el Gabinete, o sus ministros individualmente, quienes sufren sus efectos.

La Constitución peruana no establece ninguna inhabilitación al Parlamento para proponer otra censura cuando fracasa una moción anterior dirigida al Gabinete o a uno o más ministros⁴⁸⁶. A diferencia de la Constitución colombiana que prohíbe presentar otra moción de censura sobre la misma materia, salvo que esté motivada por nuevos hechos⁴⁸⁷, la decisión del constituyente peruano nos parece realista. Si en la práctica es difícil que el Parlamento pueda ejercer este derecho por las correcciones que lleva consigo, nos parece innecesario impedir su ejercicio, pues, la moción de censura ya se encuentra bloqueada. Las mayorías requeridas para presentar y aprobar una moción de censura dificultan su aplicación por el Parlamento. La exigencia de un 25% de firmas para su presentación más la mayoría absoluta para aprobarla son un muro alto para saltar, aunque la práctica política ha demostrado que tampoco es imposible.

A través del Derecho comparado podemos observar que la moción de censura tampoco es aplicada en los parlamentarismos contemporáneos. No solo por exigirse mayorías cualificadas sino también por requisitos personalísimos,

⁴⁸³ Véase VILLARÁN: Ob. cit., p. 168

⁴⁸⁴ En ese sentido, es gráfica la carta de renuncia del ministro Manuel F. Benavides que Oscar Díaz reproduce en su obra y que nosotros transcribimos a continuación: "no es posible mi continuación en el Ministerio ni por decoro ni por la marcha regular de la administración. Insisto por tanto en la renuncia de un modo inflexible. (...) cuando mi delicadeza está comprometida no admite más reglas ni más leyes que las que ella misma se dicta". Publicada en el diario peruano El Comercio el 26 de agosto de 1876. De manera similar, el ministro Antonio Arenas sostuvo en su carta que "(...) ni mi honor, ni mi patriotismo me permiten continuar al frente del Consejo de Ministros (...)".

Publicada en el diario peruano El Comercio el 26 de agosto de 1876; cfr. en DÍAZ, Oscar. Ob. cit., p.149.

⁴⁸⁵ De manera similar, la Constitución francesa establece en su artículo 50 que "cuando la Asamblea Nacional adopte una moción de censura o cuando desapruébe el programa o una declaración de política general del Gobierno, el Primer Ministro deberá presentar la dimisión del Gobierno al Presidente de la República".

⁴⁸⁶ Artículo 132 de la Constitución peruana de 1993.

⁴⁸⁷ Artículo 135.9 de la Constitución colombiana de 1991

como la exigencia de un candidato a Jefe de Gobierno con la presentación de una moción de censura.

Como son los casos, por ejemplo, de Alemania y España⁴⁸⁸, conocida también como la moción de censura constructiva.

Si la decisión de introducir una moción de censura en la Constitución peruana está destinada a ser un contrapeso de los poderes presidenciales, no debería estar sujeta a las correcciones de los parlamentarismos contemporáneos. Por otro lado, cada forma de gobierno tiene su propia lógica y mecanismos de solución para las crisis de estabilidad. En los presidencialismos, los parlamentos -o al menos una de sus cámaras- se renuevan por cada dos años. Es decir, la preocupación de los constituyentes debió estar encaminada a solucionar los problemas del presidencialismo bajo la lógica de esta misma forma de gobierno y no buscándolas en otras de diferente espíritu⁴⁸⁹. No obstante, la Constitución peruana confiere al Presidente de la República la posibilidad de disolver el Parlamento. Por tanto, una oposición política con mayoría en el legislativo tendría que limitarse para no perder su condición de parlamentarios⁴⁹⁰.

Finalmente, pese a ser un préstamo del parlamentarismo, vemos que la moción de censura ha servido para atenuar indirectamente el predominio presidencial que va dirigida a sus ministros y se convierte en el mensaje más drástico con que cuenta el Congreso para que el Presidente de la República corrija su política. Sin embargo, su utilización no dependerá de la composición de fuerzas que exista en el Parlamento.

DOCTRINA

⁴⁸⁸ La moción de censura constructiva no tiene posibilidad de prosperar en un sistema bipartidista en el que el Gobierno posea mayoría absoluta. Solo una ruptura del partido gubernamental permitiría a la oposición plantear con éxito tal moción, pero antes de producirse, el Jefe de Gobierno preferiría disolver las cámaras. En el supuesto de un sistema superior a tres partidos, las dificultades para que la oposición elija un nuevo candidato suelen ser tales que también es muy improbable el triunfo de una moción de censura constructiva. En el supuesto de un sistema de tres partidos donde uno de los tres sea minoritario, de centro, haciendo de bisagra, proporciona las condiciones para su aplicación, como es el caso del parlamentarismo alemán. En España el elevado número de partidos con representación parlamentaria hace prácticamente inviable el triunfo de una moción de censura constructiva, sin embargo puede convertirse en un instrumento parlamentario para comprobar la actividad del Poder Ejecutivo

⁴⁸⁹ En ese sentido, sobre la moción de censura en la Constitución peruana, Valega nos dice que "(...) en el Perú opera la responsabilidad del Consejo de Ministros ante el Parlamento, que se hace efectiva a través del voto de censura o de negación de confianza. Sin embargo, esto solo es aparente habida cuenta que el Presidente de la República, que es quien conduce el gobierno no responde políticamente de su gestión. El Congreso al censurarlo o negar confianza busca cambiar las políticas que se están siguiendo, y ello no depende en absoluto de los Ministros ni del Presidente del Consejo. A través de toda nuestra historia constitucional opera como una constante la norma que establece que el Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo y los ministros, sin que tenga ningún peso la opinión del Congreso"; dr. V ALEGA, César. La responsabilidad política del gobierno en la Constitución de 1993. En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios" N° 10, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 201

⁴⁹⁰ Véase, HAKANSSON. Ob. cit., pp. 409-410

ALZAGA, Oscar. La Constitución española de 1978, comentario sistemático. Ediciones del Foro, Madrid, 1978; BASADRE, Jorge. Historia de la República del Perú.

Volumen 3, Universitaria, Lima; HAKANSSON, Carlos. La forma de gobierno de la Constitución peruana. Universidad de Piura (colección jurídica), Piura, 2001; DÍAZ MUÑOZ, Oscar. La moción de censura en el Perú, Ara Editores, Lima, 1997;

VILLARÁN, Manuel Vicente. Páginas escogidas, Lima, 1962; VALEGA, César. La responsabilidad política del gobierno en la Constitución de 1993. En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios", N° IO, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994.

Artículo 133

Crisis del gabinete ministerial

El Presidente del Consejo de Ministros puede plantear ante el Congreso una cuestión de confianza a nombre del Consejo. Si la confianza le es rehusada, o si es censurado, o si renuncia o es removido por el Presidente de la República, se produce la crisis total del gabinete.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 122, 128, 132, 134 Y 135;

T.U.O.Rgto.Congreso: arto 86 ines. e) y e)

Carlos Hakansson Nieto

La cuestión de confianza también procede de los parlamentarismos pero no surge del modelo británico sino del francés. En el Derecho Constitucional peruano encontramos su antecedente más remoto en la Constitución de 1933, que permitía a los ministros someter al Parlamento la aprobación de una determinada política y a presentar su dimisión si esta no le fuera aprobada.

De igual manera que en la moción de censura, la cuestión de confianza se incluye entre los instrumentos de control político que recoge el Reglamento del Congreso⁴⁹¹. En la forma de gobierno peruana el mandato fijo del Presidente de la República y del Congreso presenta una rigidez que puede resultar desfavorable para mantener la estabilidad política en la mitad de mandato; sobre todo cuando la conformación parlamentaria es multipartidista y cuando el Legislativo no renueva cada dos o tres años. En ese sentido, el liderazgo presidencial podría llegar a ser más débil que el ejercido por algunos primeros ministros parlamentaristas como el británico por ejemplo, que es elegido en un sistema de dos partidos, o como el Jefe de Gobierno español, que puede celebrar y mantener sus pactos con los grupos nacionalistas durante toda la legislatura.

La finalidad de la cuestión de confianza en la forma de gobierno de la Constitución peruana estaría en superar una crisis gubernamental propiciada en el Parlamento que, como sabemos, tiende hacia el multipartidismo. Sin embargo, ese remedio adolece de ciertos problemas de aplicación. Si el Ejecutivo tiene su propia mayoría en el Parlamento, la pregunta es ¿para qué presentar entonces una cuestión de confianza? Pero si el Presidente de la República no goza de mayoría en el Legislativo, ¿para qué debería presentarla el Primer Ministro?, ¿para arriesgarse a no obtenerla?

Como sabemos, la cuestión de confianza solo es obligatoria para investir al Primer Ministro y su Gabinete⁴⁹². En ese sentido, a diferencia de la censura tiene una aplicación más frecuente aunque solo se trate una formalidad. El Reglamento denomina este acto como, la investidura del Presidente del Consejo de Ministros, que culmina con la petición de una cuestión de confianza

⁴⁹¹ Artículo 64 del Reglamento del Congreso

⁴⁹² DÍAZ MUÑOZ, Oscar. Lo moción de censura en e/Perú. Ara Editores, Lima, 1997, p. 266.

al Parlamento⁴⁹³. El objeto de esta institución es crear una relación fiduciaria entre el Ejecutivo y el Legislativo.

Finalizada la exposición y debate, el Reglamento establece que el Primer Ministro plantea en el acto de investidura una cuestión de confianza al Parlamento⁴⁹⁴. El resultado de la votación será comunicado de inmediato al Presidente de la República mediante oficio firmado por el Presidente del Congreso y uno de los vicepresidentes.

Pese a que el Reglamento no lo dice de manera expresa, la aprobación de una cuestión de confianza deberá ser por mayoría absoluta, pues, el acto de investidura se realiza en el Pleno parlamentario. No obstante, el Reglamento no fija un claro procedimiento para una cuestión de confianza, ya sea planteada por el Primer Ministro, con posterioridad a su investidura, como tampoco por un ministro individual. Por otra parte, un aspecto interesante es que la respuesta no va dirigida al Primer Ministro sino al Presidente de la República. Es sugerente esta disposición porque nos hace recordar que si bien el Primer Ministro es quien plantea la cuestión de confianza, es el Presidente de la República quien nombra al Gabinete. Para nosotros es un motivo más para sostener que la cuestión de confianza tiene un efecto indirecto porque está dirigida al Presidente de la República, a diferencia de los parlamentarismos donde el Jefe de Estado es una institución neutral.

El Primer Ministro, o cualquier ministro con la confianza renovada, se dispone a continuar la política del Gobierno ya sometida a la aprobación del Parlamento. Sin embargo, el significado de esta institución es solo formal ya que desde su incorporación en la Constitución de 1933, el Parlamento peruano no ha dejado de otorgar una cuestión de confianza a los gabinetes nombrados por el Jefe de Estado. La actitud de los parlamentarios ha sido conceder la confianza para luego ocupar el lugar de un espectador en el hemiciclo, unos a favor del Ejecutivo y otros desde los escaños de la oposición.

A diferencia de los parlamentarismos, como el español o francés, la cuestión de confianza en la Constitución peruana puede ser planteada por cualquier ministro.

. Pero la Mesa Directiva rechazará de plano cualquier proposición de confianza presentada por los parlamentarios⁴⁹⁵, pues, nos encontramos ante una institución de iniciativa ministerial. No debemos olvidar que el sentido de la cuestión de confianza es que sean promovidas por el Ejecutivo libremente. Por eso, si un ministro individual decidiera someter su programa político a una cuestión de confianza tendría que consultarlo con el Primer Ministro, por ser el responsable del Gabinete y por participar en su nombramiento junto con el Presidente de la República.

En la forma de gobierno peruana, como los parlamentarismos europeos, la cuestión de confianza voluntaria no se solicita porque el Ejecutivo prefiere conocer a través de las encuestas como marcha la aprobación de su gestión en

⁴⁹³ La Constitución peruana de 1979 en su artículo 224 establecía, a diferencia de la Constitución actual, que la exposición del ministro no daba lugar a voto del Parlamento

⁴⁹⁴ Artículo 82 del Reglamento del Congreso

⁴⁹⁵ Artículo 86 (d) del Reglamento del Congreso

la opinión pública, que a pedirle un voto de confianza al Legislativo⁴⁹⁶. Si el Primer Ministro, o cualquier miembro del Gabinete, deciden plantear una cuestión de confianza deberán hacerlo por escrito ante el Consejo Directivo o del Pleno del Congreso⁴⁹⁷. El Reglamento del Congreso no detalla los requisitos formales que debe contener el escrito que solicita la cuestión de confianza⁴⁹⁸, solo establece que el Consejo Directivo convocará al Parlamento en Pleno para debatir y votar la cuestión de confianza. Es decir, no se ha dado especial atención a los requisitos formales sin los cuales no cabría poner en marcha esta institución; a diferencia del Derecho Parlamentario español, donde es la Mesa de la Cámara Baja la que/debe declarar o no su admisibilidad⁴⁹⁹.

La cuestión de confianza se debate una vez convocado en Pleno el Parlamento peruano. El Reglamento del Congreso establece un mismo procedimiento para el debate parlamentario, ya sea si se tratan de interpelaciones o de la investidura del Gabinete⁵⁰⁰; la cuestión de confianza que plantee el Primer Ministro a nombre del Gabinete será debatida y votada en la misma sesión o en la siguiente, según lo acuerde en forma previa el Consejo Directivo o en el acto el Pleno del Congreso⁵⁰¹.

⁴⁹⁶ En el mismo sentido, Chirinos añade que "...los ministros en el Perú no se han mostrado excesivamente deseosos de plantear la cuestión de confianza porque, de ordinario, no se han animado a arriesgar ante el Parlamento su precaria y tan efímera investidura. Con frecuencia, por ejemplo, el Ministro de Hacienda de antaño -cualquiera que hubiese sido el titular de la cartera- elevaba quejas porque las Cámaras aumentaban y, en general, modifican el proyecto de presupuesto remitido por el Ejecutivo; pero no se decidía a plantear, como cuestión de confianza, la intangibilidad del proyecto presupuestal, y a colocar así a las Cámaras ante la clara alternativa de mantener el presupuesto, tal como había sido concebido por el Ejecutivo, o despedir al ministro"; cfr. CHIRINOS SOTO, Enrique: Constitución de 1993. Lectura y comentario. Nerman, Lima, 1996, p. 270.

⁴⁹⁷ Artículo 82 del Reglamento del Congreso. El mismo artículo aclara que, si se trata del acto de investidura, la cuestión de confianza se presentará al Pleno del Congreso

⁴⁹⁸ A diferencia del Derecho Parlamentario español en que dicha solicitud se presentará mediante un escrito motivado acompañado de la certificación del Gabinete. La formalización requiere ser por escrito, motivada y además una certificación del Consejo de Ministros en la que se constate que ha tenido lugar; véanse los artículos 174.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados y el 112 de la Constitución española de 1978.

⁴⁹⁹ A tal efecto, la Mesa no puede entrar en el fondo de la cuestión debiendo limitarse a comprobar si el escrito reúne los requisitos formales exigidos por el Reglamento. Admitido a trámite, la presidencia de la Cámara deberá dar cuenta del mismo a la Junta de Portavoces; así como convocar al Pleno, que debe reunirse con carácter específico para debatir, y en último término pronunciarse acerca de la concesión o denegación de la confianza que le ha sido solicitada; véase el artículo 31.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados

⁵⁰⁰ "...el Presidente del Consejo de Ministros puede hacer uso de la palabra hasta por sesenta minutos y cada uno de los ministros por espacio no mayor a quince minutos. Los congresistas intervendrán por Grupos Parlamentarios o en forma individual, según las reglas especiales que acuerde el Consejo Directivo. Para contestar, el Presidente del Consejo de Ministros contará con un periodo ilimitado de tiempo dentro de lo razonable, en tanto los ministros podrán contestar utilizando el tiempo que les concede la Mesa Directiva. Los ministros pueden conceder interrupciones por no más de dos minutos, previa autorización de la Mesa Directiva. Terminada su intervención los miembros del Consejo de Ministros, su Presidente planteará una cuestión de confianza antes de abandonar la sala"; Cfr. Artículo 55 del Reglamento parlamentario.

⁵⁰¹ Véase el artículo 82 del Reglamento parlamentario

Una vez finalizado el debate, la presidencia del Congreso deberá fijar la hora en que la propuesta de confianza deberá ser sometida a votación⁵⁰². Los pedidos de proposición de confianza, o su negación, se presentan como mociones de orden del día ante la Oficialía Mayor del Congreso. En ese sentido, el mismo artículo establece que las mociones de orden del día que contengan una proposición de confianza al Gabinete, o a uno o más ministros, pueden ser fundamentadas por un tiempo no mayor de cinco minutos, y que los grupos opositores tienen un minuto cada uno con un máximo de cinco entre todos. Sin embargo, el Presidente del Congreso puede señalar un tiempo menor, precisando que su admisión a debate requiere del voto favorable de la mayoría de parlamentarios que estén libres de impedimento legal, salvo disposición contraria.

La Constitución peruana y el Reglamento no establecen la mayoría requerida para otorgar la cuestión de confianza. Sin embargo, de la lectura del Reglamento parlamentario se puede deducir que será necesaria la mayoría absoluta porque para su votación será convocado el Pleno para su debate en el hemiciclo. La votación de una cuestión de confianza en la Constitución peruana, tanto para la investidura del Gabinete como la propuesta por un ministro, requieren de mayoría absoluta de la Cámara.

La solución nos parece acertada, pues, un Primer Ministro investido por mayoría absoluta que lograra solo una mayoría simple para aprobar una cuestión de confianza se vería en una situación políticamente delicada. En ese caso, lo más probable es que el ministro se abstenga de plantearla.

Si la cuestión de confianza es negada se abre un proceso orientado a buscar una salida a la crisis y cuyas etapas subsiguientes son: la dimisión del Gabinete y la designación de un nuevo Primer Ministro. Una tercera consecuencia es la disolución del Congreso por el Presidente de la República, si el Parlamento ha censurado, o negado la confianza, a dos gabinetes.

El artículo 132 de la Carta de 1993 dispone que la desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga a dimitir al ministro salvo que haya condicionado su permanencia en el Gobierno a través de una extensión de confianza⁵⁰³. Si el Parlamento negase la confianza al Primer Ministro se produce la crisis total del gabinete, una expresión que no tiene sentido ni lugar en un texto constitucional. Se entiende por "crisis total del gabinete" la necesidad del Presidente de la República de nombrar a un nuevo Primer Ministro y, junto con él, a conformar un nuevo gabinete para recuperar la estabilidad política. Una vez denegada la cuestión de confianza, el artículo 82 del Reglamento establece que si el Pleno negara su confianza al Consejo de Ministros, el Presidente de la República aceptará la renuncia del Presidente del Consejo de Ministros y de los demás ministros, que debe realizarse de inmediato.

⁵⁰² "El resultado de la votación será comunicado de inmediato al Presidente de la República, mediante oficio firmado por el Presidente del Congreso y uno de los vicepresidentes. Si el Pleno negara su confianza al Consejo de Ministros, el Presidente de la República aceptará la renuncia del Presidente del Consejo de Ministros y de los demás ministros, que debe realizarse de inmediato"; Cfr. Artículo 82 del Reglamento parlamentario

⁵⁰³ Artículo 132 de la Constitución peruana de 1993

En el Derecho comparado observamos que la Constitución española establece que si la Cámara Baja niega su confianza al Gobierno este presentará su dimisión al Jefe de Estado⁵⁰⁴. Por otro lado, se determina que el Ejecutivo cesa en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Carta de 1978⁵⁰⁵. La Constitución española opta por la solución clásica del sistema parlamentarista, que es la obligatoria dimisión del Gobierno en caso de un voto de desconfianza, descartando la posibilidad de disolución del Parlamento⁵⁰⁶. El Gobierno entero debe dimitir aun cuando haya sido el Jefe de Gobierno el derrotado porque la Constitución española establece el principio de responsabilidad solidaria⁵⁰⁷. Es decir, responsabilidad que no alcanza tan solo a un ministro determinado sino a todos los ministros en conjunto.

En un parlamentarismo como el español la cuestión de confianza resulta en la práctica políticamente ociosa debido a la democracia de partidos en el Parlamento.

La moción de confianza se propone para reafirmar la política del Gobierno ante la opinión pública, si lo cree conveniente⁵⁰⁸. En nuestra opinión, la sola exigencia de una mayoría simple para la aprobación de una cuestión de confianza es ya un mecanismo corrector al parlamentarismo. El Jefe de Gobierno tiene la iniciativa y cuenta con esa mayoría. Por lo tanto, no ofrece mayor peligro en la práctica, siempre y cuando se presente en el momento político más oportuno.

En el Perú, el nombramiento de un nuevo Presidente del Consejo de Ministros dará fin a la crisis de Gabinete declarada por la Constitución de 1993⁵⁰⁹. Nos preguntamos si el Presidente de la República podría volver a nombrar como Primer Ministro a la misma persona que le fue denegada la confianza. Si bien no encontramos impedimento, pensamos que esa decisión política podría resultar desafortunada para el Jefe de Estado por sus efectos en el electorado.

Finalmente, al igual que la moción de censura, la presencia de una cuestión de confianza también es extraña en un modelo presidencialista. Los miembros del Ejecutivo y del Legislativo son elegidos en comicios distintos, con lo cual no se exige una aprobación parlamentaria sobre la política del Ejecutivo. No obstante, la cuestión de confianza puede ser utilizada como una vía para poner [10 a un periodo de inestabilidad política⁵¹⁰, que bien puede cerrarse con el nombramiento de un nuevo Primer Ministro por el Presidente de la República, o disolviendo el Congreso siempre que antes se cumplan unas condiciones que

⁵⁰⁴ Artículo 114.1 de la Constitución española de 1978

⁵⁰⁵ Artículo 101.1 de la Constitución española de 1978

⁵⁰⁶ El artículo 114.1 se aparta de la fórmula del artículo 68 de la Ley Fundamental de Bonn, la cual en el supuesto de desaprobación de una cuestión de confianza, permite al Canciller Federal la opción entre la dimisión y la continuación del Gobierno con la posibilidad subsiguiente -en este último caso- de proponer al Presidente Federal la disolución del Bundestag o la declaración del estado de emergencia legislativa

⁵⁰⁷ Artículo 108 de la Constitución española de 1978

⁵⁰⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La cuestión de confianza: marco jurídico-constitucional y praxis política. En: "Revista Española de Derecho Constitucional", N° 21, Madrid, 1987, p. 51

⁵⁰⁹ Artículo 133 de la Constitución peruana de 1993

⁵¹⁰ Véase HAKANSSON, Carlos. La forma de gobierno de la Constitución peruana. Universidad de Piura (colección jurídica), Piura, 2001, p. 425

establece la propia Constitución⁵¹¹. En todo caso, en la práctica, la cuestión de confianza se plantea para ganada, de lo contrario no se plantea⁵¹².

DOCTRINA

CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993. Lectura y comentario. Nerman, Lima, 1996; DÍAZ MUÑOZ, asear. La moción de censura en el Perú, Ara Editores, Lima, 1997; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La cuestión de confianza: marco jurídico-constitucional y praxis política. En: "Revista Española de Derecho Constitucional", N° 21, Madrid, 1987; HAKANSSON, Carlos. La forma de gobierno de la Constitución peruana. Universidad de Piura (colección jurídica), Piura, 2001; PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. Temas de Derecho Constitucional español. Una visión problemática. Follas Novas, Santiago de Compostela, 1996.

⁵¹¹ Artículo 134 de la Constitución peruana de 1993

⁵¹² Véase PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. Temas de Derecho Constitucional español Una visión problemática. Follas Novas, Santiago de Compostela, 1996, p. 134.

Artículo 134

Disolución del Congreso

El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si este ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros.

El decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. Dichas elecciones se realizan dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente.

No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato. Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no puede ser disuelta. No hay otras formas de revocatoria del mandato parlamentario.

Bajo estado de sitio, el Congreso no puede ser disuelto.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 101, 117, 132, 135, 136, 137 inc. 2);
T.U.O.Rgnto.Congreso: arts. 7, 42, 45, 46 Y 47;
L.O.E.: arts. 84, 134;
C.A.D.H.: arto 27;
P.I.D.C.P.: art.4

Edgar Carpio Marcos

Hay dos formas de terminar con el funcionamiento del Parlamento. Una natural, con el agotamiento o decurso del plazo del mandato parlamentario. La otra, anormal, cuando esta es decidida por el Presidente de la República antes de que expire dicho plazo. A esta última se le conoce con el nombre técnico de "disolución parlamentaria".

La disolución parlamentaria es una institución típica de los regímenes de corte parlamentario. Surgió en la práctica constitucional británica y si bien inicialmente se presentó como un medio de coerción del Rey contra los miembros del Parlamento⁵¹³, después, con el surgimiento del Estado liberal de Derecho a finales del siglo XVIII, se convirtió en un mecanismo mediante el cual se posibilitaba que el Jefe del Gobierno apelara al pueblo directamente para que en su condición de soberano arbitre las diferencias entre el Parlamento y el Ejecutivo⁵¹⁴.

Por cierto, no es una institución del todo desconocida en nuestra reciente historia constitucional. y es que si bien la tradición constitucional peruana se ha inclinado por adoptar la forma de gobierno presidencial, ello no ha impedido que paulatinamente y con el correr de los años se inserten instituciones propias del parlamentarismo⁵¹⁵. Es lo que ha sucedido con la disolución parlamentaria, la que solo se introdujo con la Constitución de 1979, que autorizó al Presidente

⁵¹³ Cf. HERMANN, Finer. Teoría y práctica del gobierno moderno. Editorial Tecnos. Madrid, 1964, p. 481 Y sgtes

⁵¹⁴ Cf. Un resumen del interesante debate presentado en Francia, con ocasión del triunfo de la revolución de 1789, en DUGUIT, Leon. La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789. CEe. Madrid, 1996, pp. 35-41.

⁵¹⁵ En: "Páginas escogidas", Talleres gráficos P.L. Villanueva, Lima, 1962, p. 71 Y sgtes

de la República disolver la Cámara de Diputados "si este ha censurado o negado confianza a tres Consejos de Ministros" (artículo 227)⁵¹⁶.

En nuestro ordenamiento constitucional, la disolución parlamentaria es una atribución extraordinaria del Presidente de la República para cesar tempranamente, es decir, antes que culmine el mandato representativo, a los miembros del Parlamento, obligándose correlativamente a convocar a nuevas elecciones parlamentarias. Su efecto es el "[mal de la legislatura y, por tanto, el decaimiento de todos los trabajos en trámite y la [matización del mandato de todos" los congresistas, con sus correspondientes "atribuciones y prerrogativas"⁵¹⁷, con excepción de los que integran la Comisión Permanente.

Se ha cuestionado, y creemos con razón, la introducción de la disolución parlamentaria como mecanismo para moderar una eventual intolerancia de la mayoría parlamentaria⁵¹⁸. En los sistemas parlamentarios, mediante la disolución, las diferencias entre Parlamento y Gobierno se trasladan al pueblo, para que sea este quien ponga fin al conflicto. Este, tras el resultado del proceso electoral o bien brinda un espaldarazo al Jefe de Gobierno con la elección de un Parlamento más próximo a éste bien lo cancela, con la elección de un Parlamento hostil que puede sin mayor dificultad censurarlo.

En cambio, en un sistema presidencialista como el nuestro, dado que no es el Consejo de Ministros, ni su Presidente, quien conduce el Gobierno, sino el Presidente de la República, quien dicho sea de paso no es responsable políticamente de su gestión, la disolución parlamentaria se presenta como un mecanismo que fortalece excesivamente la figura presidencial en desmedro de la institución parlamentaria.

No solamente constituye una manifestación palmaria del autoritarismo presidencial que subyace a la Constitución de 1993, sino, además, generador de un grave problema de gobernabilidad del país. Como se ha puesto de relieve, a no ser que el Presidente de la República obtenga un respaldo en las elecciones parlamentarias, un resultado adverso generaría, además de la cancelación del Consejo de Ministros, la obligación del Presidente de la

⁵¹⁶ Una posición en contra, según la cual la disolución parlamentaria habría sido recepcionada ya en la Constitución vitalicia de 1826, es la que sostiene QUISPE CORREA, Alfredo. *Fronteras constitucionales*. Cultural Cuzco, Lima, 2001, p. 143

⁵¹⁷ ARAGÓN REYES, Manuel. (coordinador). *Temas básicos de Derecho Constitucional Tomo 2*. Civitas. Madrid, 2001, pp. 146-147

⁵¹⁸ Como se ha puesto de relieve, la inserción de la disolución parlamentaria es uno de los temas que más polémica ha causado en la Constitución de 1993. Cf. Entre otras posiciones, que sostienen que tras su persistencia se esconde un fortalecimiento desmedido de la institución presidencial, BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Estructura del Estado y modelo político en la Constitución de 1993*, En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios". Serie Lecturas sobre temas constitucionales. N° 11, Comisión Andina de Juristas. Lima, 1995, p. 97 Y sgtes. Asimismo, CASTILLO FREYRE, Mario. *Todos los poderes del Presidente*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perno Lima, 1997, p. 370 Y sgtes. Desde una perspectiva más politológica, en el sentido de que se trata de una figura "decorativa" o "inservible", puesto que en caso de un conflicto grave entre el Legislativo y el Ejecutivo o bien sobreviene un golpe de Estado o bien el Presidente de la República realiza un autogolpe, QUISPE CORREA, Alfredo. *La Constitución peruana*. Gráfica Editores, Lima, 2003, p. 289 Y sgtes. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 6 Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perno Lima, 1999, p. 217.

República o bien de renunciar al cargo o bien la necesidad de nombrar un nuevo Gabinete que cuente con respaldo del Parlamento.

Sin embargo, este último supuesto, al parecer menos dramático en una perspectiva de gobernabilidad del país y que sería el lógico resultado del arbitraje popular, también adolece del siguiente problema constitucional⁵¹⁹. Efectivamente, si en un sistema presidencialista el Presidente de la República no solo es Jefe de Estado sino también Jefe del Gobierno, pues le corresponde "dirigir la política general del gobierno" (artículo 118. inc. 3 de la Constitución), entonces la "cesión" de esa condición de "Jefe de Gobierno" al Presidente del Consejo de Ministros sería inconstitucional, en un doble sentido. Por un lado, puesto que en oposición a la Constitución, el Presidente del Consejo de Ministros estaría asumiendo una responsabilidad que constitucionalmente le corresponde al Presidente de la República. 'Y, de otro, porque el Presidente de la República violaría el inciso 3) del artículo 118 de la Constitución si es que no asumiera sus obligaciones como Jefe de Gobierno.

De ahí que, con razón, Valentín Paniagua haya podido afirmar que "La institución, entre nosotros, conspira contra su propia lógica, es decir, contra el propósito que la inspira. No cabe, en efecto, el arbitraje popular cuando es imposible licenciar al Presidente que es una de las partes en conflicto"⁵²⁰.

En realidad, la inserción de la disolución parlamentaria en la Constitución de 1993 pretende fortalecer la figura presidencial en desmedro del Congreso, castigando o sancionando a este último por el ejercicio de prácticas democráticas como la censura o negación de confianza⁵²¹.

En los términos que se encuentra establecida la facultad de disolverse el Congreso por el artículo 134 de la Constitución, es posible afirmarse que esta no es una atribución cuyo uso sea discrecional, es decir, que dependa de un acto de pura voluntad del Presidente de la República. La Constitución de 1993 la ha rodeado de diversas garantías.

i) En primer lugar, la decisión de disolver el Parlamento no es libre o sujeta a la discrecionalidad del Presidente de la República. Este solo puede efectuarlo en aquellos casos en los que el Congreso de la República, previamente, haya censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros.

No se está frente a tal supuesto cuando la censura o negación de confianza de dos Consejos de Ministros ha terminado materialmente de ocurrir tras una censura o negación de confianza sobre los ministros considerados individualmente. Es condición sine qua non que esta se materialice sobre la totalidad de dos Consejos de Ministros, para habilitar la posibilidad de que el Presidente disuelva el Congreso.

⁵¹⁹ CI VALEGA, César. La responsabilidad política del Gobierno en la Constitución de 1993. En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios". Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales. N° 10, Comisión Andina de Juristas. Lima, 1994, p. 199 Y sgtes

⁵²⁰ PANIAGUA CORAZAO, Valentín. Libertad y verdad electoral. Estudios electorales. Editorial San Marcos. Lima 2004, p. 70.

⁵²¹ VALEGA, César. Ob. cit., p. 200

Se discute si es que la censura o negación de confianza de dos Consejos de Ministros, para actuar como motivo válido para disolver el Parlamento, debe ser consecutivo o, por el contrario, simplemente acontecer en el lapso que dura el mandato parlamentario. A nuestro juicio, tratándose de una facultad extraordinaria, su interpretación debe necesariamente realizarse en forma restrictiva, es decir, decretarse en aquellos casos en los que la censura o negación de confianza se haya producido en forma consecutiva.

ii) En segundo lugar, el decreto presidencial de disolución necesariamente debe contener la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso.

La vinculación de la disolución y la convocatoria de nuevas elecciones expresa el significado liberal-democrático de la institución. Y es que al no constituir la disolución parlamentaria el establecimiento permanente de una dictadura constitucional, sino un mecanismo mediante el cual se solicita al pueblo que arbitre las diferencias entre el Ejecutivo y el Legislativo, la ausencia de una convocatoria representaría que la solución de las diferencias entre aquellos quede en manos de uno de los implicados en la querrela; lo que es un contrasentido.

iii) El mismo artículo 134 establece que la elección parlamentaria a la que se refiere la convocatoria, debe realizarse necesariamente dentro de los cuatro meses siguientes a la disolución del Parlamento, estableciendo el artículo 136 las consecuencias jurídicas de no realizarse dentro de dicho plazo las referidas elecciones parlamentarias.

iv) Entre tanto, el artículo 134 de la Constitución contiene también un límite temporal. En efecto, aun cuando se hayan producido dos censuras o negaciones de confianza a dos Consejos de Ministros, la facultad de disolver al Congreso no puede ejercerse en el último año del mandato presidencial.

El "último año de su mandato", en este contexto, debe computarse a partir del día que inicia el cuarto año, de los cinco, que dura el mandato del Presidente de la República. Lo que significa que en este último año, sin que exista posibilidad de disolver y anticipar las elecciones (generales), el Congreso podría disolver dos o más Consejos de Ministros.

v) Asimismo, el mismo párrafo del artículo 134 prevé que no se podrá alterar el régimen legal en materia electoral preexistente. Esta última garantía, en realidad, no impide que se pueda modificar legislativamente el sistema electoral preexistente a la disolución (por ejemplo, tras la delegación previa de facultades legislativas a la Comisión Permanente del Congreso), sino solo que las modificaciones que se realicen no sean aplicables para el proceso electoral parlamentario al que se refiere la convocatoria del decreto de disolución, que no es lo mismo.

vi) En penúltimo lugar, la disolución del Congreso no comprende a la Comisión Permanente, "la cual no puede ser disuelta", y ejerce, "Durante el interregno parlamentario o el receso parlamentario", "sus funciones de control conforme a

la Constitución Política" y al Reglamento del Congreso (artículo 46 del Reglamento del Congreso de la República).

Tal impedimento de comprenderse en la disolución a la Comisión Permanente cierra las puertas de que en el periodo que dure la disolución del Congreso pueda considerarse que se ha establecido una "dictadura constitucional" permanente. Sin perjuicio del control parlamentario que corresponde realizar sobre los decretos de urgencia, al que se refiere el artículo 135 de la Constitución, y sobre el que más adelante volveremos, la Comisión Permanente ejercerá las atribuciones constitucionales señaladas en el artículo 101 de la Norma Suprema.

vii) Finalmente, tampoco procede que se disuelva al Parlamento, cuando se haya declarado el estado de sitio, que es una de las dos situaciones la más grave), en los que se materializa el derecho de la anomalía constitucional (artículo 131).

DOCTRINA

ARAGÓN REYES, Manuel (coordinador). Temas básicos de Derecho Constitucional. Torno 2, Madrid, 2001; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Estructura del Estado y modelo político en la Constitución de 1993. En: "La Constitución de 1993.

Análisis y comentarios", serie Lecturas sobre temas constitucionales. N° 11, Comisión Andina de Juristas - CAJ, Lima, 1995; CASTILLO FREYRE, Mario. Todos los poderes del Presidente. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, Lima, 1997; HERMANN, Finer. Teoría y práctica del gobierno moderno. Editorial Tecnos, Madrid, 1964; DUGUIT, Leon. La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789. CEC, Madrid, 1996; GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Las relaciones de gobierno entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003;

PANIAGUA CORAZAO, Valentín. Libertad y verdad electoral. Estudios electorales. Editorial San Marcos, Lima, 2004; QUISPE CORREA, Alfredo. Fronteras constitucionales. Cultural Cuzco, Lima, 2001; QUISPE CORREA, Alfredo. La Constitución peruana. Gráfica Editores, Lima, 2003; RUBIO CORREA, Marcial.

Estudio de la Constitución Política de 1993. Torno 6, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, Lima, 1999; VALEGA, César. La responsabilidad política del gobierno en la Constitución de 1993. En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios". Serie Lecturas sobre temas constitucionales. N° 10, Comisión Andina de Juristas - CAJ, Lima, 1994; VILLARÁN, Manuel Vicente. Posición constitucional de los ministros en el Perú. En: "Páginas escogidas".

Talleres Gráficos P.L. Villanueva, Lima, 1962.

Instalación del nuevo Congreso

Artículo 135

Reunido el nuevo Congreso, puede censurar al Consejo de Ministros, o negarle la cuestión de confianza, después de que el Presidente del Consejo haya expuesto ante el Congreso los actos del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario.

En ese interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que este se instale.

CONCORDANCIAS:

C: arts.118 inc. 19), 123 inc. 3), 125 inc. 2, 132 a 134 y 136;

T.U.O.Rgto.Congreso: arts. 7, 42;

C.A.D.H.: art. 24;

D.U.D.H.: art.

7; P.I.D.C.P.: art. 26;

P.I.D.E.S.C.: art. 2

Edgar Carpio Marcos

En su primera parte, el artículo 135 de la Constitución establece el procedimiento parlamentario que deberá seguirse tras la instalación del nuevo Congreso de la República. Instalado este, en efecto, el presidente del Consejo de Ministros concurre al Congreso de la República a fin de dar cuenta a este sobre los actos del Poder Ejecutivo practicados durante el periodo que el Parlamento estuvo disuelto.

Dicho precepto constitucional no establece el plazo dentro del cual el presidente del Consejo deba presentarse al Congreso. Dado que no se trata del supuesto contemplado en el artículo 130 de la Norma Suprema, es decir, no es un nuevo Consejo de Ministros, y que su presentación ante el Congreso no tiene por objeto exponer y debatir la política general del Gobierno que implementará tras su nombramiento y asunción de funciones; sino de un Consejo de Ministros que tiene su política de gobierno diseñada y parcialmente implementada, que fue precisamente la que causó la disolución del Parlamento anterior, creemos que el plazo contemplado en el referido artículo 130 de la Constitución podría ser sensiblemente menor.

No solamente ello. Pensamos que la presentación del presidente del Consejo de Ministros ante el Congreso de la República puede y debe efectuarse en la fecha que programe el Congreso para tal efecto.

El artículo 135 establece que los temas que el presidente del Consejo de Ministros exponga ante el Congreso deberán versar sobre los "actos del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario". Estos actos practicados por el Ejecutivo durante el periodo que el Congreso se encuentre disuelto no

necesariamente pueden reflejar los motivos por los cuales el Congreso anterior negó confianza o censuró al Consejo de Ministros.

Un cambio de la política de Gobierno con posterioridad a la disolución parlamentaria teniendo en cuenta cómo la opinión pública observó la disolución, o bien la reacción adoptada por el Ejecutivo ante un eventual resultado electoral adverso; o, incluso, un cambio del Consejo de Ministros, antes de que se reúna el nuevo Congreso, podría conspirar contra la posibilidad de este de efectuar un control político del Consejo de Ministros cuyas políticas de gobierno terminaron con un voto de censura o negándosele la cuestión de confianza.

Asimismo, el artículo 135 prevé que "reunido el nuevo Congreso, puede censurar al Consejo de Ministros, o negarle la cuestión de confianza (...)". Si el nuevo Congreso es, en su composición, expresión de que el pueblo le ha brindado al Presidente de la República su respaldo, no se producirá censura alguna ni tampoco se rehusará la cuestión de confianza.

Si, por el contrario, es adverso, la censura o negación de confianza es inminente. Pero, en tal supuesto, la censura o negación de confianza no debe entenderse que se vota atendiendo a las razones que motivaron la crisis del Consejo de Ministros por el Congreso disuelto, sino, concretamente, en relación con la responsabilidad política del Gobierno en la ejecución de actos durante el lapso que duró la disolución del Parlamento.

El segundo párrafo del mismo artículo 135 establece que en el lapso que dure la disolución del Congreso, el Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencias.

En la doctrina nacional se debate si esa autorización a legislar mediante decretos de urgencia durante el interregno de la disolución parlamentaria admite la posibilidad de regularse cualquier materia, y no solo aquella a la que se refiere el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, según el cual mediante decretos de urgencia se puede regular, cuando así lo requiera el interés nacional, materia económica y financiera, no encontrándose comprendido en ella, la materia tributaria (artículo 74).

Para un sector, ni siquiera en tal supuesto el Ejecutivo podría legislar mediante esta fuente formal del derecho materias ajenas a la económica y financiera. En ese sentido, se ha propuesto que producida la disolución parlamentaria, inmediatamente debería entenderse que el Congreso habría delegado facultades legislativas en forma automática a la Comisión Permanente, sin más límites que los propiamente establecidos en el artículo 101 de la Norma Fundamental⁵²².

Para otro sector, en cambio, en tal supuesto no regiría la delimitación competencial prevista en los artículos 74 y 118, inciso 19, de la Constitución,

⁵²² GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Las relaciones de gobierno entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 197.

puesto que el sentido del segundo párrafo del artículo 135 sería el de haber introducido una excepción. En ese sentido, en lo que dura la disolución del Parlamento, el Ejecutivo podría legislar cualquier materia mediante decretos de urgencia⁵²³.

A nuestro entender, durante el lapso que no existe Congreso, el Ejecutivo podría legislar mediante decretos de urgencia cualquier tipo de materia para lo cual es competente la ley ordinaria. En ese sentido, el significado del segundo párrafo del artículo 135 es el de haber previsto un supuesto de excepción a la regla general contenida en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, fundado en un estado de necesidad. Y es que si ese no fuera el sentido, tendría que entenderse que dicho segundo párrafo del artículo 135 fuese redundante, es decir, que autorizase al Ejecutivo para dictar decretos de urgencia que ya antes, en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, se había autorizado.

Lo anterior no obsta que la Comisión Permanente pueda dictar legislación delegada si es que antes de producirse la disolución del Parlamento, este delegó en aquel tal posibilidad; pero, ciertamente, no sobre materias que no fueron objeto de delegación.

Finalmente, los decretos de urgencia dictados por el Ejecutivo durante el lapso que dure la disolución del Parlamento se ponen en conocimiento de la Comisión Permanente, la que los examina y eleva al Congreso una vez que este se haya instalado.

El Reglamento del Congreso no ha establecido cuáles son los alcances de tal examen de la legislación de urgencia. Su artículo 46 se ha limitado a establecer que:

"Durante el interregno parlamentario la Comisión Permanente ejerce sus funciones de control conforme a la Constitución Política y al presente Reglamento". En la medida que ni la Constitución ni el Reglamento han establecido cuáles son esos alcances del examen, se trata de un reenvío legislativo al vacío.

A nuestro juicio, la Comisión Permanente no puede derogar un decreto de urgencia dictado en el interregno parlamentario. Se limita a realizar un examen, sustituyendo en cierta forma a las labores propias de la Comisión de Constitución, que es la competente para efectuar su estudio cuando el Congreso de la República se encuentra en funcionamiento (artículo 91 del Reglamento del Congreso).

DOCTRINA

ARAGÓN REYES, Manuel (coordinador). Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo 2, Madrid, 2001; BERNALES BALLESTEROS, Enrique.

⁵²³ Cf. QUISPE CORREA, Alfredo. Lo Constitución peruana. Gráfica Editores, Lima, 2003, p. 293, para quien en tal supuesto: "El Ejecutivo concentra todo el poder, por disposición de la propia Carta, ante una crisis política que se debe resolver con urgencia".

Estructura del Estado y modelo político en la Constitución de 1993. En: "La Constitución de 1993.

Análisis y comentarios", serie Lecturas sobre temas constitucionales. N° 11, Comisión Andina de Juristas - CAJ, Lima, 1995; CASTILLO FREYRE, Mario. Todos los poderes del Presidente. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, Lima, 1997; HERMANN, Finer. Teoría y práctica del gobierno moderno. Editorial Tecnos, Madrid, 1964; DUGUIT, Leon. La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789. CEC, Madrid, 1996; GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Las relaciones de gobierno entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003;

PANIAGUA CORAZAO, Valentín. Libertad y verdad electoral. Estudios electorales. Editorial San Marcos, Lima, 2004; QUISPE CORREA, Alfredo. Fronteras constitucionales. Cultural Cuzco, Lima, 2001; QUISPE CORREA, Alfredo. La Constitución peruana. Gráfica Editores, Lima, 2003; RUBIO CORREA, Marcial.

Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 6, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, Lima, 1999; VALEGA, César. La responsabilidad política del gobierno en la Constitución de 1993. En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios". Serie Lecturas sobre temas constitucionales. N° 10, Comisión Andina de Juristas - CAJ, Lima, 1994; VILLARÁN, Manuel Vicente. Posición constitucional de los ministros en el Perú. En: "Páginas escogidas".

Talleres Gráficos P.L. Villanueva, Lima, 1962.

Restitución del Congreso disuelto

Artículo 136

Si las elecciones no se efectúan dentro del plazo señalado, el Congreso disuelto se reúne de pleno derecho, recobra sus facultades, y destituye al Consejo de Ministros. Ninguno de los miembros de este puede ser nombrado nuevamente ministro durante el resto del periodo presidencial.

El Congreso extraordinariamente así elegido sustituye al anterior, incluida la Comisión Permanente, y completa el periodo constitucional del Congreso disuelto.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 102, 122, 124, 132 a 135;

T.U.O.Rgrnto.Congreso: arto 47;

C.A.D.H.: arto 23. Le;

D.U.D.H.: arto 21.2;

P.I.D.C.P.: arto 25.e

Edgar Carpio Marcos

Al comentarse las garantías que la Constitución ha establecido como condición para que el Presidente de la República pueda disolver el Congreso, se enunció la necesidad de que la disolución estuviera acompañada de la convocatoria a un nuevo proceso electoral, que debía realizarse dentro de los cuatro meses siguientes. Pues bien, el artículo 136 establece que si el proceso electoral, por diversas circunstancias, no se realiza dentro de dicho plazo, permite por el solo mandato de la Constitución que el Congreso se reúna de pleno derecho, recobre todas sus facultades y destituya al Consejo de Ministros.

El aspecto más controversial de este artículo, seguramente lo constituya la figura de la "destitución del Consejo de Ministros". Es la única hipótesis en la que por decisión del Congreso se puede destituir a los ministros. No se asemeja esta sanción ni a los efectos de la censura, ni a los de la negación de confianza. Estos últimos, de ocurrir, generan la renuncia de los ministros y la obligación del Presidente de aceptarla (artículo 132 de la Constitución). En tanto que la "destitución", a la que se refiere este artículo constitucional, no requiere de la intervención presidencial. Se produce, ope constitutionis, tras la reunión de pleno derecho del Congreso.

Por otro lado, la destitución del Consejo de Ministros opera sobre el Consejo que en el momento en que el Congreso se reúne de pleno derecho se encuentra en actividad. Puede, O no, coincidir con la composición del Consejo de Ministros cuya negación de confianza o censura permitió al Presidente de la República disolver el Congreso.

DOCTRINA

ARAGÓN REYES, Manuel (coordinador). Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo 2, Madrid, 2001; BERNALES BALLESTEROS, Enrique.

Estructura del Estado y modelo político en la Constitución de 1993. En: "La Constitución de 1993.

Análisis y comentarios", serie Lecturas sobre temas constitucionales. N° 11, Comisión Andina de Juristas - CAJ, Lima, 1995; CASTILLO FREYRE, Mario. Todos los poderes del Presidente. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, Lima, 1997; HERMANN, Finer. Teoría y práctica del gobierno moderno. Editorial Tecnos, Madrid, 1964; DUGUIT, Leon. La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789. CEE, Madrid, 1996; GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Las relaciones de gobierno entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003;

PANIAGUA CORAZAO, Valentin. Libertad y verdad electoral. Estudios electorales. Editorial San Marcos, Lima, 2004; QUISPE CORREA, Alfredo. Fronteras constitucionales. Cultural Cuzco, Lima, 2001; QUISPE CORREA, Alfredo. La Constitución peruana. Gráfica Editores, Lima, 2003; RUBIO CORREA, Marcial.

Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 6, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, Lima, 1999; VALEGA, César. La responsabilidad política del gobierno en la Constitución de 1993. En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios". Serie Lecturas sobre temas constitucionales. N° 10, Comisión Andina de Juristas - CAJ, Lima, 1994; VILLARÁN, Manuel Vicente. Posición constitucional de los ministros en el Perú. En: "Páginas escogidas".

Talleres Gráficos P.L. Villanueva, Lima, 1962.

CAPÍTULO VII

REGIMEN DE EXCEPCION

Artículo 137

Estado de emergencia y estado de sitio

El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, Y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 Y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretar se el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 2 incs. 9), 11), 12), 24)f, 118 incs.

4), 14), 15), 24), 134, 165, 200;

C.P.: arts. 159, 160, 166, 167, 237, 376;

C.P.Ct.: arts. 23, 25 incs. 3) y 4);

L.O.M.P.: arto 8;

L.O.D.P.: arto 29;

L.O.M.D.: arto 21 inc.e);

L.O.C.C.F.A.: arto 3 inc. e);

D.Leg. 738;

C.A.D.H.: arto 27;

P.I.D.C.P.: arto 4, 5.1;

C.T.O.T.P.C.I.D: arto 2

Christian Donayre Montesinos

1. Introducción

Como es de conocimiento general, en un Estado pueden presentarse determinadas circunstancias que por su envergadura y el riesgo que conducen para la plena vigencia del Estado constitucional, lo obliguen a adoptar una serie de medidas destinadas a hacerles frente; medidas que en tanto suponen una directa intervención en los derechos fundamentales, sobre todo trayendo consigo restricciones en su ejercicio, deben ser materia de un examen riguroso cuando se disponga su aplicación.

No debe perderse de vista que si existen otros mecanismos a través de los cuales se pueden superar aquellas circunstancias que vienen afectando al Estado, debiera optarse por ellos y no por las medidas a las cuales hemos hecho referencia⁵²⁴.

Como bien puede deducir el lector, el adoptar tales medidas supone una situación excepcional, de allí el nombre que se le suele asignar a aquella situación en la cual el ejercicio de algunos derechos fundamentales es restringido en tanto es necesario para poder superar las graves circunstancias que en ese momento aquejan al país⁵²⁵. Su vigencia, por ello, se mantendrá solo en cuanto sea necesario para tal⁵²⁶.

⁵²⁴ Así, en Sentencia N° C-092/96, con fecha 7 de marzo de 1996, la Corte Constitucional colombiana aplicó el criterio de necesidad para cuestionar un estado de excepción, siendo el resultado el siguiente: "La Corte Constitucional de Colombia considera que la declaratoria del estado de excepción no puede sustentarse en la manifestación genérica de 'hechos de violencia'. La estabilidad institucional y la seguridad del Estado, se ven en este caso concreto afectados por hechos independientes de la confrontación armada, para lo cual el Gobierno dispone de recursos materiales y de suficientes facultades jurídicas para repeler agresiones y ataques". COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Derechos fundamentales e interpretación constitucional (ensayos jurisprudencia). Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 13, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997, pp. 319 Y ss.

⁵²⁵ En la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional se planteó mantener las dos modalidades de estados de excepción aquí descritas como una atribución del presidente de la República, previo acuerdo del Consejo de Ministros. Señala además que el decreto supremo que los declare justificará la necesidad de la medida, planteando en forma precisa los motivos que condujeron a dicha decisión, en pleno respeto de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, así como de temporalidad, sin posibilidad de verse extendida su vigencia más allá del tiempo de la emergencia y dentro de su ámbito geográfico. Véase al respecto: MINISTERIO DE JUSTICIA. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Lima, julio 2001, p. 60.

⁵²⁶ Precisamente el elemento de la temporalidad, que reviste a un estado de excepción, debe ser materia de evaluación, ya que no se trata de una situación que pueda durar indefinidamente en el tiempo. El prever la posibilidad de prorrogar su vigencia, tanto para el caso del estado de sitio como para el estado de emergencia, pone en entredicho justamente aquel elemento. En ese sentido, coincidimos con GARCÍA SA y AN, Diego. Habeas corpus y estados de emergencia. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1988, pp. 21 Y ss.

Es así que la Constitución peruana de 1993 ha regulado los estados de excepción⁵²⁷.

A continuación trataremos entonces de abordar, dentro de los límites de espacio que muy gentilmente se nos han destinado y por ello de forma muy sucinta, algunos de los temas más importantes que trae consigo un estado de excepción en nuestro país.

2. Circunstancias o supuestos habilitantes para declarar un estado de excepción

Los tratados internacionales de derechos humanos de los cuales el Perú es Parte, también recogen la posibilidad de que justamente un Estado Parte adopte la decisión de declarar determinadas zonas en situación de excepción. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ello procederá: "En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte (...)", y, según el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ello será posible solo "en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación (...)".

Ahora bien, en nuestro país se distinguen entre dos supuestos de estado de excepción, existiendo para cada uno de ellos circunstancias habilitantes y consecuencias diferentes. Así, podrá declararse un estado de emergencia "(...) en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación", mientras que un estado de sitio "(...) en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan (...)".

Las circunstancias que pueden habilitar a un Estado de adoptar estas medidas de excepción han sido ampliamente discutidas. A nivel de la doctrina⁵²⁸ suelen identificarse tres supuestos para tal efecto. Primero, las perturbaciones del orden público;

⁵²⁷ Decimos "los estados de excepción" en virtud de que, como se habrá podido observar, en el caso peruano se comprenden dos tipos de estado de excepción: el estado de emergencia y el estado de sitio. Ahora bien, es menester destacar aquí que el anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución del 5 de abril de 2002 había previsto en el artículo 212 hasta tres modalidades de estado de excepción: estado de alarma, estado de emergencia y estado de sitio. Véase: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución. Texto para el debate. Lima, abril 2002, pp. 123-124. Lo mismo se mantuvo en el Proyecto de Ley de reforma de la Constitución en el artículo 187. Véase: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley de reforma de la Constitución. Lima, julio 2002, pp. 86-87.

⁵²⁸ Véase sobre el particular: O'DONNELL, Daniel. Protección internacional de los derechos humanos, Comisión Andina de Juristas. Lima, 1988, pp. 395 Y ss

en segundo lugar, la guerra; y, por último, las calamidades naturales. Para algunos autores⁵²⁹ incluso las graves crisis económicas podrían eventualmente justificar una declaratoria de estado de excepción.

3. ¿Restricción o suspensión del ejercicio de algunos derechos fundamentales durante la vigencia de un estado de excepción?

Ahora bien, uno de los temas que se debate aún en la doctrina es el referido a si durante la vigencia de un estado de excepción ocurre una suspensión del ejercicio de determinados derechos fundamentales⁵³⁰ o estamos más bien ante un escenario en el cual el ejercicio de ciertos derechos es materia de limitación.

De acuerdo con lo dispuesto en el primer inciso del artículo 137 que venimos comentando, los derechos cuyo ejercicio es susceptible de verse afectado por la declaratoria de un estado de emergencia son la libertad y seguridad personal, el derecho de reunión, la libertad de tránsito y el derecho a la inviolabilidad de domicilio.

Si asumimos que durante un estado de excepción el ejercicio de los derechos fundamentales antes mencionados es suspendido, querría decir, en consecuencia, que no podrán ser ejercidos durante el lapso de tiempo que él dure. En otras palabras, una persona no podría transitar libremente al interior de su domicilio en medio de una reunión, sin el temor de que cualquier persona pueda ingresar en él, pues, primero, si el ejercicio de la libertad de tránsito es suspendido, tendría que permanecer quieto. En segundo lugar, en la medida en que el derecho a la inviolabilidad de domicilio es suspendido, cualquier individuo podrá ingresar a él; y, por último, no habría tal reunión ya que el derecho de reunión también se encontraría suspendido y no podría ejercerse.

Como bien puede deducir el lector nada de lo dicho ocurre durante la vigencia de un estado de excepción. Ello se debe a que, en sentido estricto, lo que sucede es que aquellos derechos se ven restringidos o limitados en su ejercicio mientras dure el estado de emergencia. Aquellas restricciones y limitaciones se impondrán siempre que resulten necesarias para hacer frente a la grave situación que enfrenta el país (principio de razonabilidad), según las circunstancias antes señaladas, y en la medida suficiente para tal efecto, ni más ni menos (principio de proporcionalidad)⁵³¹,

⁵²⁹ En esta línea de pensamiento, entre otros autores, encontramos a CASTAÑEDA OTSU, Susana.

Hábeas corpus. Normativa y aspectos procesales. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana (coordinadora).

Derecho Procesal Constitucional. Tomo II, segunda edición, Jurista Editores, Lima, 2004, pp. 583 Y ss, y especialmente p. 606.

⁵³⁰ No debe perderse de vista la distinción existente entre los "derechos fundamentales" y las denominadas "garantías constitucionales". Los primeros consisten en facultades para hacer o no hacer algo, con la posibilidad de exigirle al Estado la creación de la infraestructura y condiciones necesarias para tal efecto, mientras que con las segundas se suele aludir a los procesos que están destinados a otorgar protección cuando alguno de aquellos derechos fundamentales es menoscabado o sufre una amenaza de violación.

⁵³¹ Esta posición ha sido ampliamente difundida por diversos autores nacionales. Puede así revisarse ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Algunas preguntas sobre la pertinencia y viabilidad del hábeas corpus durante la vigencia del estado de excepción. En: "Normas

Sobre el particular, debe tenerse presente que existen posiciones en la doctrina que al aludir a una suspensión de derechos no hacen referencia a lo que comúnmente se entiende por ello, esto es, la pérdida temporal de la posibilidad de ejercerlos, sino solo a una sustitución de la regulación ordinaria existente para tal efecto⁵³², No obstante lo interesante de esta postura, somos de la opinión que un texto constitucional y toda norma en general, máxime si regula el ejercicio de los derechos fundamentales o los mecanismos previstos para su protección, debe buscar ser lo más comprensible posible para el ciudadano común⁵³³, De allí que resultaría aconsejable adoptar expresamente la fórmula de "restricción" y no la de "suspensión", salvo mejor parecer⁵³⁴.

4. Derechos fundamentales no susceptibles de verse afectados por la declaratoria de un estado de excepción

Legales", Tomo 326, editorial Normas Legales, Trujillo, julio 2003, pp. 77 Y ss., especialmente pp. 83-86. Este trabajo está recogido en el libro Jurisdicción Constitucional, Imparición de Justicia y Debido Proceso. Ara Editores, Lima, 2003, pp. 169 Y ss., Y en especial pp. 187-191, del mismo autor; EGUIGUREN PRAELI, Francisco. El actual estado de emergencia: justificación, alcances, imprecisiones y riesgos. En: "Foro Jurídico". Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Año 1, N° 2, Lima, 2002, pp. 230 Y ss.; entre otros. Entre nuestros trabajos sobre la materia puede revisarse DONA YRE MONTESINOS, Christian. Del control jurisdiccional y h posibilidad de un control político del estado de emergencia en el Perú: nuevas alternativas frente a vidos retos. En: "Revista Jurídica del Perú". Año LIII, N° 48, editorial Normas Legales, Trujillo, julio 2003, pp. 75 Y ss., Y en especial pp.

87-89; trabajo también recogido en nuestro libro intitulado La refirma de la justicia militar.

Estudios críticos de h experiencia peruana y comparada. Jurista Editores, Lima, 2004, pp. 279-310, sobre todo pp.301-305; entre otros.

⁵³² En este orden de ideas se encuentra PRIETO SAN CHÍS, Luis. Estudios sobre derechos fundamentales.

Editorial Debate, Madrid, 1990, pp. 247-248. Citado por: ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 126.

⁵³³ Lo expuesto no consiste en una mera discusión doctrinaria, sino que tiene serias repercusiones en la práctica. Y es que en virtud de la equívoca fórmula prevista en el texto constitucional vigente, que alude a una supuesta "suspensión" de derechos, no han sido pocos los casos en los cuales las autoridades han entendido por ello que tales derechos no podrán ser ejercidos o, si se quiere ejercer alguno de ellos, tendría que solicitársele una autorización en ese sentido.

Nuestra última afirmación tiene sustento, por ejemplo, en el Comunicado N° 004-03/P-LORE de la Prefectura de la Región de Loreto, Iquitos, de fecha 29 de mayo de 2003, y en donde se señalaba que en razón del estado de emergencia declarado, todas las instituciones públicas o privadas que deseen realizar cualquier actividad o reunión con el propósito de captar fondos para sus fines deberán solicitar autorización previa a la Prefectura, Subprefectura o Tenencias Gobernaciones. De la misma manera debían proceder las empresas que desarrollaban actividades vinculadas al rubro de tragamonedas, discotecas o demás centros de diversión.

El Oficio N° 740-2003 emitido por el Director Municipal de Transporte Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima, de fecha 5 de junio, declaró improcedente el pedido del Movimiento Homosexual de Lima para realizar un "Curso y Concentración", entre otros motivos, porque "de acuerdo a la situación actual de la declaratoria del estado de emergencia en el país, se encuentran prohibidas las reuniones":

Los ejemplos aquí señalados han sido extraídos de DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Districción de derechos en democracia. Supervisando el estado de emergencia. Serie de Informes Defensoriales. Informe N° 76, Defensoría del Pueblo, Lima, julio 2003, pp. 12-13

⁵³⁴ El texto de la Comisión de Estudio de las bases de la Reforma Constitucional señala también expresamente: "Durante los regímenes de excepción se incrementan las facultades ordinarias del Poder Ejecutivo y se autoriza la restricción de derechos fundamentales" (el resaltado es nuestro). Véase: MINISTERIO DE JUSTICIA. Ob. cit., p. 60

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos recogen un conjunto de derechos que no son susceptibles de verse afectados por la declaratoria de un estado de excepción.

Aquel conjunto de derechos es considerado como el "núcleo intangible" o "núcleo duro" de los derechos fundamentales.

Así según el segundo inciso del artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 Y 18"⁵³⁵.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, establece en el segundo inciso del artículo 27: "La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (Derecho a la vida); 5 (Derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (Principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección de la familia); 18 (Derecho al nombre); 19 (Derechos del niño); 20 (Derecho a la nacionalidad), y 23 (Derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos".

Aun cuando no es materia del presente artículo de la Constitución, sino más bien de la parte final del artículo 200, es menester tener presente que dentro de los derechos que no son susceptibles de verse afectados por la puesta en vigencia de un estado de excepción, se encuentra el derecho a un recurso sencillo, expeditivo y efectivo. De allí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sendas opiniones consultivas⁵³⁶ haya establecido claramente que procesos constitucionales como el hábeas corpus o el amparo podrán iniciarse a pesar de encontrarnos en un escenario de excepción. Esto último permite que la judicatura ordinaria, en clave de contralor judicial parcial⁵³⁷, pueda efectuar el control de los actos que tienen lugar durante la vigencia del estado de excepción, y así evitar conductas arbitrarias que lesionen los derechos fundamentales.

Lo dicho respecto de los derechos que mantendrán su plena vigencia aun frente a un estado de excepción adquiere particular relevancia para el caso peruano, ya que en el supuesto del estado de sitio no solo no se precisan los

⁵³⁵ Los derechos a los que se refiere el precepto aquí citado del Pacto Internacional son: el derecho a la vida, derecho a la integridad, la proscripción de la esclavitud y la servidumbre, la prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual, principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal, derecho a la personalidad jurídica y la libertad de conciencia y de religión.

⁵³⁶ Nos referimos a la Opinión Consultiva número ocho, con fecha 30 de enero de 1987, y a la Opinión Consultiva número nueve, de fecha 6 de octubre de 1987

⁵³⁷ En un esquema de contralor judicial parcial, el juez se limitará a evaluada necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y temporalidad de los actos u omisiones de autoridad que tienen lugar durante la vigencia de un estado de excepción y que pueden estar amenazando o lesionando derechos fundamentales. Mientras que en una lógica más bien de contralor judicial amplio, el juez podrá incluso entrar a examinar la decisión misma que declara el estado de excepción bajo las pautas antes señaladas

derechos que son susceptibles de verse afectados por la vigencia de dicho estado de excepción, sino que deja su determinación al decreto, que es dictado por el gobernante de turno. En todo caso, dicho decreto no podrá comprender, bajo ningún punto de vista, alguno de los derechos antes mencionados, esto es, los contenidos en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵³⁸.

5. ¿En qué consiste el "dar cuenta al Congreso" respecto de la declaratoria de un estado de excepción?

Estamos ante una interrogante que aún no parece tener una respuesta clara en nuestro país⁵³⁹.

Actualmente, este "dar cuenta al Congreso" pasa a ser tan solo una mera "puesta en conocimiento", ya que no se tiene a mano mecanismos que permitan sopesar esta atribución presidencial, más que el voto de censura o la interpelación del ministro o ministros que avale(n) su ejercicio por parte del gobernante de turno, salvo mejor parecer.

La Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional⁵⁴⁰ planteaba en esta materia que el Congreso, en particular el Senado (de adoptarse una fórmula bicameral en el Congreso), podía dejar sin efecto en todo o en parte el decreto que declara un estado de excepción, también podía dejar sin efecto la decisión del presidente de la República de disponer que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno.

6. El rol de las Fuerzas Armadas en un estado de excepción

Debe tenerse presente que la actuación de nuestras Fuerzas Armadas es fundamentalmente orientada a proteger la soberanía, independencia y la integridad territorial del Perú. De allí que cualquier otra función secundaria, si

⁵³⁸ Según el texto de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, existen derechos intangibles recogidos en los tratados internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario que no pueden ser restringidos por más estado de excepción en que se encuentre alguna zona del país. En tal sentido, señala a modo enunciativo el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la vida, la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, entre otros. Sobre el particular puede revisarse: MINISTERIO DE JUSTICIA. Ob. cit., p. 60.

⁵³⁹ En el año 2003 se suscitó el debate acerca de si la Ley N° 25397, que regula el control parlamentario de los actos normativos del presidente de la República, había o no perdido vigencia como consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución de 1993 y del Reglamento del Congreso de la República. Recuérdese que dicha norma, promulgada y publicada en el diario oficial El Peruano en el mes de febrero de 1992, fue uno de los motivos por los cuales el entonces presidente Fujimori realizó el autogolpe de Estado del cinco de abril de 1992.

En nuestra opinión, la cual la formulamos y publicamos en su oportunidad, dicha norma, independientemente de los cambios o matices que se consideren necesario efectuarle, no había dejado de estar en vigencia por la entrada en vigor del actual texto constitucional y del Reglamento del Congreso hoy vigente. Sobre el particular véase nuestro trabajo Del control jurisdiccional... Ob. cit., recogido también en nuestro libro La Reforma de la... Ob. cit., pp. 277 Y ss.

⁵⁴⁰ Sobre el particular, MINISTERIO DE JUSTICIA. Ob. cit., p. 61.

se quiere, no solo debe estar prevista en la ley, sino que se desarrollará solo en cuanto sea estrictamente necesario. Esto último adquiere singular sentido cuando estamos hablando de la posibilidad de que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno durante la vigencia de un estado de excepción. Y es que ese en rigor es el escenario que corresponde a la Policía Nacional.

Ahora bien, nuestra Constitución ha previsto que el Presidente de la República puede disponer, cuando declara un estado de emergencia, la participación de las Fuerzas Armadas a fin de proteger el orden interno. Dicha participación, insistimos, tiene un carácter meramente excepcional. En otros términos, solo se procederá de esa forma cuando resulte necesario⁵⁴¹.

Como bien puede observar el lector, no se ha hecho igual referencia para el caso del estado de sitio. Ello parece deberse a que las circunstancias que habilitarían su declaratoria suponen, por la misma naturaleza de ellas, la participación de las Fuerzas Armadas⁵⁴².

Conviene destacar que en nuestro país, hasta la fecha, no se ha declarado un estado de sitio. La práctica constante ha sido más bien la de recurrir al estado de emergencia, en muchas ocasiones, incluso, innecesariamente. Es más, la participación de las Fuerzas Armadas ha sido, contrario a lo que sostenemos y debiera ser, la regla.

En el Perú y en América Latina en general un estado de excepción ha constituido en muchas ocasiones el escenario o la excusa perfecta para lesionar derechos fundamentales, generando incluso situaciones de impunidad. Lo ocurrido en nuestro país con la Ley N° 24150 puede ser un buen ejemplo de ello⁵⁴³.

⁵⁴¹ La Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional hace la precisión que ello será posible solo cuando la Policía Nacional no esté en condiciones de hacerlo ante la gravedad del supuesto de hecho presentado, no suponiendo ello una sustitución por parte de las Fuerzas Armadas de las funciones que corresponden a las autoridades civiles y políticas. Al respecto véase: MINISTERIO DE JUSTICIA. Ob. cit., pp. 60-61

⁵⁴² En esta línea de pensamiento se encuentra FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial En: BIDART CAMPOS, Germán y PALOMINO MANCHEGO, José (coordinadores). "Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica". Libro-Homenaje a Domingo Garúa Belaunde. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 1997, p. 152.

⁵⁴³ Durante el gobierno de Alberto Fujimori se modificó el artículo 5 de la Ley N° 24150 (esta ley fue publicada el 07/06/85, durante el segundo gobierno de Belaunde), por el Decreto Legislativo N° 749 de 12/11/91. Esta ley se encargaba de establecer las normas que deben cumplirse en los estados de excepción cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno. Dentro de las medidas absolutamente discutibles que contenía, estaba la ampliación del ámbito de competencia de la denominada "justicia militar" en una lógica de fuero personal y al del lugar en donde se comete el delito durante la vigencia de un estado de excepción; así como la regulación de los llamados "comandos político-militares", cuya sola existencia no solo ya era cuestionable, sino que también contaba con importantes atribuciones de dudosa constitucionalidad.

Posteriormente, la Defensoría del Pueblo planteó una demanda de inconstitucionalidad contra la norma antes mencionada, demanda que finalmente es declarada fundada en parte por nuestro Tribunal Constitucional en sentencia con fecha 16 de marzo de 2004 (Expediente N° 0017-2003AI/TC). En dicha sentencia nuestro supremo intérprete de la Constitución, alegando el carácter no deliberante de las Fuerzas Armadas, su objetividad y neutralidad con el

Lo que en todo caso aún es materia de discusión es si cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno lo hacen bajo la subordinación o supervisión de la Policía Nacional, o si, por el contrario, es la Policía Nacional la que pasa a subordinarse a los lineamientos de las Fuerzas Armadas o se encuentra sometida a su supervisión. Sea como fuere, si se va a permitir la participación de las Fuerzas Armadas en este escenario⁵⁴⁴, no debe perderse de vista que constituye una situación muy excepcional. Así como resulta exigible una situación de estricta necesidad, según los términos que aquí hemos expuesto, para efectos de declarar un estado de excepción, igualmente, solo si es estrictamente necesario se recurrirá a las Fuerzas Armadas.

DOCTRINA

ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; CASTAÑEDA OTSU, Susana. Hábeas corpus. Normativa y aspectos procesales. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana (coordinadora). "Derecho Procesal Constitucional". Tomo II, Segunda Edición, Jurista Editores, Lima, 2004; CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley de reforma de la Constitución. Lima, julio 2002; CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución. Texto para el debate. Lima, abril 2002; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia N° C-092/96, con fecha 7 de marzo de 1996.

En: "Derechos fundamentales e interpretación constitucional (ensayos-jurisprudencia)". Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 13, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1997; DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Restricción de Derechos en Democracia. Supervisando el Estado de Emergencia. Serie de Informes Defensoriales. Informe N° 76, Defensoría del Pueblo, Lima, julio 2003; DONA YRE MONTESINOS, Christian. Del control jurisdiccional y la posibilidad de un control política del estado de emergencia en el Perú: nuevas alternativas frente a viejos retos. En: "Revista Jurídica del Perú". Año LIII, N° 48, Editorial Normas Legales, Trujillo, julio 2003; DONA YRE MONTESINOS, Christian. La Reforma de la Justicia Militar. Estudios críticos de la experiencia peruana y comparada. Jurista Editores, Lima, 2004; DONA YRE MONTESINOS, Christian. Determinando el ámbito de actuación de la judicatura castrense en el

cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados, declaró inconstitucional la referencia a lo "político" por parte de los comandos militares, y los dejó con esta última denominación. Asimismo, reconoció que la Ley N° 24150 ampliaba inconstitucionalmente el abanico competencia! de la llamada "justicia castrense", por lo que así lo declaró. Determinó que, en consecuencia, un delito será competencia de los tribunales militares si es cometido por un militar en actividad, en acto de servicio y afecta un bien jurídico castrense.

Así también tuvimos oportunidad de sostenerlo en diversos trabajos, entre ellos Determinando el ámbito de actuación de la judicatura castrense en el Perú a la luz de lo previsto en la propuesta de reforma constitucional en debate. En: "Revista Jurídica del Perú". Año LIII, N° 46, Editorial Normas Legales, Trujillo, mayo 2003, pp. 93 Y ss., recogido en nuestro libro La Reforma de la... Ob. cit., pp. 99 Y ss.

⁵⁴⁴ Hay quienes se inclinan por sencillamente circunscribir la participación en estos contextos a los políticos y policías. En esta línea de pensamiento: RUBIO CORREA, Marcial. Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Peruana. En: OBANDO ARBULÚ, Enrique (editor). Fuerzas Armadas y Constitución. Lima, Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI) e Instituto de Estudios Histórico-Marítimos del Perú, Lima, 1993.

Perú a la luz de lo previsto en la propuesta de reforma constitucional hoy en debate. En: "Revista Jurídica del Perú". Año LIII, N° 46, Editorial Normas Legales, Trujillo, mayo, 2003; EGUIGUREN PRAELI, Francisco. El actual estado de emergencia: justificación, alcances, imprecisiones y riesgos. En: " Foro Jurídico". Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 1, N° 2. Lima, 2002; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Algunas preguntas sobre la pertinencia y viabilidad del hábeas corpus durante la vigencia del estado de excepción. En: "Normas Legales", Tomo 326, Editorial Normas Legales, Trujillo, julio 2003; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso. Ara Editores, Lima, 2003; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial. En: BIDART CAMPOS, Germán y PALOMINO MANCHEGO, José (coordinadores). "Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica". Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 1997; GARCÍA SAYÁN, Diego. Hábeas corpus y estados de emergencia. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988; MINISTERIO DE JUSTICIA. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Lima, julio, 2001; O'DONNELL, Daniel. Protección Internacional de los Derechos Humanos. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988; PRIETO SANCHÍS, Luis. Estudios sobre derechos fundamentales. Editorial Debate, Madrid, 1990, RUBIO CORREA, Marcial. Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Peruana. En: OBANDO ARBULÚ, Enrique (editor). "Fuerzas Armadas y Constitución". Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI) e Instituto de Estudios Histórico-Marítimos del Perú, Lima, 1993.

CAPÍTULO VIII

PODER JUDICIAL

Control judicial de la constitucionalidad de las leyes

Artículo 138

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

CONCORDANCIAS:

C: arts. 41,51, 70,91 inc.2), 139, 143a 145;

C.C: arto 1; C.P.: arts. V, VI;

c.P.c.: arts. VII, 1, 5;

C.P.Ct.: arts. II, 3, 75, 100;

C.N.A.: arto 133;

L.O.P.J.; arts. 1 ,3,14, 25,26,27, 82;

Ley 27584: arto 7;

C.A.D.H.: arts. 8,27;

D.U.D.H.: arto 12;

P.I.D.C.P.: arts. 2.3.b, 4, 14;

P.I.D.E.S.C.: arto 10

Susana Castañeda Otsu

1. Introducción

Desde 1823 a la fecha, todas nuestras Constituciones han dedicado diversos artículos a regular lo relativo al Poder Judicial. La vigente, en los artículos 138 al 149 consagra una serie de principios relativos a su organización y funcionamiento; así, el primer párrafo del artículo 138 contiene la clásica fórmula de que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos, los que tienen una estructura jerárquica, artículo que debe ser concordado con los numerales 143 y 144, que establecen como máximo órgano jurisdiccional a la Corte Suprema de Justicia, integrada por los vocales supremos que reunidos en Sala Plena, constituyen el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial. Los jueces de todos los niveles, según el artículo 146, solo están sometidos a la Constitución y la ley.

El Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien es una norma preconstitucional⁵⁴⁵, es el marco legal que desarrolla todo lo concerniente a este Poder del Estado, estableciendo en el artículo 26 sus órganos jurisdiccionales: Corte Suprema de Justicia de la República, cortes superiores de justicia, en los respectivos distritos judiciales; juzgados especializados y mixtos, en las provincias respectivas; juzgados de paz letrados, en la ciudad o población de su sede; y, juzgados de paz.

Estos órganos jurisdiccionales independientes según el artículo 138 segundo párrafo de la Norma Fundamental, sin importar jerarquías, tienen una importante función, la de preferir una norma constitucional a una norma legal, en todo tipo de procesos, de existir incompatibilidad entre la segunda respecto de la primera. Esta función de control encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución y también de jerarquía de las normas, pero además constituye un mecanismo idóneo de control de los excesos legislativos en que puedan incurrir los Poderes Legislativo y Ejecutivo; de modo tal que es un mecanismo de equilibrio del ejercicio del poder del Estado.

2. El control judicial de constitucionalidad de las leyes

Es indudable la importancia que tiene el control, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes, pues permite la consolidación de la Constitución como norma jurídica, que sus postulados tengan plena vigencia, lo que implica además que los derechos que en ella se consagran -en su dimensión objetiva- serán realmente respetados.

El control, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes consiste en comprobar si todas aquellas que integran el sistema jurídico son conformes con la Constitución, control que varía según la opción del constituyente. En el caso peruano, tanto en la Constitución de 1979 como en la vigente, se optó por un submodelo de control de constitucionalidad, denominado dual o paralelo por nuestro constitucionalista Domingo García Belaunde.

En efecto, ambas constituciones establecieron el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Tribunal Constitucional, respectivamente, como encargados de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, siguiendo el modelo europeo, kelseniano o concentrado; y el deber de los jueces del Poder Judicial de inaplicar las normas legales que resulten incompatibles con una norma constitucional, siguiendo el modelo del control judicial de constitucionalidad de las leyes, americano, difuso o judicial review.

Para efectuar un análisis del segundo sistema de control de constitucionalidad, resulta necesario hacer mención a sus orígenes, características, su regulación en el Perú y la manera en que viene siendo aplicado por los jueces, tarea que esperamos cumplir en este breve espacio.

⁵⁴⁵ La Ley Orgánica del Poder Judicial fue promulgada el 29 de noviembre de 1991 y mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS del 2 de febrero de 1993, se aprobó el Texto Único Ordenado de la misma.

2.1. Origen del control judicial de constitucionalidad de las leyes

Doctrinariamente, su origen se ubica en los Estados Unidos de Norteamérica, pero no puede dejarse de lado sus antecedentes, provenientes del Derecho anglosajón⁵⁴⁶. En efecto, los jueces, hasta antes de la Gloriosa Revolución Inglesa, dejaron de aplicar las disposiciones del derecho legal ordinario cuando fueron contrarias al Common Law -o derecho común fundamental-, ejemplo que luego se transplantó a los Estados Unidos con el agregado de que en este país, su Constitución de 1787 contiene dos principios fundamentales que sentaron las bases para que el Poder Judicial sea el encargado del control de constitucionalidad.

Estos dos principios se encuentran consagrados en el artículo III sección 2 que establece: "El Poder Judicial se extenderá a todos los casos, en derecho y equidad, que surjan bajo esta Constitución (...)" y en el artículo VI, sección 2 que consagra la supremacía de la Constitución en los términos siguientes: "Esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que de ella dimanen, y todos los Tratados que se celebren o vayan a celebrarse bajo la Autoridad de los Estados Unidos, constituirán la Ley Suprema de la Nación; y los jueces de todos los Estados tendrán obligación de acatarla, a pesar de cualquier Disposición contraria que pudiera estar en la Constitución o en las Leyes de cualquier Estado". No obstante estas disposiciones, se tuvo que esperar hasta 1803 para que se aplicara la revisión judicial, año en que el presidente del Tribunal Supremo John Marshall resolvió el famoso caso del juez de paz William Marbury contra James Madison⁵⁴⁷.

Esta institución constitucional que conocemos como el control judicial de constitucionalidad de las leyes, se define como un control judicial difuso, pues todo juez es competente para inaplicar en un caso concreto, en todo o en parte, una ley por ser inconstitucional. Esto significa que todas las leyes inferiores a la Constitución tienen que ser conformes a ella, no pueden contradecirla, y si una norma entra en conflicto con la Constitución prevalece esta última aunque sea anterior y no la norma posterior; rige el criterio de *lex superior derogat inferiori*, y no el *lex posterior derogat priori*, propio de la Constitución flexible⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ Cuyos precedentes, sin embargo, se encuentran en Gran Bretaña. Se cita como ejemplo el famoso caso *Dr. Bonham's Case*, de 1610, en que el juez Coke sostuvo que el Common Law controlará las leyes del Parlamento y las juzgará nulas, si es contra el común derecho y la razón; al igual que el *Caso Day versus Savadge* de 1615, en que el juez Hobart, sostuvo que una ley del Parlamento es nula si está hecha contra la equidad natural, situación que varió a partir de la gloriosa Revolución de 1688, en que el poder del Parlamento se afirmó. A partir de esta fecha los jueces sostendrán que si una ley incorrecta corresponde al Legislativo corregida mediante su derogación. Cfr. WISON.

⁵⁴⁷ *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, 2ª edición. Cambridge, 1977. El primero fue nombrado juez de paz del distrito de Columbia por John Marshall cuando este fue Secretario de Estado del presidente Adams; y James Madison, Secretario de Estado del presidente Jefferson, no quería reconocer eficacia a dicho nombramiento.

⁵⁴⁸ El primero, conocido como el criterio jerárquico o de ley superior, es aquel por el cual de existir dos normas incompatibles prevalece siempre aquella jerárquicamente superior. El segundo, conocido como criterio cronológico o de ley posterior, es aquel por el cual en caso de existir dos normas incompatibles, prevalece siempre la norma posterior.

Concluimos entonces que el presupuesto fundamental para aplicar el control judicial es que la Constitución sea escrita (Constitución formal) y rígida, (con un procedimiento agravado de reforma). Escrita para que el juez pueda efectuar el examen de compatibilidad entre la norma de menor rango que contraviene a la Constitución; y rígida, porque determina que la Constitución sea la Norma Suprema, que tiene un rango superior, por encima de todas las demás; si no fuera así las leyes serían del mismo rango, y por tanto, tendría que aplicarse el principio *lex posterior derogat priori* (ley posterior deroga a la anterior).

2.2. Características del control judicial de constitucionalidad de las leyes

Difuso o disperso, pues todo juez es competente para inaplicar en un caso concreto la totalidad o parte de una ley, esta facultad no se encuentra concentrada en un órgano especializado como ocurre en el sistema kelseniano.

Es un control concreto, dado que la validez de la norma se analiza a partir de un caso, el juez inaplica la norma en un caso específico.

Es de carácter incidental, ya que el control de constitucionalidad de una ley se efectúa en cualquier proceso judicial; el control no constituye el objeto central de la controversia⁵⁴⁹ que se tiene que resolver en dicho proceso judicial, sino que se plantea como una cuestión incidental, pues del resultado del enjuiciamiento de la validez de la ley, depende si la norma se aplica o no en la solución del caso.

Tiene efectos interpartes, la consecuencia de la inaplicación solo vincula a las partes en conflicto, a los que participan en el proceso judicial dentro del cual se constató la invalidez de la norma. Como consecuencia de la inaplicación la ley no es expulsada del ordenamiento jurídico, solo es inaplicada al caso concreto, a diferencia del sistema kelseniano en que los efectos son generales, vinculantes a todos los ciudadanos y poderes públicos, resultando la norma expulsada del ordenamiento jurídico.

La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica ha establecido criterios jurisprudenciales obligatorios, que establecen los límites a tener en cuenta por los jueces cuando deban declarar inconstitucional una ley por su incompatibilidad con la Constitución, entre los que se citan:

La Corte no puede admitir ninguna reclamación de las partes mientras no considere que tiene los fundamentos necesarios para tener un "caso" o "controversia". .

El demandante debe tener suficiente legitimación procesal y demostrar que la amenaza está viva, permanece.

⁵⁴⁹ A diferencia del control concentrado, en que el Tribunal Constitucional realiza un control constitucional directo, mediante la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y normas que tienen el mismo rango y que contravienen a la Constitución de manera directa o indirecta y por el fondo o la forma; el control judicial de constitucionalidad, por el contrario, es indirecto, ya que cualquier juez en un proceso judicial ordinario a solicitud de las partes e inclusive de oficio, inaplica una ley por estimar que es contraria a la Constitución.

Nadie puede invocar la inconstitucionalidad de actos o normas que lo han beneficiado y que han sido consentidos por él mismo.

Los casos que llegan a la Corte Suprema deben versar sobre un tema jurídico y no de hechos. Es una materia de ley lo que debe estar sujeta a revisión judicial, ley que goza de presunción de constitucionalidad.

La Corte Suprema no se pronuncia en cuestiones políticas y no puede emitir opiniones consultivas.

3. El control judicial de constitucionalidad de las leyes en Perú

Perú, siguiendo a nuestro constitucionalista Domingo García Belaunde, tiene un submodelo de control de constitucionalidad dual o paralelo. Significa que la fórmula por la que hemos optado toma de los dos modelos imperantes de control de constitucionalidad originarios: el norteamericano o difuso, encargado a todos los jueces; y el europeo o concentrado, encargado a un órgano especializado, ad hoc, que en la mayoría de países que han optado por este sistema reciben la denominación de tribunales o cortes constitucionales.

De este modo coexisten los dos principales sistemas⁵⁵⁰: el control judicial de constitucionalidad, conocido también como difuso, americano o judicial review; y el control concentrado, europeo o kelsiano, previstos en los artículos 138 y 202 inciso 1, respectivamente, de la Norma Fundamental, con la particularidad de que además se otorga en forma exclusiva al Poder Judicial el control concentrado de las normas infralegales a través- del proceso de acción popular.

Precisamos que tanto la Constitución de 1933 como la de 1979 otorgaron el control de las normas infralegales al Poder Judicial y que la vigente guarda silencio, por lo que pudo haberse otorgado este control al Tribunal Constitucional⁵⁵¹; sin embargo, el legislador al aprobar el Código Procesal Constitucional, ha continuado con la tendencia iniciada en 1933. En efecto, conforme a los artículos 85, 93 Y 95 del Código, sigue siendo el Poder Judicial el competente para conocer este proceso constitucional, en dos instancias: Primera instancia: a) La Sala de turno que corresponde, por razón de la materia de la Corte Superior del distrito judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y b) La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos. Segunda instancia: La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

⁵⁵⁰ Como precisa Domingo García Belaunde: "En síntesis, hasta 1979, el Perú se afilió al modelo americano o difuso del control constitucional, y desde este año hace coexistir el modelo difuso con el modelo concentrado. Esto no ha creado una mixtura o simbiosis, que en realidad no existe, sino una coexistencia de dos sistemas en un mismo entramado normativo; que no se cruza ni se opone en lo esencial". GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Derecho Procesal Constitucional Temis, Santa Fe de Bogotá, 2001, p. 28.

⁵⁵¹ Conviene recordar que el Anteproyecto de Ley de Reforma Constitucional en el artículo 80 otorga la competencia al Poder Judicial, mientras que el posterior Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución asigna tal competencia al Tribunal Constitucional, al establecer en el inciso 5 del artículo 191, como un ejercicio de la potestad jurisdiccional, "el control de la potestad reglamentaria".

3.1. Antecedentes del control judicial de constitucionalidad de las leyes

Los primeros antecedentes del control judicial de constitucionalidad de las leyes se encuentran en la Constitución desde 1856, cuyo artículo 10 estableció:

"Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes"⁵⁵².

Esta norma se repite en la Constitución de 1860, pero eliminando la primera parte de la misma. La Constitución de 1920 ya no mantiene el texto de la Constitución de 1856; sin embargo, el tema del control constitucional vuelve a tener vigencia en 1923, cuando se llevó a cabo el debate de la Comisión Reformadora del Código Civil. El señor A. Solf y Muro propuso la inclusión en el Título Preliminar del proyecto, la siguiente disposición: "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá la primera"⁵⁵³

El Código Civil de 1936 recogió en términos similares esta función de inaplicación de las normas por parte de los miembros del Poder Judicial. Así, el artículo XXII establecía: "Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera", norma que fue desarrollada por el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 14605.

El tema del control judicial de constitucionalidad de las leyes a nivel constitucional, nuevamente fue re tomado por los asambleístas de 1978-79. Inicialmente, la subcomisión del Poder Judicial había aprobado el siguiente texto: "Cuando un Juez o Tribunal considere inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, suspenderá el procedimiento y planteará la cuestión por escrito motivado ante el Tribunal Constitucional".

Se establecía de este modo la figura del control de constitucionalidad en vía indirecta o de excepción que realizan algunos tribunales constitucionales en Europa, donde el juez no está facultado para inaplicar en un caso concreto una norma tachada de inconstitucional, como es el caso de España, en que presentada una incidencia en que se discute la constitucionalidad de una norma de cuya validez depende el fallo, las partes pueden deducir una cuestión de inconstitucionalidad, tarea que también le compete al propio juez de oficio⁵⁵⁴.

⁵⁵² Según Domingo García Belaunde esta norma, lógica consecuencia de la idea de la Constitución como norma suprema del Estado, fue incluida por una Comisión ad hoc de la Convención Nacional de 1855-1856 sin debate alguno, incorpora el principio de supremacía constitucional, cuya inclusión no significó la introducción de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes, como sostienen algunos estudiosos, pues una cosa es el axioma de supremacía constitucional, y otro, el método procesal para su defensa. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Ob. cit., p. 26.

⁵⁵³ COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO (1923). Actas de las sesiones. Tomo 1, Imprenta C.A. Castrillón, Lima, 1928, p. 102.

⁵⁵⁴ El Tribunal Constitucional español ha establecido en diversos fallos lo siguiente: "El que este Tribunal solo declare la inconstitucionalidad de un precepto cuando su incompatibilidad con la

No se optó por esta figura, correspondiendo al asambleísta Javier Valle Riestra la propuesta en el sentido de que debía mantenerse la norma que un juez debe preferir la norma constitucional a la legal⁵⁵⁵, propuesta que fue la que finalmente se incorpora en la Constitución de 1979.

3.2. El control de constitucionalidad de las leyes en la Constitución vigente

El artículo 23 de la Constitución de 1979 consagra el control de constitucionalidad de las leyes, facultando a los jueces a inaplicar una norma por causal de inconstitucionalidad o ilegalidad con la siguiente fórmula:

"En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna".

Esta disposición, en términos similares, se mantiene en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución vigente. El artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial si bien desarrolla el artículo 236 de la Constitución de 1979, resulta aplicable al citado artículo 138, y establece el método procesal para su defensa. Según esta disposición, las sentencias emitidas por los jueces en las que se haya preferido una disposición constitucional, deben ser elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Como consecuencia del control la norma se inaplica para el caso concreto, sin afectar su vigencia. Agrega que tratándose de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio y no se requiere la elevación en consulta⁵⁵⁶.

El artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial debe ser concordado con el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, norma que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso⁵⁵⁷ y que contiene el siguiente enunciado:

"Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea

Constitución resulta indudable, por ser imposible llevar a cabo una interpretación del mismo y compatible. a la luz de la Constitución, no significa convertido en el órgano competente para realizar directamente la interpretación de las leyes de acuerdo con la Constitución, tarea que entra dentro del ejercicio de la potestad jurisdiccional del artículo 117.3 C.Eo. Mediante la cuestión de inconstitucionalidad los órganos judiciales no pueden pretender directamente aclarar dudas de interpretación sin relevancia constitucional. En este sentido, el artículo 5.3 de la LOP) precisa que "procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional" (Ver entre otros STC 157/1990).

⁵⁵⁵ ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Comisión Principal de Constitución. (1978-1979). Diario de Debates. Tomo III. Lima, Editora Atlántida S.A., Lima, 1985, p. 243

⁵⁵⁶ Tratándose de normas con rango de ley establece que la inaplicación no afecta su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución señala. Se refiere al proceso de inconstitucionalidad previsto en el artículo 200 inciso 4; tratándose de normas infralegales, agrega "sin perjuicio del proceso por acción popular".

⁵⁵⁷ Al respecto, ver: ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004

relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución".

Antes de la vigencia del Código, el Tribunal Constitucional fijó los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N° 1109-2002-AA/TC, sentencia del 6 de agosto de 2002, dejó establecido:

"(...) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez (...). El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes presupuestos:

a. Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3 de la Ley N° 23506).

b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.

c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional"⁵⁵⁸.

d. La disposición en comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una "controversia", concepto que según Edgar Carpio no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etc.⁵⁵⁹.

Por otro lado, se establecen dos presupuestos, a) Que la norma a enjuiciar debe ser relevante para resolver el caso⁵⁶⁰; y, b) QUé la inaplicación de la leyes

⁵⁵⁸ Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N°s. 145-99-AA/TC, sentencia publicada el 16 de marzo de 2000, 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, 1383-2001-AA/TC Luis Rabines Quiñones; y 410-2002-AA/TC Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior LOTC, Ley N° 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente LOTC, Ley W 28301

⁵⁵⁹ CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura, Lima, octubre de 2004, p.29

⁵⁶⁰ Presupuesto que los jueces deberán delimitar jurisprudencialmente y preservando siempre el principio de supremacía constitucional. Al respecto, algunos autores sostienen que por una cuestión de economía y celeridad, el legislador ha dispuesto en buena cuenta que la primacía

una potestad judicial que solo se ejerce cuando la inconstitucionalidad es manifiesta al punto de que es imposible encontrarle una interpretación conforme a la Constitución⁵⁶¹. El segundo presupuesto encuentra su fundamento justamente en el principio de supremacía de la Constitución, que determina que todo el ordenamiento jurídico deba adecuarse a sus preceptos, ya que ella es la fuente formal y material de las demás normas jurídicas; y además se sustenta en el principio de presunción de constitucionalidad de las normas. Lo que nos remite a la Segunda Disposición Final de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece que los jueces y tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional.

Un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad consagra el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del citado Código, cuando establece que los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Lo que implica que el control concentrado se sobrepone al denominado control difuso, primando la interpretación de las normas efectuada por el Tribunal Constitucional y la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República⁵⁶². Pero en esta tarea interpretativa, los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial encuentran otro límite, establecido en el tercer párrafo del artículo VI del Código y reiterado en la Primera Disposición Final de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sobre la base de estas dos disposiciones, la interpretación de los preceptos constitucionales será según los criterios que haya establecido el Tribunal Constitucional.

4. Aplicación del control judicial de constitucionalidad de las normas

Si bien el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución establece el deber de los jueces de preferir la norma constitucional de existir incompatibilidad entre esta y una norma legal, otros órganos distintos también se encuentran vinculados a este mandato constitucional. En tal sentido, no es una atribución exclusiva de los jueces del Poder Judicial, pues la Norma Fundamental ha establecido otros órganos jurisdiccionales, como es el caso del Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones, conclusión a la que llegamos interpretando el citado artículo con los artículos 181 y 202 inciso 2⁵⁶³.

de la Constitución solo será posible si es relevante para el caso, lo que implicaría sobre la base de una interpretación contrario sensu suspender su valor preferente. Cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Ara Editores, Lima, 2004, pp. 68-69.

⁵⁶¹ MESÍA, Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional. Primera edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 77

⁵⁶² El artículo 39 primer párrafo de la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional disponía: "Los jueces deben aplicar una norma C1 (Ya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal);" mientras que la Quinta Disposición Complementaria de la derogada Ley Procesal de Acción Popular establecía: "Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma C1 (Ya impugnación haya sido desestimada mediante el procedimiento de Acción popular": En el Código Procesal Constitucional ambas se mantienen con una redacción que en el fondo expresa lo mismo, en el párrafo que se comenta

Además esta posición se ha asumido doctrinariamente⁵⁶⁴ y jurisprudencialmente. En efecto, el propio Tribunal Constitucional ha precisado que la atribución de declarar inaplicable s las normas jurídicas solo se encuentra reservada para aquellos órganos que ejercen funciones jurisdiccionales: Poder Judicial, Jurado Nacional de Elecciones y Tribunal Constitucional; y que el control no puede ser realizado por los órganos de naturaleza o competencia eminentemente administrativas⁵⁶⁵.

El ejercicio de esta importante atribución en nuestro país no ha estado exenta de problemas. En el caso del Poder Judicial, se critica la actuación de los jueces, aduciendo que no ejercen un adecuado control judicial de constitucionalidad, recurriendo a criterios formalistas y a una interpretación literal del artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se sostiene que algunos autos que se elevan en consulta no son objeto de control, al estimar la Sala Constitucional y Social que el control difuso de constitucionalidad que hacen los jueces de las instancias inferiores está reservado solo para las sentencias en las que declare la incompatibilidad de una norma legal⁵⁶⁶.

Al respecto, consideramos que es un criterio restrictivo ejercer el control de constitucionalidad tan solo de sentencias, pues a las Salas Supremas -Sala Constitucional y Social, y la Penal y Civil, cuando media recurso impugnativo-corresponde fijar los criterios jurisprudenciales vinculantes en todo tipo de procesos en los que interpreten las leyes de conformidad con la Constitución. Sin embargo, últimamente la Sala Constitucional y Social permite el control de algunos autos, como es el caso de la interpretación del artículo 51 del Código Penal, que establece el concurso real retrospectivo⁵⁶⁷, lo cual es correcto, ya que de conformidad con el artículo 139 inciso 13 de la Constitución, la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

⁵⁶³ Sin dejar de considerar a la jurisdicción militar, cuya competencia se extiende a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, en caso de delito de función conforme establece el artículo 173 de la Constitución

⁵⁶⁴ Es el caso de Marcial Rubio Correa, quien considera a los tres órganos jurisdiccionales antes mencionados, los tribunales militares y el Consejo Nacional de la Magistratura. Ver: RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 5, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 11-25,

⁵⁶⁵ Expediente N° 0007-2001-AI/TC, sentencia del 9 de enero de 2003. En igual sentido en el Expediente N° 0499-2002-AA/TC sentencia del 16 de octubre de 2002, en la cual se establece que tratándose de la inconstitucionalidad del cobro de un tributo y su cuestionamiento en sede administrativa, el Tribunal Fiscal no es competente para declarar la inaplicabilidad de leyes o normas con rango de ley, pues tal actuación contravendría la Constitución.

⁵⁶⁶ Sobre la elevación en consulta la Sala Constitucional y Social en el Expediente N° 309-96-Callao del 27 de febrero de 1996, considera dilatorio elevar en consulta el ejercicio del control difuso aplicado en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, cuya característica y espíritu es la urgencia y celeridad.

⁵⁶⁷ La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, mediante resolución del 29 de noviembre del 2002, aprobó la resolución consultada del 26 de agosto del mismo año, que declara inaplicable el artículo 51 del Código Penal, en el proceso seguido contra Demetrio Limonier Chávez Peñaherrera por el delito de terrorismo en agravio del Estado (Consulta N° 3166-2002). Criterio adoptado además en la Consulta N° 3476-2002 del 11 de diciembre de 2002.

Por otro lado, se advierte la interferencia de los otros dos Poderes del Estado cuando se ha pretendido ejercer el control judicial de constitucionalidad, y como ejemplo basta remitirse a la inaplicación del artículo primero de la Ley N° 26479 que concedió amnistía general al personal militar, policial y civil que se encontraba denunciado, investigado, encausado, procesado y condenado por delitos comunes o militares en los fueros común o privativo militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieron haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de mil novecientos ochenta hasta la fecha de su promulgación⁵⁶⁸. La resolución judicial fue declarada nula por mayoría, y en consecuencia aplicable el artículo primero de la citada ley, ordenándose remitir copias de los folios pertinentes al organismo respectivo, a efectos de que se determine la responsabilidad de la juez, pues a criterio del colegiado consignó citas que no correspondían al texto de donde afirmó emanaban, dejando constancia la vocal que emitió el voto minoritario, que no resultaba claro si se trataba de la comisión de un delito o de una responsabilidad funcional en el desempeño de las funciones de la a quo. Al declarar la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República infundada la queja interpuesta por los agraviados, estos recurrieron al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, emitiéndose sentencia contra el Estado peruano⁵⁶⁹.

Otro caso de inaplicación de normas que atañe al Tribunal Constitucional y con marcadas connotaciones políticas, fue la sentencia recaída en el Expediente N° 00296-I/TC, la que presenta en su publicación dos resoluciones de aparente contradicción⁵⁷⁰. Y es que efectivamente, de manera insólita con fecha 3 de enero de 1997 se emiten dos resoluciones, interesando aquella en que los magistrados del Tribunal Constitucional, Aguirre Roca, Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, encontrando ostensible incompatibilidad entre la Ley N° 26657, impugnada en la demanda interpretativa del artículo 112 de la Constitución, decidieron aplicar el "control difuso" y no el "control concentrado", porque en el Pleno Jurisdiccional no alcanzaron el número de votos señalados en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la aplicación del control concentrado. El 19 de diciembre del mismo año, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema emite sentencia en el Expediente N° 303-97-Lima, recaída en el amparo interpuesto por Santiago Sanguinetti Galindo contra los tres antes citados, por la cual declararon fundada la acción interpuesta y"...

⁵⁶⁸ Ver: Resolución del Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, Exp. N° 9395, Lima, 16 de junio de 1995, emitida por la Jueza Antonia Saquicuray Sánchez; resolución de la Sala Penal de la Corte Superior de Lima, Exp. N° 424-95, del 14 de julio de 1995. Voto mayoritario de los vocales Castillo Dávila y Hurtado Herrera; y minoritario de la vocal Luisa Napa Lévano; y Queja N° 1234-95, resolución del 13 de octubre de 1995 de la Sala Penal de la Corte Suprema integrada por los vocales supremos Iberico Mas, Montes de Oca Begazo, Almenara Bryson, Sánchez Palacios Paiva y Villafuerte Bayes.

⁵⁶⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 de noviembre de 2001, Caso Chumbipuma Aguirre contra Perú (Caso Barrios Altos).

⁵⁷⁰ Ver: GUTIERREZ CAMACHO, Walter. Análisis de constitucionalidad y control difuso. En: "Primer Curso de Formación", Módulo 4: Control difuso e interpretación constitucional. Material de enseñanza, Academia de la Magistratura, Lima, octubre 2004.

que le asiste al demandante de manera irrestricta el derecho de contar como candidato presidencial y elegir al ingeniero Alberto Fujimori Fujimori en las elecciones generales previstas para el año 2000 (...)"

El breve comentario a este caso evidencia el manejo político de la situación, pues con motivo de la aplicación del "control difuso" en un proceso de control abstracto de normas, los tres magistrados del Tribunal Constitucional fueron destituidos, y al igual que el caso anterior recurrieron al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, pues fueron destituidos por el Congreso, emitiéndose también sentencia condenatoria contra el Estado peruano⁵⁷¹, Por otro lado, sorprendió la actitud de los vocales supremos que resolvieron el amparo antes indicado, ya que el Poder Judicial en este proceso constitucional analizó el accionar de estos magistrados, pese a que en el considerando cuarto dejaron constancia que no se trataba de revisar una sentencia expedida en un proceso regular del órgano de control de la Constitución.

5. A manera de conclusión

El control judicial de constitucionalidad de las leyes es un poderoso instrumento de control del ejercicio del poder del Estado, que debe ser usado con mas frecuencia por los jueces del Poder Judicial. Para ello se debe tener muy en cuenta la supremacía de la Constitución, principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico; y otros criterios de interpretación que permitan su efectividad. Postulamos que no solo las sentencias sean objeto de este control sino también los autos que ponen fin al proceso, los que generan los efectos de cosa juzgada conforme al artículo 139 inciso 13 Y los que afectan derechos fundamentales. La Corte Suprema a través de sus salas especializadas respectivas debe fijar los criterios jurisprudenciales que permitan a todos los jueces ejercer este "poder-deber" asignado por la Norma Fundamental, a fin de contribuir a la consolidación del Estado social y democrático de derecho al que todos aspiramos.

DOCTRINA

ABAD YUP ANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional. 1ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Comisión Principal de Constitución (1978-1979). Diario de Debate. Tomo III. Editora Atlántida S.A., Lima, 1985; CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional.

Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional, Academia de la Magistratura, Lima, octubre de 2004; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Ara Editores, Lima, 2004; COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO (1923). Actas de las sesiones.

Tomo 1. Imprenta eA. Castrillón, Lima, 1928; GARCIA BELAUNDE, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Temis, Santa Fe de Bogotá, 2001; GUTIERREZ CAMACHO, Walter. Análisis de constitucionalidad y control difuso.

⁵⁷¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 31 de enero de 2001, Caso Tribunal Constitucional contra Perú

En: Primer Curso de Formación. Módulo 4: Control difuso e interpretación constitucional.

Material de enseñanza. Academia de la Magistratura, Lima, octubre de 2004; MESÍA, Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional. 1ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 5. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lima, 1999; WISON. Cases and materials on Constitutional and Administrative Law. 2ª edición. Cambridge, 1977.

Unidad y exclusividad de la función jurisdiccional

Artículo 139

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 41, 97, 99, 118 inc. 9), 173;

L.O.P.J.: arts. 1, 2, 4, 5;

C.A.D.H.: arto 8.1;

D.U.D.H.: arto 10;

P.I.D.C.P.: arto 14

Fernando Vidal Ramírez

El precepto tiene su antecedente en el inc. 1 del artículo 233 de la Constitución Política de 1979, que ha sido receptado literalmente. Sin embargo, la norma que le da cabida modificó el tenor de la que le sirve de antecedente pues esta se refería a las garantías de la administración de justicia, mientras que la que comentamos se refiere a los principios y derechos de la función jurisdiccional, siendo el primer texto constitucional que hizo referencia explícita a la función jurisdiccional.

El vocablo jurisdiccional deriva de jurisdicción, que tiene como raíz etimológica la locución latina iurisdidio que, a su vez, deriva de ius, derecho, y dicere, decir, declarar.

Con este antecedente etimológico, el sentido de la función jurisdiccional en el texto de la Constitución no puede ser otro que el de decir o declarar el derecho al administrarse justicia.

La necesidad de administrarse justicia se origina cuando los seres humanos, desde la más remota antigüedad, comienzan a organizar su vida de relación. Los grupos sociales que buscaban una convivencia pacífica a su interior, recurren al poderoso, al sacerdote del culto o al anciano para que dirima los conflictos y controversias, por lo que la administración de justicia es anterior a la formación del Estado, pues comienza a funcionar de manera privada muchos siglos antes de concebirse y organizarse la función jurisdiccional como inherente al Estado.

No se trata de detenemos en la evolución de la civilización, pero sí es conveniente en relación al Derecho Romano, en el que la iurisdictio fue la facultad que otorgaba el Estado para administrar justicia mediante los pretores y los cónsules en Roma y de los procónsules en las provincias. Pero también la otorgaba a los arbiter, que asumían la iunsdictio por delegación, que eran escogidos por las partes en conflicto, para que lo resolvieran.

A la caída del Imperio Romano la administración de justicia como función del Estado distó mucho de la organización que había tenido en Roma y, al producirse la penetración del Derecho Romano en los ordenamientos jurídicos de la Europa medieval su recepción se orientó a la regulación de las relaciones jurídicas entre particulares, pues en lo relativo a la organización del Estado no tuvo similar acogimiento.

La formación de los Estados a partir del siglo XVI fue determinando la organización de la administración de justicia como una función jurisdiccional a cargo del Estado absolutista o monárquico hasta que la Revolución Francesa, desde fines del siglo XVIII, fue determinando la tricotomía de la organización del Estado, preconizada también por la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que ha llegado hasta nuestros días.

Las ideas libertarias de la Revolución Francesa influyeron grandemente en la gesta emancipadora de las naciones hispano americanas y la Constitución de los Estados Unidos en su organización política. Advenido el régimen republicano, el Perú, como las demás naciones hispanoamericanas nacidas a la vida independiente, comenzaron a organizarse en base a sus respectivas Cartas Políticas y a reformar el sistema colonial de la administración de justicia a su organización política, erigiendo al Poder Judicial como uno de sus pilares y confiándole el ejercicio de la función jurisdiccional.

A la jurisdicción se le atribuyen varios significados, pero nosotros la estamos tomando en el sentido que puede deducirse de los antecedentes expuestos. De estos diversos significados, el más compatible con el concepto que venimos desarrollando es el que conduce a entenderlo como competencia, pero competencia de los órganos jurisdiccionales por la territorialidad, por su especialidad, por las materias y en razón de su grado y jerarquía.

El inc. 1 del artículo 139, que motiva este comentario, plantea como premisa fundamental, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la que debe entenderse referida a la que ejerce el Poder Judicial, con las excepciones que la misma norma establece y referidas a la jurisdicción militar y a la arbitral, a la que deben agregarse la electoral y la constitucional.

La unidad y exclusividad de la jurisdicción se entiende, entonces, como la estructura orgánica y jerarquizada del Poder Judicial, en cuyo vértice se ubica la Corte Suprema de Justicia con competencia sobre todo el territorio de la República, las Cortes Superiores de Justicia en el ámbito territorial de los respectivos Distritos Judiciales, los Juzgados de Primera Instancia, cualquiera que sea su competencia por razón de la materia, en las capitales de las provincias, y los Juzgados de Paz Letrados con competencia en los distritos municipales. Esta estructura no comprende a los Juzgados de Paz No Letrados, que tienen la competencia que les atribuye la ley pero que no forman parte del Poder Judicial.

El enunciado que proclama la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional es, pues, contradictorio desde que reconoce la función jurisdiccional a cargo de

los Juzgados y Tribunales Militares, de los Tribunales Arbitrales, del Jurado Nacional de Elecciones y del Tribunal Constitucional.

La jurisdicción militar tiene antecedentes que se remontan a épocas anteriores al advenimiento de la República, habiéndola el constitucionalismo peruano reconocido, pero en ningún texto tan explícito como el del artículo 233 de la Constitución Política de 1979, que la Carta Política vigente receptó. Se trata de una función jurisdiccional que también ejerce el Estado pero con competencia exclusiva sobre los miembros de las Fuerzas Armadas para juzgar y reprimir las infracciones a las normas que establecen sus deberes y en las que puedan incurrir durante el desempeño de los servicios que les son inherentes, siendo también un derecho para los mismos miembros de las Fuerzas Armadas, pero solo en lo que vienen a ser los delitos de función.

La jurisdicción arbitral tiene también antecedentes de antigua data y acusa un reconocimiento en la Constitución de 1839, explicitado por la de 1979 y receptado por la vigente. Sin embargo, es un tema polémico desde que se le niega carácter jurisdiccional al arbitraje. Pero no se trata, obviamente, de una función ejercida por el Estado sino dependiente de los particulares que deciden sustraer del conocimiento del Poder Judicial la solución del conflicto de intereses que los conduce a una controversia. Los Tribunales Arbitrales, sean que estén constituidos por un árbitro único o por árbitros colegiados, se constituyen como un órgano jurisdiccional privado, al que, incluso, pueden someterse el Estado y las entidades públicas cuando la materia puede ser arbitrada al no existir prohibición legal.

La función jurisdiccional a cargo del Jurado Nacional de Elecciones y la constitucional a cargo del Tribunal Constitucional, ha de ser tratada con los comentarios al articulado pertinente.

Por último, el precepto materia de este comentario establece una prohibición en cuanto no permite que existan procesos judiciales por comisión o delegación, manteniendo el mismo sentido, aunque con distinta redacción, la prohibición antecedente del artículo 233 de la Constitución de 1979, aunque debe enfatizarse que siempre tuvo asiento constitucional, desde los inicios de la República al alcanzar su plasmación en el artículo 125 de la Constitución Política de 1828.

La prohibición, por lo demás, es congruente con el enunciado de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, pero referida a la que ejerce el Estado mediante el Poder Judicial. Ella impide que el Juzgado o Tribunal competente haga el encargo a un particular e incluso a un Juzgado o Tribunal incompetente, el conocimiento y tramitación de un proceso comisionándolo o delegando en él la resolución. Se trata, como queda expuesto, del proceso judicial mismo, y no de la comisión que mediante exhorto se libra para el diligenciamiento de una actuación judicial.

Siendo la prohibición de orden público, máxime si está contenida en un precepto constitucional, su violación acarrea una insubsanable nulidad.

DOCTRINA

AMBIA, Abel Adrián. Gestión administrativa, soporte de la función jurisdiccional. Poder Judicial. Lima, 1999; EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. Propuestas para la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, gobierno y administración del Poder Judicial, organización de la función jurisdiccional y sistema de carrera judicial.

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2002; GUERRA CERRÓN, Jesús María Elena. Visión del sistema de justicia. Rodhas. Lima, 2004; PEYRANO, Jorge W. Apuntes sobre la función jurisdiccional. En: "Advocatus". Año 3. N° 4. Lima, 1992.

Artículo 139

Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias; ni retardar su ejecución.

Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

(...)

CONCORDANCIAS:

C: artos 43, 97, 118 (inciso 21), 138, 139 inc. 1), 143, 146 inc. 1), 159 inc. 2);

C.P.: arts. 361, 400, 410;

C.P.C.: art. 123;

T.U.O. Rgto. Congreso: art. 20 (inciso e);

L.O.P.J.: arts. 2, 4, 16, 186 inc. 1);

Ley 27584: art. 41.1;

D.U.D.H.: art. 10;

P.I.D.C.P.: art. 14.1

Juan Monroy Gálvez

1. Una imprescindible cuestión previa

A fin de comprender el fenómeno que actualmente denominamos actividad estatal de impartir justicia en el Perú, resulta indispensable, aun cuando fuese de manera somera, resaltar una constatación inicial: los trabajos nacionales sobre la materia constituyen, a veces, intentos de reconstruir los datos más saltantes de nuestra evolución legislativa, en otras, solo el recuento -casi periodístico- de aquellos momentos en los que la actividad judicial ha sido sometida por algún poder manifiesto u oculto en ejercicio y, finalmente, muchas veces solo narran los esfuerzos teóricos que se perdieron en la ineptitud o falta de iniciativa de los responsables.

En uno y otro caso, tales trabajos descriptivos no conciben el tema judicial como uno de teoría política y, lo que es más grave, no parecen haber advertido que la única posibilidad de contar con una concepción global del fenómeno judicial (o de la "crisis" como también se le denomina), depende de apreciar este desde un enfoque plural. Un ejemplo bastará para comprender la limitación descrita: dentro de las ciencias sociales, hay una que se denomina "Sociología del Derecho"⁵⁷². Al interior de ella, a su vez, hay una disciplina

⁵⁷² "A sociologia do direito só se constitui em ciência social, na acepção contemporânea do termo, isto é, em ramo especializado da sociologia geral, depois da Segunda Guerra Mundial. Foi então que, mediante o uso de técnicas e métodos de investigação empírica e mediante a realização de pesquisas próprias sobre os resultados dessa investigação, a sociologia do direito

referida al fenómeno judicial ("Sociología de la función judicial" o "Sociología de la 'Administración de Justicia"), cuyos aportes o investigaciones no han sido jamás tomados como referencia para los estudios sobre el tema en sede nacional.

Probablemente esta pobreza en el análisis haya contribuido al estado actual del servicio de justicia nacional. En efecto, cuando se enumeran las "razones" de la postración judicial, los estudios nativos suelen entretenerse en el desarrollo de valores entendidos: el control del poder central, presupuestos exiguos, leyes procesales obsoletas, bajo nivel de preparación de los jueces o ausencia de formación deontológica en estos. En fin, apreciadas estas "causas" con algún nivel de reflexión, se advierte que hay una inversión del orden lógico de los acontecimientos, en tanto se le está dando el tratamiento de causa a lo que es efecto.

2. Estado de la situación

Se insiste como causa determinante de la situación actual, el interés del poder central (político o económico) en controlar al Judicial, sin constatar (aquí el Derecho comparado es vital) si tal situación es consecuencia de un proceso histórico del cual somos residuos de la marea o un caso especial sin antecedentes que lo expliquen. La circunstancia real de que el orden establecido haya manipulado al Poder Judicial para asegurar el ejercicio monopólico del poder, no es un asunto baladí o que pretenda ser desconocido. Tampoco que todas las Constituciones del siglo XX han proclamado la independencia judicial, sin que ningún Gobierno se haya atrevido a concretarla. Lo trascendente es si tales situaciones son causas o consecuencias de lo que se da en llamar la "crisis judicial".

Un ejemplo ilustra el tema. Alguna vez se enseñó como curso obligatorio la asignatura "Sociología del Derecho" en la Facultad de Derecho de la PUE. Ahora, probablemente motivados por el interés en formar abogados para garantizar la seguridad, permanencia y control de la producción en escala, es decir, el sistema económico de exclusión en que se ha convertido la sociedad contemporánea, las autoridades deben haberse persuadido que la Sociología del Derecho es una disciplina menor, por lo que es suficiente que solo sea un curso electivo.

El caso es que regularmente nos encontramos con el uso de conceptos polivalentes, genéricos y abstractos, cuyo empleo permite generalizaciones que no dejan fuera del análisis nada, aunque adentro tampoco. Sea que se trate de un tema adscrito a la sociología judicial o a una particular teoría política de la jurisdicción, lo que resulta trascendente es que tales estudios no existen a nivel nacional. En el plano práctico, lo expresado se comprueba de manera muy sencilla: las críticas al actual estado de cosas no conducen a alternativas; es

verdadeiramente construiu sobre o direito um objeto teórico específico, autónomo, quer em relação à filosofia do direito." (DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Introdução à sociologia do direito. En: "Direito e Justiça: A função social do judiciário". Organizador: José Eduardo Faria. Editora Ática. São Paulo, 1994, p. 39).

decir, jamás ha existido en el país un debate entre el Judicial como está y el "modo" que se pretende concretar, pasando por el método para lograrlo.

Otro aspecto singular es que el aparente profundo interés en reformar el Judicial, no es compatible con la necesaria precisión sobre qué es aquello que se pretende lograr. No hay manera de saber qué es exactamente lo que los reformadores -teóricos o prácticos- quieren como resultado de sus pesquisas o preocupaciones. Como se comprenderá, lanzarse a una formulación y concreción de un determinado ámbito de la teoría política -que no es otra cosa que plantear una reforma judicial- sin tener claro lo que se pretende, significa mantener nuestra tradición republicana de producir actos irresponsables disfrazados de políticas de Estado.

Antecedentes como los descritos constituyen peligros reales que debemos sortear para conducir a un intento serio de reforma del Judicial. El fenómeno judicial -empleo del concepto solo para identificar el átomo de nuestro objeto de estudio está preñado de influencias surgidas desde distintas fuentes, por ejemplo: el sistema político que formalmente hemos asumido; la mundialización de la economía que actualmente soportamos; el nivel de la cultura jurídica básica existente en nuestra sociedad; la función que la universidad cumple en la dinámica de las clases sociales; en fin. Lo trascendente, sin embargo, es constatar que todos estos temas de investigación que aportan a la comprensión del fenómeno, solo pueden ser analizados desde distintas vertientes del pensamiento científico.

Después de todo, un discurso -una explicación- sobre un determinado tema tiene dos contextos de comprensión desde la óptica del receptor. Por un lado, un contexto de develamiento, el cual permite el conocimiento de nuevos datos sobre el tema investigado y, por otro, un contexto de encubrimiento, que está referido a aquello que debió ser afirmado y descrito por el emisor pero que no lo hizo, voluntaria o involuntariamente. En el caso del tema judicial peruano resulta claro que es necesario darle más importancia a aquello que -jurídica, histórica y sociológicamente- no se ha explicado ni justificado.

3. ¿Función o funciones del Poder Judicial?

La comprensión del Judicial pasa, nos parece, por concebirlo como un sistema, es decir, como un conjunto de elementos y órganos estructurados en base a un objetivo que se concretará, teóricamente, a partir de la decisión de la estructura que sea la adecuada por un lado, y prácticamente, en la posibilidad de que sus órganos logren cumplir las funciones para las cuales han sido diseñados, por otro.

Esta primera aproximación supone identificar la función o funciones para las cuales tiene significado diseñar un sistema de justicia. Sin embargo, es evidente que la identificación de tales funciones no es un asunto sencillo. Así, algunas tendencias clásicas suelen considerar que existe solo una función: resolver conflictos. Sin embargo, nos parece que tal apreciación no es rigurosa, aunque desde una perspectiva teórica suele tener mucho reconocimiento.

En nuestra opinión, con una ligera variante de lo que propone Zaffaroni⁵⁷³, existen funciones manifiestas y emergentes. Las primeras son las que están presupuestadas y deberían producirse.. En cambio las otras son las que se concretan en la práctica como consecuencia del intento defectuoso o estéril de hacer efectivas las primeras. Aquí aparece, aunque indirectamente, una forma de medir la eficacia del sistema. Mientras mayor sea la distancia entre aquello que se debe lograr y lo que en la práctica se concreta, la institución judicial tendrá más agravada su crisis. Por cierto, en tanto las funciones manifiestas se concreten, el sistema habrá alcanzado su plenitud.

Son funciones emergentes aquellas que se concretan, sin que el Judicial sea plenamente consciente de lo que está ocurriendo. Queremos decir que la obtención de funciones emergentes es consecuencia de la manipulación ideológica que debe soportar Judicial sometido a limitaciones formativas, presupuestales y, en consecuencia, de independencia (interna o externa) por parte del Estado o de quien controle a este. Un Judicial que, por ejemplo, permite que los derechos fundamentales solo sean parte de una declaración que no se respeta en los hechos porque los instrumentos de tutela son lo suficientemente onerosos o lentos como para producir resultados tempestivos (oportunos), es un Judicial en función emergente. El caso del amparo peruano (ahora derogado pero vigente más de dos décadas) es un ejemplo patético de lo que nos interesa describir.

En nuestra opinión, las funciones manifiestas, es decir, aquellas que deberían concretarse por medio de la actividad judicial son las siguientes: a) la solución de conflictos con relevancia jurídica; b) el control de conductas antisociales; c) el autogobierno; y d) el control constitucional de las leyes.

El cumplimiento de estas funciones y la forma como ello ocurra constituyen, en considerable medida, la expresión concreta de un modelo judicial determinado. Queremos decir, que detrás del modelo de control constitucional de las leyes que se opte; del sistema de formación, selección y control de los jueces que se elija, o del sistema procesal penal que se elija, entre otros temas, se estará perfilando un determinado modelo de sistema judicial.

Precisados estos antecedentes, pasaremos a continuación a un comentario de los incisos 2 Y 3 del artículo 139, y del artículo 141.

4. Exégesis del artículo 139 inciso 2: la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional

Probablemente el rasgo más característico de las sociedades del tercer mundo, es que sus estados (organizaciones políticas) han perdido capacidad de decisión sobre los temas nacionales trascendentes, en beneficio de las organizaciones representativas del capital internacional. De hecho, en lo que

⁵⁷³ "Por último, es indispensable tener en cuenta que las instituciones reconocen funciones 'manifiestas' y 'latentes', o sea, funciones que se enuncian en el discurso oficial y funciones que realmente se cumplen en la sociedad. La disparidad entre ambas es inevitable, pero cuando la distancia entre lo que se 'dice' y lo que se 'hace' llega a ser paradójica, esa disparidad se vuelve disparate, o sea, que se 'dispara' contra la propia institución, desbaratándola". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Estructuras Judiciales. Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 14).

respecta a nuestro tema, el interés mayor que pueden tener las organizaciones representativas del capital financiero internacional, es contar con una actividad judicial que asegure que la actividad judicial no interfiera más tiempo del indispensable en las transacciones comerciales y financieras, sobre todo, que aseguren el retorno de la inversión en los periodos previstos por el sistema internacional del poder.

Visto así, cuando en un Estado sudamericano, por ejemplo, se intenta una reforma judicial, un tema central -aunque regularmente encubierto-lo constituye el grado de independencia que debe tener un juez. Siendo un elemento intrínseco a su calidad de tal, la cobertura que se le dé a este atributo esencial define el éxito de una reforma.

Cuando se utiliza el concepto independencia judicial, debe advertirse que esta categoría tiene por lo menos dos manifestaciones, la independencia de la institución, que bien puede denominarse autonomía, aun cuando el uso de esta última puede en algunos contextos ser entendida como exagerada y, por otra, la independencia del juez, es decir, la funcional. Esta última puede, a su vez, clasificarse en externa o interna. Será la primera, aquella que tiene que ver con los condicionamientos exógenos (que rodean a la actividad judicial) que pueden afectar la capacidad de juzgar del órgano jurisdiccional respectivo⁵⁷⁴. Así, por ejemplo, en un sistema judicial en donde la elección, ascenso o remoción de los jueces de más alto rango esté a cargo de los otros poderes, se produce una severa limitación a la independencia judicial, en tanto es bastante probable que quien eligió a un juez se sienta "legitimado" para pedirle (o exigirle) que sujeción tome talo cual sesgo.

De la misma manera, cuando a un juez se le arrincona con presupuestos miserables, con ausencia de capacitación especializada y de calidad, se está ejerciendo sobre él una violación de su independencia externa.

En las organizaciones judiciales surgidas del modelo napoleónico, la estructura judicial es burocratizada, vertical y rígida. Zaffaroni explica esta situación así: "Un juez independiente no puede concebirse en una democracia moderna como un empleado del Legislativo o del Ejecutivo, pero tampoco puede ser un empleado de la Corte o Tribunal Supremo. Un Poder Judicial no se concibe hoy como una rama más de la administración y, por ende, no puede concebirse su estructura en la forma jerarquizada de un ejército". En ese contexto, las jerarquías superiores del Judicial se comportan de una manera muy particular respecto de los jueces "inferiores": pretenden afirmar el rango superior por medio del acto de manipular sus decisiones, inclusive son muchos los casos en

⁵⁷⁴ "La independencia de la magistratura en este sentido, es la que corresponde a los órganos o conjunto de órganos judiciales y del ministerio público, es decir, a su autogobierno, (...). En definitiva, sería lo que hemos llamado función de autogobierno del judicial.

La independencia del juez, en lugar, es la que importa la garantía de que el magistrado no estará sometido a las presiones de poderes externos de la propia magistratura, pero también implica la seguridad de que el juez no sufrirá las presiones de los órganos colegiados de la judicatura".

(ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. cit pp. 103 Y 104).

los que tal acto de intromisión lo realizan en cumplimiento de un pedido del "poder" externo que los eligió.

Si se aprecia con cuidado, con la situación descrita se afectan las dos formas de independencia. Por un lado, la cúpula se comporta como un "diligente representante" del poder político y económico, con lo cual ha renunciado a la independencia externa.

Es un Poder Judicial tomado desde la cúpula. Por otro, al ejercer influencia indebida sobre los otros grados de la estructura judicial se afecta severamente la "independencia interna", en tanto coloca al juez de grado inferior como su dependiente.

Otra forma de afectar la independencia judicial es someter al juez al uso de un método dogmático de estructura lógico-formal que se impone bajo el pretexto de asegurar el equilibrio de poderes, a través de la imparcialidad del Judicial. Cuando se dice que la función del juez es "aplicar la ley", se convierte a esta en fuente primaria y casi exclusiva de regulación jurídica y, por cierto, en el principal instrumento de racionalización de las relaciones sociales. Al solo "aplicar la ley", los jueces se convierten en una clase muy especial de funcionarios públicos; lo son, pero no integran el poder político, en el sentido de que no expresan posición sobre los problemas más trascendentes de la sociedad, por eso se les encarga, con preeminencia, solo la solución de conflictos interindividuales.

En síntesis, en un modelo liberal de Estado, el Judicial es un órgano eminentemente objetivo, neutro e imparcial por lo que la vinculación del juez a la leyes requisito para la uniformidad, regularidad y previsibilidad de las decisiones judiciales. Como afirma Ferrajoli: "Según la orientación dominante, la actividad del juez en tanto actividad de un órgano autónomo e independiente, institucionalmente sometido a la fiel aplicación de la ley, es una actividad técnica que, por definición, no debe tener nada de política. La apoliticidad es empleada como sinónimo de imparcialidad e independencia del juez y, por tanto, un fundamental principio de su deontología profesional"⁵⁷⁵

En las sociedades fragmentadas en conflictos de clases, como la nuestra, las instituciones legales y judiciales ya no agotan la realidad del Derecho, o sea, la justicia no puede ser reducida a una dimensión técnico-formal, ni el juez puede seguir despojándose de sus valores al aplicar la ley a los casos concretos. Es imprescindible la superación de paradigmas estrictamente normativistas.

Finalmente, la independencia judicial no es un principio ni garantía de la función jurisdiccional como reza nuestro artículo 139; es, en cambio, el presupuesto para que un juez tenga la calidad de tal en un Estado Democrático de Derecho; la independencia es inherente a la calidad de juez.

Por eso, el segundo párrafo del inciso 2, que ahora comentamos, desarrolla el conjunto de derechos que surgen para el justiciable como consecuencia del

⁵⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. Magistratura democrática e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria. En: "L'uso alternativo del diritto", Tomo 1. Editore Laterza, Bari, 1973. p. 105.

enorme valor de contar con un juez independiente, es decir, un verdadero juez. Así si un juez está resolviendo un conflicto nadie puede interferir ni intentar resolverlo, el Judicial ha "adquirido" con exclusividad la solución del conflicto.

Por otro lado, cuando un juez resuelve un caso con un pronunciamiento sobre el fondo, su intensa y legítima autoridad impide que tal decisión sea discutida en algún otro fuero, sea el que fuese.

Inclusive cuando en la norma se hace referencia a la facultad investigadora y al derecho de gracia con que cuenta el Congreso, se precisa que cualquiera de ellas no afecta la función jurisdiccional, con precisión decimos nosotros, la independencia judicial.

DOCTRINA

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Introdução á sociologia da administração da justiça. En: "Direito e Justiça. A função social do judiciário". Organizador: José Eduardo Faria. Editora Ática. Sao Paulo, 1994; FERRAJOLI, Luigi. Magistratura democrática e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria. En: "L'uso alternativo del diritto", Tomo I. Editori Laterza, Bari, 1973; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Estructuras Judiciales. Ediar, Buenos Aires, 1994.

Debido proceso y tutela jurisdiccional

Artículo 139

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(u.) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 23), 93, 97, 118 inc. 9), 139 inc. 8), 143, 146, 149, 173, 205;

C.P.: arts.

V, 410; C.P.C.: arts. 1, 2, 14, 386;

C.P.Ct.: arts. 4, 25, 15, 37, 16;

C.N.A.: art 160;

L.O.P.]: art. 7;

C.A.n.H.: arts. 8 inc. 1),

25, 46 inc. 2)a;

n.Un.H.: arts. 8, 10;

n.A.n.n.H.: arts: XVIII, XXVI;

p.l.n.c.p.: arts. 2.3.b, 14 incs. 1) y 3)

Juan Monroy Gálvez

Un primer tema a precisar es si los conceptos que aparecen al inicio de la norma en comentario (debido proceso y tutela jurisdiccional) son distintos o se trata de una infeliz tautología o, más bien, de una necesaria reiteración. Es absolutamente obvio que los orígenes históricos de ambos conceptos son distintos y no solo eso, sino que, además, se desarrollaron en contextos históricos distintos, con lo cual, lo que se haga por integrarlos o separarlos tiene que asumir como conocido el dato histórico citado pero no servirse de él para la respuesta, porque se estaría reduciendo a niveles de enajenación el contenido jurídico de la discusión. En otras palabras, por razones históricas las categorías tienen origen diferente, pero eso no necesariamente las hace distintas.

Por otro lado, creemos que la identidad o diferencia de estas categorías no debe ser producto de un análisis dogmático respecto de lo que tal o cual concepto debe o debería contener, sino más bien debe ser producto de aquello que, desde una perspectiva científica y práctica, constituya una mejor aportación al sistema. Es decir, si la identidad o la diferencia existen, que así sea a partir de la importancia que tal identidad o diferencia producen para concretar los objetivos a obtenerse de la vigencia del ordenamiento jurídico.

En mi opinión se trata de dos categorías distintas, aunque entre ellas existe una relación de inclusión (una está comprendida dentro de la otra). Cuando se

hace referencia al derecho a un debido proceso, se afirma la existencia de un derecho continente al interior del cual existen cierto número de derechos fundamentales que aseguran el reconocimiento y plenitud de un sujeto de derecho dentro de un procedimiento o proceso. Así, serán expresiones del derecho continente (debido proceso) el de ser juzgado por un juez competente, de ser emplazado válidamente, de poder contradecir en un plazo razonable, de ser procesado en base a un procedimiento previamente establecido legalmente, de poder probar sus afirmaciones o de impugnar las decisiones que no lo conformen, entre otras.

Toda esta gama de derechos son tan significativamente importantes que adquieren la calidad de derechos fundamentales, es decir, son derechos cuyo sustento es constitucional y, como tal, no pueden ser pasibles de desconocimiento o limitación por ningún poder. De hecho, como ocurre con los derechos fundamentales, ni siquiera es imprescindible su reconocimiento literal en la norma constitucional, solo es suficiente que esté enmarcado su derecho continente para que todas sus manifestaciones, que no son pocas, se entiendan reconocidas y, en consecuencia, partes del derecho a un debido proceso.

Lo expresado implica, entonces, que en un Estado Constitucional de Derecho no hay sujeto jurídico que participe en un procedimiento o proceso y carezca del derecho a un debido proceso. Al contrario, su circunstancial desconocimiento daría lugar a que el procedimiento o proceso pueda ser declarado nulo y, eventualmente, deba el Estado resarcir por los daños ocasionados, cuando se trate de un proceso judicial.

Sin embargo, cuando empleamos el concepto tutela jurisdiccional hacemos referencia a una situación jurídica de protección que el Estado asegura a todo sujeto de derecho con prescindencia de si participa o no en un proceso. Así, la existencia de un estatuto judicial que asegure al juez un status mínimo e inmodificable de derechos (a su independencia, a su inamovilidad, a poder asociarse, a un ingreso digno, a desempeñarse atendiendo a su especialidad) no necesita estar ligado directamente al derecho a un debido proceso pero, sin duda, lo va a afectar, en tanto supone el aseguramiento de un conjunto de condiciones extraprocesales que redundarán en la eficacia de la impartición de justicia.

Por otro lado, no es extraño que se presente una situación en la cual diversas manifestaciones (derechos) del debido proceso entren en colisión al interior de un mismo proceso, después de todo, el citado derecho -como ha sido expresado-, les corresponde a todos. En esa contingencia, la solución tendrá que estar referida a aspectos más genéricos y universales de la impartición de justicia que trascienden la opción valorativa discutida en el caso concreto. Así, la duda entre si se debe o no permitir el uso de "prueba ilícita" en un proceso, por ejemplo, no puede resolverse en términos tan prosaicos como afirmar que con su empleo se afecta el debido proceso, sino en apreciar entre otros aspectos, qué posibilidades tiene la parte que propuso la prueba de acreditar su afirmación con medios probatorios distintos al propuesto. También será

determinante apreciar qué valores sociales están en juego en el proceso para decidir si se admite o no la "prueba ilícita".

Esta apreciación con textual del fenómeno procesal, desde la perspectiva unitaria de la jurisdicción o desde el ámbito genérico de la solución de controversias -como lo explicaremos luego-, es lo que denominamos tutela jurisdiccional. En esa línea, consideramos que esta categoría contiene el derecho a un debido proceso en todas sus manifestaciones, al punto de convertirse, en algunas ocasiones, en la orientación metodológica para resolver sus manifestaciones contradictorias. Por otro lado, la categoría contiene también todas las otras manifestaciones (no solo las procesales) que permiten exigir la vigencia o 'eficacia de los derechos.

Finalmente, no podemos dejar de afirmar que el concepto tutela jurisdiccional no nos satisface plenamente. Si bien dentro de una concepción extensiva de la jurisdicción este concepto puede ser atribuido a todo órgano o actividad destinada a resolver conflictos, nos parece que en ánimo de darle vigor al uso de las categorías, el empleo del concepto jurisdicción y sus variantes debe ser utilizado desde la perspectiva de la actividad realizada por los órganos del Estado que, estructurados, conforman el Poder Judicial y, por extensión, a aquellos órganos que resuelven conflictos con carácter definitivo y con coerción, como el Tribunal Constitucional en el caso nacional.

Con tales consideraciones, nos parece que la tutela que hemos descrito, en tanto aseguradora de la vigencia de los intereses y derechos comprendidos en el ordenamiento jurídico, no puede circunscribir su ponencia y actuación al ámbito jurisdiccional. En todas aquellas áreas en los que -sea la administración estatal o la actividad privada- se realizan procedimientos destinados a resolver conflictos, la circunstancia de que no sean definitivos (en el sentido de que todavía soportan control jurisdiccional), debe estar presente la tutela. Por esta razón, estimamos que el nombre más adecuado para identificarlo sería el de tutela procesal, en tanto alcanza a toda la actividad resolutoria que se realiza en nuestra sociedad, y no únicamente la que realizan los órganos jurisdiccionales.

Completo el comentario, expresando que el segundo párrafo contiene algunas manifestaciones del derecho a un debido proceso, a pesar de que al comienzo del artículo se hace referencia a los principios y derechos de la función jurisdiccional. En cualquier caso, ni son todos, ni son derechos o principios de la función jurisdiccional sino derechos o garantías del justiciable, como ya se ha explicado.

DOCTRINA

BERNARDIS LLOSA, Luis Marcelo de. La garantía procesal del debido proceso.

Cultural Cuzco. Lima, 1995; ESPINOSA-SALDANA BARRERA, Eloy. Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. Primera Edición. Jurista Editores. Lima, 2005; ESPINOSA-SÁLDAÑA BARRERA, Eloy. El debido

proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular. En: "Cuadernos jurisprudenciales". Ediciones Legales. Lima, 2000; GOZAINI, Osvaldo Alfredo. La imparcialidad de los jueces y el debido proceso. En: "Derecho Procesal. 111 Congreso Internacional". Universidad de Lima. Lima, 2005; LANDA ARROYO, César. El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. En: "Pensamiento Constitucional". N° 8. Lima, diciembre 2001; MORALES GODÓ, Juan. La garantía constitucional del debido proceso. En: "Diálogo con la Jurisprudencia". N° 2. Lima, diciembre 1995; OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Palestra. Lima, 2001; QUIROGA LEÓN, Anibal. El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos: jurisprudencia. Jurista Editores. Lima, 2003.

Publicidad de los procesos

Artículo 139

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.

Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 4), 41, 51, 93,100, 138;

C.P.C.: arto 206;

L.O.P.J.: arts. 6, 10, 12,22,33,82 inc. 30), 131, 137;

CA.D.H.: arto 8 inc. 5);

P.I.D.C.P.: arto 14 ine. 1)

Marianella Ledesma Narváez

1. La actividad jurisdiccional implica el poder de resolver los conflictos entre los particulares o entre estos y el Estado. Es una manifestación de la soberanía del Estado derivada de la voluntad popular. Este poder se manifiesta de manera absoluta, puesto que solamente aquellas personas investidas de autoridad para juzgar lo pueden hacer y sus decisiones una vez ejecutoriadas adquieren el valor de cosa juzgada.

En este sentido léase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2409-2002-AA/TC de 07 de noviembre de 2002 que dice:

"La actividad jurisdiccional del Poder judicial tiene por función constitucional el viabilizar la intervención del Estado mediante órganos de fallo adscritos a una terceridad imparcial y compositiva, tendentes a dirimir los conflictos interindividuales de naturaleza jurídica con el objeto de restablecer la convivencia pacífica mediante la resolución de dichas controversias por la vía de la recta aplicación o integración de la ley en sentido lato."

2. Una de las líneas maestras que orientan la actividad jurisdiccional es la publicidad de los procesos judiciales. Este consiste en que las actuaciones judiciales tanto escritas como orales sean públicas, es decir, pueden ser presenciadas por todos.

En ese sentido, el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice: "Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente. . ." (el resaltado es nuestro).

que ofrecen las cuestiones jurídicas, que por su tecnicismo no pueden ser debidamente apreciadas por un lego.

Por otro lado, este control es un mito porque las audiencias del debate oral atraerán público en relación directa con los elementos espectaculares que prometan, como es el caso del juicio oral seguido a Lori Berenzon y Vladimiro Montesinos. En cambio, procesos donde se ventilen simplemente intereses materiales, no lo tendrán jamás; pero, aun en el supuesto que tuviera público, solo podría ser apreciado en caso que la cuestión legal sea simple y predomine la prueba de los hechos, por ejemplo, un accidente de tránsito, un divorcio por malos tratos; situación que no se reproduce en la mayoría de los casos en la que se cuestiona el alcance y la interpretación de las normas materiales que garantizan los derechos.

5. La publicidad puede expresarse en dos niveles. La interna del procedimiento que atañe fundamentalmente a los sujetos del proceso; y la publicidad externa, que es la orientada a enterar al público en general.

Esta última se subdivide en inmediata y mediata. En el primer supuesto, opera cuando quien se anoticia lo hace por sí mismo y la mediata, a través de un medio de comunicación.

La publicidad en ambos casos se concreta a través del libre acceso a las audiencias y de la consulta de los expedientes; todo ello en la medida y la forma que disponga el ordenamiento respectivo.

Frente a ambos modos de publicidad, Couture considera peligrosa la que ejerce los medios masivos de comunicación sobre la labor jurisdiccional.

Para Peyrano(4) "hace un siglo, por publicidad solo podía entenderse el acceso directo del público a los actos del procedimiento o a su publicación por la prensa.

Hoy comprende todo eso, pero, cada vez más su difusión por otros medios, a veces más accesibles al gran público, como la radiotelefonía, o más objetivos, como la fotografía y la TV que transforman en público, no ya solo al ciudadano que ocurre a la audiencia sino a todo aquel que sintoniza la audición que transmite la misma."

El publicitar un proceso judicial, en especial la audiencia de pruebas, no se prestan para ser transmitidas por radio o televisión, pues la carga emocional con que suele rodearse las declaraciones y los excesos verbales resultarían ofensivos para las buenas costumbres; sin embargo, sería admisible grabar un tape o imprimir en cinta magnetofónica la audiencia, para luego y en su caso, difundir la imagen o la grabación lograda.

Cuando se utilice la prensa escrita los peligros pueden disminuir, pero el reproducir escritos o fotografías; podrían ser pasibles de interpretarse erróneamente por

(4) PEYRANO, Jorge. Ob. cit. p. 334.

no ubicarlos en su contexto, suscitando de esa manera una corriente de opinión equivocada. Por,«tro lado, también surge la posibilidad de que la

prensa se erija en un medio de presión psicológica sobre los partícipes del proceso.

6. En conclusión, la excelencia de la publicidad es indiscutible y el contralor por la comunidad es un bien innegable. No obstante ello, como señala Vescovi, tiene sus defectos, ya que lo público puede servir para que solo se interese por determinados casos, especialmente aquellos que los medios masivos de comunicación realzan. Lo cual no siempre resulta bien orientado. \

En todo caso en la actividad jurisdiccional, el contralor -no solo por el público que concurre a las audiencias sino por los medios de comunicación masivos- tiene sus peligros, pese a las excelencias que se proclaman. La publicidad desborda lo estrictamente procesal para constituir uno de los más importantes de nuestra sociedad actual; sino, basta recordar la campaña periodística desarrollada por el Washington Post durante el transcurso del caso "Watergate".

DOCTRINA

OVIEDO, Amparo. Fundamentos del Derecho Procesal, del procedimiento y del proceso. Temis, Bogotá, 1995; PEYRANO, Jorge. El proceso civil: principios y fundamentos. Astrea, Buenos Aires, 1978; VESCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Temis, Bogotá, 1984;

Deber de motivación escrita de las resoluciones judiciales

Artículo 139

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

5. La Motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 incs. 10), 24) f Y 154 inc. 3);

C.P.: arto V;

C.P.C.: arts. 120, 121, 155, 157 inc. 11), 176, 611;

C.P.Ct.: arto 17;

L.O.P.J.: arts. 6, 12, 22, 142, 145, 203;

D.U.D.H.: arto 10;

P.I.D.C.P.: arto 41

Eugenia Ariano Deho

1. Antecedentes históricos

La introducción del deber de motivar las sentencias va de la mano con la evolución del moderno Estado de Derecho⁵⁷⁶, uno de cuyos postulados es el sometimiento de todo órgano depositario de poder a la normatividad vigente. No por nada la obligatoriedad de la motivación de las sentencias es un legado de la Revolución Francesa, a la que le debemos las principales bases sobre las cuales un poco todos hemos construido nuestro sistema de legalidad.

En efecto, la obligatoriedad de la motivación de las sentencias tiene incluso una oficial fecha de nacimiento: el 24 de agosto de 1790, fecha en la que la Asamblea Nacional francesa, al aprobar la ley sobre la nueva organización judicial revolucionaria, prescribió en su artículo 15 que toda sentencia, civil o penal, de apelación o de primera instancia, debía contener además de la indicación de los nombres de las partes, de las cuestiones controvertidas de hecho y de derecho y el fallo, los resultados probatorios y las/motivaciones de la decisión ("les motifs qui auront déterminé le jugement").

⁵⁷⁶ Señala FERRAJOLI, Derecho y razón, Trotta, Madrid, 1995, p. 622: "Aunque se encuentren huellas de la motivación en las jurisdicciones estatutarias, en la eclesiástica de la Santa Inquisición y aún antes en la de los magistrados romanos, el principio de la obligación de reddere rationem de las decisiones judiciales, y específicamente de las sentencias, es rigurosamente moderna". Sobre los precedentes del deber de motivar, ctt. TARUFFO, L'obbligo di motivare della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo, en "Rivista di Diritto Processuale", 1974, P. 265 Y ss.; igualmente, GORLA, Sullo via dei "motivi" del "sentenziato"~ /acune e irrapole. En: "Diritto comparato e diritto comune europeo", Giuffrè Milano, 1981, pp. 717 Y ss.

La imposición del deber de motivar las sentencias tendía a asegurar a todos los franceses la subordinación del juez a la ley y a evitar el tan temido despotismo judicial que caracterizó a la magistratura durante el Anden régime. Tal como lo señala Taruffo en el cuadro de los principios de inspiración democrática revolucionarios, "en alternativa a la arbitrariedad del juicio, toma cuerpo la imagen del juez que no solo debe aplicar la ley creada por el pueblo, sino que además, debe sujetarse al control del pueblo enunciando las razones de su propia decisión"⁵⁷⁷.

No puede dejarse de evidenciar que los revolucionarios franceses no se limitaron a establecer en agosto de 1790 el deber de los jueces de motivar sus sentencias sino que poco después, con el decreto del 27 noviembre-1 diciembre del mismo año, en cabal complemento, crearon al "Centinela de la ley", el Tribunal de Casación, órgano instituido para el control de la actuación de los jueces y, de ser el caso, para sancionar con su casación (o sea la nulidad) a toda sentencia "qui contiendra una controvention expresse au texte de la 101"⁵⁷⁸ lo que (como es obvio) hubiera sido imposible si los jueces no hubieran tenido que dar cuenta en sus sentencias de las razones de su decisión.

El deber de motivar fue luego sancionado, en términos más generales, en el arto 208 de la Constitución francesa del año 1795, el cual establecía que todas las sentencias debían ser motivadas y debían enunciar los términos de la ley que se aplicaba, siendo desarrollado, más adelante, en los Códigos procesales napoleónicos y de allí en las codificaciones procesales europeas del Siglo XIX.

2. El deber de motivar en nuestro ordenamiento constitucional

Durante nuestra vida como Nación independiente, el deber de motivar las sentencias fue recogido por primera vez, como manifestación de la publicidad de "los juicios", en la Constitución de 1828⁵⁷⁹, dedicándole dos normas: una

⁵⁷⁷ TARUFFO. Ob. cit., p. 271

⁵⁷⁸ La conexión entre el deber de motivar con la institución del Tribunal de Casación es puesta en evidencia por TARUFFO, L'obbligo di motivazione della sentenza, cit., p. 270, nota 22, "por cuanto el

órgano viene instituido como instrumento de control de legalidad sobre la actuación de los jueces, y por lo tanto es la expresión de una voluntad política análoga a aquella de la cual descende el principio de la obligatoriedad de la motivación. Tanto este principio, como el papel asignado a la Casación (...), son igualmente funcionales a la actuación del principio de subordinación del juez a la ley entendida como expresión de la voluntad popular". Téngase en cuenta que, como lo evidencia GORLA, op. ult. cit., p. 729, el propio Tribunal de Casación, al menos al inicio, no tenía el mismo que motivar sus arrêts

⁵⁷⁹ Durante la Colonia dado que en el derecho histórico español no existía un verdadero deber de motivación, no se solía motivar. En efecto las Partidas se limitaban a establecer que las sentencias debían ser "dadas de día, leyéndose públicamente y escribiéndose en las actas" (lo recuerda LALINDE ABADÍA, Iniciación histórica al derecho español, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1978, p. 921). Cabe además tomar en cuenta que por Real Cédula del 23 de junio de 1778, el rey Carlos III (ni más ni menos) prohibió que todos los tribunales españoles motivaran sus sentencias para evitar "cavilaciones de los litigantes" y consumir "mucho tiempo". Cfr. GUASCH FERNANDEZ, El hecho, el derecho en la casación civil, J.M. Bosch, Barcelona, 1998, p. 446. Igualmente, COLOMER HERNANDEZ, La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 68 Y ss. En la Constitución de Cádiz de 1812 hay apenas una referencia al deber de motivar en el arto 293 respecto del auto

para los "juicios civiles" (art. 122⁵⁸⁰ y otra para las "causas penales" (art. 123⁵⁸¹). Será recién a partir de la Constitución de 1834 que la fórmula se hará única y se repetirá, con ligeras variantes, en las sucesivas constituciones hasta la de 1933; "Las sentencias serán motivadas, expresándose en ellas la ley o los fundamentos en que se apoyen"(7).

Sin embargo, será recién con la Constitución de 1979 que, adoptando y adaptando la fórmula del inc. d) del art. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 (Decreto Ley N° 14605), el deber de motivación devendrá explícitamente una autónoma "garantía de la administración de justicia", (artículo 233 inc. 4) a observarse por los jueces de todas las instancias y en relación a todas las resoluciones judiciales, con la sola exclusión de "de mero trámite". Fórmula luego reproducida en el inciso bajo comentario.

Es interesante poner en relieve que en la Constitución vigente (al igual que en todas las anteriores) el Poder Judicial, frente a sus "pares" Legislativo y Ejecutivo, es el único órgano al que se le exige motivar sus actos, casi como poniendo en evidencia que los jueces serán todo lo independientes que deben ser, pero estando sometidos a la Constitución y a la ley (art. 146.1 Const.), así debe reflejarse en sus resoluciones. Es así que se ha dicho que la motivación es el "banco donde el juez paga el precio de la independencia y libertad de decisión"⁵⁸².

3. Funciones de la motivación

de detención ("Si se resolviere que el arrestado se le ponga en la cárcel, ó que permanezca en ella en calidad de preso, se proveerá auto motivado...").

⁵⁸⁰ "Los juicios civiles son públicos: los jueces deliberan en secreto: las sentencias son motivadas, y se pronuncian en audiencia pública".

⁵⁸¹ "Las causas criminales se harán por Jurados. La institución de éstos se detallará por una ley. Entre tanto, los Jueces conocerán haciendo juzgamiento público, y motivando sus sentencias".

Como digo en el texto el deber de motivación se presenta en todas nuestras Constituciones (hasta la de 1933) como expresión de la publicidad de los "juicios": así el arto 123 Consto 1834: "La publicidad es esencial en los juicios. Los Tribunales pueden controvertir los negocios en secreto; pero las votaciones se hacen a alta voz ya puerta abierta; y las sentencias son motivadas, expresando la ley, y en su defecto, los fundamentos en que se apoyan"; arto 125 Consto 1839: "La publicidad es esencial en los juicios: los Tribunales pueden discutir en secreto los negocios, pero las votaciones se han de hacer a alta voz y a puerta abierta y las sentencias deben ser motivadas, expresando la ley, y en su defecto los fundamentos en que se apoyan"; arto 128 Consto 1856: "la publicidad es esencial en los juicios: los Tribunales pueden discutir en secreto; pero las votaciones se harán en alta voz y a puerta abierta. Las sentencias serán motivadas, expresándose la ley o fundamentos en que se apoyan"; arto 127 Consto 1860: "La publicidad es esencial en los juicios, los tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones se harán en alta voz y públicamente. Las sentencias serán motivadas, expresándose en ellas la ley o los fundamentos en que se apoyen"; arto 125 Consto 1867: "La publicidad es esencial en los juicios; los Tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones serán públicas. Las sentencias serán motivadas, expresándose en ellas la ley y los fundamentos en que se apoyan"; arto 154 Consto 1920: "La publicidad es esencial en los juicios: los Tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones se harán en alta voz y públicamente. Las sentencias serán motivadas expresándose en ellas la ley o los fundamentos en que se apoyan"; finalmente el arto 227 Consto 1933: "La publicidad es esencial en los juicios.

⁵⁸² Así MELLI, Il principio del 'libero convincimento del giudice' ed il sapere delle parli nel processo penale. En: "Giurisprudenza costituzionale", n. 1971, p. 2239, cito por GUASCH FERNANDEZ. El hec hoy el derecho en la casación civil, J.M. Bosch, Barcelona, 1998, p. 445, nota 2198.

La motivación escrita (que es lo que exige la Constitución) de las resoluciones judiciales puede cumplir, dependiendo del ángulo en que se mire, hasta tres funciones:

1) Desde el punto de vista del juez: una función preventiva de los errores, en cuanto debiendo aquél dar cuenta por escrito de las razones por las que ha llegado a su fallo, al momento de "redactar" su resolución podría bien darse cuenta de aquellos errores que podría haber cometido en su "operación intelectual" previa y "autoenmendarse"⁵⁸³;

2) Desde el punto de vista de las partes: una función endoprocesal o de garantía de defensa en cuanto les permite conocer la ratio decidendi de la resolución y, como tal, detectar esos errores que se mantendrían ocultos si no se explicitaran por escrito, a los efectos de poder utilizar las impugnaciones enderezadas a reparar tales errores⁵⁸⁴.

3) Desde el punto de vista de la colectividad: una función extra procesal o democrática de garantía de publicidad (y como tal de exclusión o de detección de la arbitrariedad) en el ejercicio del poder por parte del juez⁵⁸⁵.

Como fuere, lo cierto es que la motivación es unánimemente concebida como una garantía, es más, se ha dicho que es una "garantía de cierre del sistema" en cuanto ella "puede ser considerada como el principal parámetro tanto de la legitimación interna como de la externa o democrática de la función judicial"⁵⁸⁶.

⁵⁸³ Señala COLOMER HERNÁNDEZ, Ob. cit., p. 44 Y ss., que "la motivación es un discurso, elaborado por el juez, en el cual desarrolla una justificación racional de la decisión adoptada respecto al thema decidendi, y en el cual, al mismo tiempo, el juez da respuesta a las demandas ya las razones que las partes le hayan planteado". Sin embargo, agrega que hay que distinguir entre la motivación como "discurso justificativo" ya redactado por escrito y la motivación como actividad mental previa del juez. Así "mientras la motivación como documento es imprescindible para un control ex post de la decisión y de su correspondiente fundamentación por parte de terceras personas; en cambio, la dimensión de actividad impone al propio juez limitaciones ex ante en relación con el contenido de la decisión, en cierto sentido funciona como un autocontrol del propio órgano jurisdiccional, que no tomará una decisión que no pueda justificar". Sobre la motivación como discurso justificativo (y no descriptivo del iter formativo) elaborado ex post a la decisión, cfr. TARUFFO, La fisonomía della sentenza in Italia. En: "La sentenza in Europa. Metodo", tecnica estile, Cedam, Padova, 1988, pp. 184 Y ss.

⁵⁸⁴ Según TARUFFO, Lo fisonomía de/lo sentenza in Italia, cit, p. 187, las normas de los códigos que prescriben el deber de motivar lo hacen desde "una perspectiva que se puede definir endoprocesal. Ello equivale a decir que la función que se encomienda a la motivación es solo interna al proceso, y consiste esencialmente: a) al permitir a las partes el más fácil ejercicio del derecho de impugnación, a través del conocimiento de los motivos de la decisión; b) al facilitar el control del juez de la impugnación sobre la misma decisión". No me atrevo a decir, como se indica en el texto, que algunos de nuestros códigos procesales realmente permitan cumplir esta función de la motivación.

⁵⁸⁵ Que es el sentido que privilegia TARUFFO, Lo fisonomía del/a sentenza in Italia, cit., p. 189, "asegurar la controlabilidad sobre la manera en la cual los órganos jurisdiccionales ejercitan el poder que le es atribuido, en el ámbito del más general principio de controlabilidad que caracteriza la noción moderna de Estado de Derecho (...), pero es control democrático difuso que debe poder ser ejercitado por ese mismo pueblo en cuyo nombre la sentencia es pronunciada".

⁵⁸⁶ FERRAJOLI. Op. cit., p. 623.

4. El deber de motivación en la ley. Reflejos en la realidad

Hay un dato interesante que se puede observar en nuestra normatividad: mientras nuestros Códigos procesales más antiguos se mostraban bastante respetuosos del deber constitucional de motivación (piénsese en los arts. 284 y 285 del CPP de 1940⁵⁸⁷ y en el arto 1076 del derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912⁵⁸⁸, la normativa elaborada durante la vigencia de la Constitución de 1979 parecería no haber dado mucha importancia a nuestra garantía, en cuanto no ha impuesto a los jueces un "modelo de motivación" que permita un cumplimiento cabal del dictado constitucional.

Particular es el caso del Código Procesal Civil, el cual parece no haber advertido que la Constitución de 1979 exigía (como lo exige la vigente) no solo que las resoluciones contuvieran la mención expresa de la ley aplicable sino además, los correspondientes fundamentos de hecho (con lo cual se entiende que la motivación debe ser completa tanto 'en cuanto la quaestio iuris como la quaestio facti).

En efecto, el CPC de 1993 en el inc. 3 de su arto 122 se limita a indicar que las resoluciones judiciales deben contener "las consideraciones en orden numérico correlativo de los fundamentos de hecho que sustentan su decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado"⁵⁸⁹, mientras que en su arto 197 expresamente señala que "en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes" de las pruebas que sustentan la

⁵⁸⁷ En el nuevo Código Procesal Penal, D. Leg. N° 957, de 29 de julio de 2004, se encuentra detalladamente regulado en sus arts. 394 a 399, el contenido de las sentencias penales.

⁵⁸⁸ El art. 1076 disponía: "redactar las sentencias hará relación de la causa, designando las partes litigantes y las conclusiones formuladas por cada una de ellas; expresará los fundamentos en que se apoya para admitir o rechazar cada una de las conclusiones y pronunciará su decisión, declarando el derecho controvertido y condenando o absolviendo de la demanda en todo o en parte. También hará constar en la resolución, los fundamentos de la apreciación que haga de los dictámenes periciales y de la prueba testimonial". En la Exposición de Motivos del CPC de 1912 se decía: "Con sobrada razón se ha elevado a la categoría de precepto constitucional la obligación en que están los jueces de motivar las sentencias (art. 127 de la Const.): es un freno, quizá el único, de la arbitrariedad judicial. En el Código de Procedimientos debe detallarse la manera de cumplir esa obligación.

Como consecuencia de la amplitud que se concede al criterio del juez para apreciar la prueba pericial y la testimonial, el artículo precedente (art. 1076) le ordena, de un modo especial, que consigne en la resolución los fundamentos de la apreciación que haga de los dictámenes de los peritos y de las declaraciones de los testigos. El juez podrá aceptar en todo o en parte las opiniones de los peritos; podrá apartarse completamente del parecer de estos, o preferir el de uno de ellos cuando sean varios. Podrá, asimismo, prestar mayor fe a unos testigos que a otros, sin que el formar su juicio se halle sometido a la condición del mayor o menor número de ellos, sino atender a su veracidad, al interés que pudieran tener en el litigio, a la calidad de las personas y otras circunstancias que concurran a formar su convicción; pero esta libertad prudente y racional se le concede al juez con cargo a que diga cuales han sido las reglas de sana crítica que han inclinado su ánimo en determinado sentido"(así en].J, CALLE, Código de Procedimientos Civiles, Tipografía de El Lucero, Lima, 1912, p. 562 (cursivos míos).

⁵⁸⁹ Tal es la redacción resultante de la Ley 27524 de 6 de octubre de 2001, que prácticamente no agrega nada a lo que ya la Constitución establece. Téngase presente que el CPC de 1993 nace con un texto aún más escueto, pues se establecía que la resolución debía contener "La relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho que sustentan la decisión, la que se sujeta al mérito de lo actuado y al derecho".

decisión del juez. Vale decir que, el CPC de 1993, pese a haber establecido que los medios probatorios tienen por finalidad "fundamental" las decisiones (art.188) y que todas las pruebas son valoradas por el juez utilizando su "apreciación razonada" (art. 197), resulta bastante condescendiente con los jueces pues no les exige que den cuenta exhaustiva (por escrito) de la "valoración razonada" de las pruebas que en su momento admitieron (y que in *scrinio pectoris* se supone que valoraron)⁵⁹⁰, sino que solo expresen (repito, por escrito) lo "esencial". Lo que a todas luces se presenta como una vulneración del modelo de motivación previsto constitucionalmente.

Pero, sin duda, una de las disposiciones más impicantes con el deber constitucional de motivación está contenida en el arto 12 de la LOPJ de 1992, una ley que (no se puede dejar de decirlo) debía ser de estricto desarrollo de la Constitución de 1979.

En efecto, mientras la Constitución (la de 1979 y la vigente) exige que la motivación (tanto en derecho como en cuanto a los hechos) esté contenida en las resoluciones de "todas las instancias", el arto 12 LOPJ parece limitar tal exigencia solo a la resolución "de primera instancia", pues en cuanto a la resolución de "segunda", se autoriza a que simplemente "reproduzca" ("en todo o en parte") la que aparece en la de primer grado. Con ello, nuestra LOPJ, más que desarrollar (como debía) la Constitución, quiso legitimar una vieja praxis de nuestros tribunales "dealzada" de motivar sin motivar, es decir recurriendo a una (cuestionable) motivación *per relationem* que se sustancia en consabida fórmula "por los fundamentos de la recurrida" (o, peor aún, "por los fundamentos pertinentes de la recurrida", con lo cual no se sabe qué se "reproduce" y qué no), en abierta contravención del dictado constitucional⁵⁹¹.

⁵⁹⁰ Violándose además el derecho de defensa en su faz de derecho a la prueba, pues como señala TARUFFO, *11 diritto allo prova nel processo civile*, En "Rivista di diritto processuale", 1984, pp. 106 Y 114, "el derecho a la prueba puede ser definido como el derecho de las partes a influenciar sobre la fijación judicial de los hechos por medio de todas las pruebas relevantes, directas y contrarias, de las cuales disponen. Es evidente, en efecto, que también cuando se reconociera completamente el derecho de las partes de deducir y hacer admitir todas las pruebas relevantes, se trataría de una garantía ilusoria y meramente ritualista cuando no estuviera asegurado el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en sede de decisión (...).El derecho a la prueba puede ser garantizado solo a condición que el juez desarrolle una justificación expresa y completa de todas las pruebas deducidas por las partes. Debe entonces rechazarse el escamotaje consistente en el considerar que el juez motive cuando no dice nada".

⁵⁹¹ Cfr. ARRARTE ARISNABARRETA, Sobre el deber de motivación de los resoluciones judiciales en el ordenamiento procesal civil peruano, en "Diálogo con la Jurisprudencia", N° 63, dic. 2003, p. 122 Y ss., que coloca el supuesto de la motivación *per relationem* entre aquellos de resoluciones con "motivación aparente"; EQUIPO DE DERECHO PROCESAL DEL TALLER DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, Comentarios al inciso 25) del artículo 2° del Proyecto de Reforma de la Constitución: el derecho fundamental al debido proceso, en "Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal", N°4, 2003, p. 44 que consideran que las normas que permiten la remisión a la motivación del grado inferior son inconstitucionales. En sentido contrario, MORALES GODOL, Deberes de los jueces en el nuevo Código Procesal Civil, en "Revista del Foro", 2, 1993, p. 72 para quien "cuando el Superior recurre a la expresión ["por sus fundamentos"], es porque está de acuerdo con los argumentos de a quo y que torna innecesario que los esté repitiendo, no incurriendo en consecuencia en nulidad".

Sin dejar de decir que, "reproducir" cuando de un texto escrito se trata es a lo más "transcribir" y no meramente (como se hace en la praxis) "invocar" otro texto.

Como fuere, lo cierto es que a estar a lo que dispone el CPC de 1993 y la LOPJ, el deber de motivar las resoluciones judiciales tanto para los jueces ("no penales") de primera instancia como para (en general) los jueces de impugnación, resulta ser mucho más angosto de aquel querido por la Constitución, con la consecuencia de que nuestras resoluciones judiciales no solamente resultan bastante parcas y misteriosas (tanto que, por lo general, es difícil identificar no digo la ratio decidendi, sino el thema decidendi) sino que dada su parquedad pueden terminar encerrando una pura arbitrariedad, que es lo que primordialmente trata de evitar el deber constitucional de motivar.

Todo lo cual conduce a que en nuestra realidad el deber de motivación de las resoluciones judiciales funcione como una garantía meramente formal⁵⁹² y no represente el "grandísimo freno al arbitrio del juez"⁵⁹³, tal como con tanta ilusión se consignó en nuestras constituciones.

DOCTRINA

ARRARTE ARISNABARRET A. Sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales en el ordenamiento procesal civil peruano, en "Diálogo con la Jurisprudencia", N° 63, dic. 2003; COLOMER HERNÁNDEZ. La motivación de las sentencias:

sus exigencias constitucionales y legales, Tirant lo blanch, Valencia, 2003; EQUIPO DE DERECHO PROCESAL DEL TALLER DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. Comentarios al inciso 25) del artículo 2° del Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución: el derecho fundamental al debido proceso, en "Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal", N°4, 2003;

FERRAJOLI. Derecho y razón, Trotta, Madrid, 1995; GORLA. Sulla via dei "motivi" delle "sentenze": lacune e trappole. En: "Diritto comparato e diritto comune europeo", Giuffrè, Milano, 1981; GUASCH FERNANDEZ. El hecho y el derecho en la 'casación civil, J.M. Bosch, Barcelona, 1998; J.J. CALLE. Código de Procedimientos Civiles, Tipografía de El Lucero, Lima, 1912; LALINDE ABADÍA. Iniciación histórica al derecho español, 2a ed., Ariel, Barcelona, 1978; MELLI, Il principio del 'libero convincimento del giudice' ed il sapere delle parti nel processo penale. En:

⁵⁹² Sobre las desviaciones meramente formalistas a las que conduce la invocación del inc. 5 del art. 139 de la Constitución vigente a nivel de casación, cfr. de mi autora Motivación de las resoluciones, "error de logicidad" y recurso de casación, En "Diálogo con la Jurisprudencia", N° 60, setiembre 2003, p. 119 Y ss., así como mi envío "excepcional" al primer juez y cosa juzgada sobre la legitimación pasiva, En: "Diálogo con la Jurisprudencia", N° 67, abril 2004, p. 109 Y ss.

⁵⁹³ La expresión es de Filangeri, respecto de la Pragmática del rey Fernando IV de Nápoles del 23 de setiembre de 1774, en la que se ordenó a todos los tribunales napolitanos la motivación de las sentencias en cuanto al hecho y al derecho y, es más, se estableció que para que pasaran en cosa juzgada antes debían ser publicadas en los tipos de la imprenta real (lo recuerda FERRAJOLI. Ob. cit., p. 691, nota 364).

"Giurisprudenza costituzionale", II, 1971; MORALES GODO. Deberes de los jueces en el nuevo Código Procesal Civil, en "Revista del Foro", 2, 1993; TARUFFO.

L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo, en "Rivista di Diritto Processuale", 1974; TARUFFO. La fisonomía della sentenza in Italia. En: "La sentenza in Europa. Metodo", tecnica estile, Cedam, Padova, 1988; TARUFFO. Il diritto alla prova nel processo civile, En "Rivista di diritto processuale", 1984.

Pluralidad de la instancia

Artículo 139

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

6. La pluralidad de la instancia.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 141, 143, 148;

e.p.C.: arts. X T.P., 355, 364 al 383, 494;

e.p.p.: arto 1.4;

L.O.P.J.: arts. 6, 11,30, 33, 35, 40 al 43, 49 inc. 5), 50 inc. 3), 51 inc. 5), 59;

C.A.D.H.: arto 8.2.h;

P.I.D.e.p.: arto 14.5

Eugenia Ariano Deho

1. Antecedentes de la Constitución de 1823 a la vigente

El principio de la "pluralidad de la instancia" encuentra su directo precedente en el inc. 18 del artículo 233 de la Constitución de 1979, que por primera vez en nuestra historia constitucional lo estableció explícitamente como una "garantía de la administración de justicia".

Sin embargo, no hay que considerar que "la pluralidad de la instancia" (o la "instancia plural", que es lo mismo) estuviera del todo ausente en nuestra normativa constitucional histórica.

En efecto, al reconocimiento de la "pluralidad de la instancia" (cuyo opuesto es la "instancia única") se llega indirectamente de la regulación de la estructura piramidal del Poder Judicial que todas nuestras constituciones prevén.

Así, en la Constitución de 1823 se parte diciendo que el "Poder Judicial" reside "exclusivamente" "en los Tribunales y Juzgados subalternos"(art. 95), para luego establecer como su estructura, desde el vértice: una Corte Suprema de Justicia (art. 98, cuya competencia se establece en el arto 100); en principio cuatro Cortes Superiores de Justicia (art. 101, cuya competencia se establece en el arto 102) y, en la base, Jueces de derecho "con sus juzgados respectivos" en cada provincia "arreglándose su número de ellas, según lo exija la pronta administración de justicia"(art. 104).

Es importante evidenciar que en el modelo diseñado por nuestros padres constituyentes para la neo República peruana, la Corte Suprema no debía ser en la generalidad de los casos juez de segunda (o tercera instancia), sino más bien juez con competencias muy específicas (dirimir conflictos de competencias, conocer las causas criminales contra los miembros del Ejecutivo y de la propia Corte, actuar en tercera instancia en cuanto al juicio de residencia de todos los empleados públicos, conocer recursos de nulidad contra las sentencias expedidas en última instancia por las cortes superiores

para "el efecto de reponer y devolver", absolver dudas de Tribunales y Juzgados, etc.). La función de ser órgano de "segunda y tercera instancia en todas las causas civiles del fuero común" le era asignada a las Cortes Superiores (inc. 1 del art. 102), en cuyo "territorio" debían fenecer (art. 112), sin faltar de precisar que "no se conocerán más de tres instancias en los juicios" (art. 113).

En la Constitución de 1826 (la de Bolívar, conocida como la "Vitalicia", que "por ironía del destino fue una de las que menos tiempo perduró: solo cuarentinueve días" (I)), el esquema se repite: la Corte Suprema de Justicia debía tener una competencia limitada (art. 105), las Cortes Superiores se mantendrían como jueces de "segunda y tercera instancia en todas las causas civiles del fuero común" (y otras, art. 106, inc. 1) y en primera instancia los "jueces de letras" (art. 108). Quizá la novedad esté en que se señale que los "jueces de letras" reducen su competencia "a lo contencioso y pueden conocer sin apelación en los negocios civiles, hasta la cantidad de doscientos pesos" (art. 109), o sea en única instancia. Relevante es también que se prevé al "juez de paz" "en cada pueblo para las conciliaciones" (art. 112). Igualmente se señala que "No se conocerán más que tres instancias en los juicios".

Lo propio se establecerá en la Constitución de 1828, que en sus artículos 105 y 106 diseña el mismo esquema para el Poder Judicial: Corte Suprema de Justicia única, Cortes Superiores en cada departamento y Juzgados de Primera Instancia en las provincias. Igualmente, la Corte Suprema sigue siendo concebida como órgano de instancia solo para algunas causas específicas (art. III), las Cortes Superiores como órgano que conoce "en segunda o tercera instancia de todas las causas civiles del fuero común" (art. 115 inc. 1) y en primera o segunda instancia de las causas que conoce la Corte Suprema en segunda o tercera instancia (incs. 5 y 6 del art. 115, es decir de los juicios de residencia). De igual forma se reitera que "no habrá más que tres instancias en los juicios", pero precisándose que la tercera solo procederá "en los casos que designe la ley" (art. 124).⁵⁹⁴

En la Constitución de 1834 se mantiene la estructura a tres niveles del Poder Judicial (art. 109). La competencia de la Corte Suprema sigue siendo taxativa (art. 276), las Cortes Superiores siguen concebidas como órganos que conocen "en segunda y tercera instancia de todas las causas civiles de que conocen los Juzgados de Primera" (inc. 1 del art. 118) y los Jueces de Primera Instancia para las causas civiles y penales "mientras se establece el jurado" (art. 120). Desaparece toda mención a la limitación de las "instancias".

El mismo esquema se repetirá en la Constitución de 1838 (arts. 113, 118, 121 Y 123). En la Constitución de 1856, se mantiene la estructura del Poder Judicial, con el agregado de los jueces de paz (art. 126) pero desaparece toda mención de las competencias de sus respectivos órganos la que se deja a criterio del legislador ordinario. Lo propio ocurre en la longeva Constitución de 1860 (art. 125). El mismo esquema se repite en la efímera (rigió apenas año y medio)

⁵⁹⁴ Así UGARTE DEL PINO, Historia de las Constituciones del Perú, Editorial Andina, Lima, 1978, p. 191.

Constitución de 1867 (art. 122), en la de 1920 (art. 146) y en la Constitución de 1933 (art. 221).

Ahora si se prescinde de la efímera Constitución de 1826 en la que se prevé incluso el proceso a instancia única para las causas de escaso valor, es excesivo considerar que en la mente de nuestros sucesivos constituyentes haya estado el de "limitar las impugnaciones"⁵⁹⁵, sino a lo más establecer un esquema de distribución de competencias judiciales en tres niveles, en donde el principal problema a resolver era si las instancias debían ser dos o tres y quién tuviera la competencia para la tercera.

En realidad, el problema estaba todo en darle o no competencia de tercera instancia a la Corte Suprema, a lo que en principio parece haberse dado respuesta negativa, pero luego se dejó en libertad de decidir al legislador ordinario⁵⁹⁶. Y ese es el problema al que se enfrentó la Asamblea Constituyente de 1978.

⁵⁹⁵ Tal como lo ha considerado PRIORI. Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción. En: 'advocatus. Nueva Época', N° 9, 2003, p. 413.

⁵⁹⁶ Este aspecto es bastante notorio (al menos para quien lo quiera ver). En la Constitución de 1823 (que es realmente fundacional) la Corte Suprema no era juez de instancia sino en las causas penales contra los miembros del Ejecutivo y de la propia Corte (inc. 3 y 4 del arto 100), pudiendo conocer en tercera instancia del juicio de residencia contra todo empleado público (inc. 5 del art.100). En cambio, se le atribuía una competencia para conocer "de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia por las Cortes Superiores, para el efecto de reponer y devolver", vale decir, para conocer de un recurso de casación siempre con reenvío. En la siguiente Constitución la "Vitalicia" de 1826), en cierta medida se mantiene su competencia en causas criminales en contra de los miembros del ejecutivo (hecha excepción en contra del vitalicio presidente, inc. 1 del arto 105) Y en tercera instancia de la residencia de todo empleado público (inc.7, arto 105), pero en cuanto al recurso de nulidad en contra de las sentencias dadas en última instancia por las Cortes Superiores (inc. 9, arto 105) desaparece la precisión respecto al "reponer y devolver" de su predecesora. De la misma forma en la Constitución de 1828 se mantiene su competencia para conocer de las causas criminales contra los miembros del ejecutivo y legislativo (inc. 1 del arto 111) Y el conocer en segunda y tercera instancia de la residencia de los Prefectos (inc. 6 del arto 111), así como en tercera en la residencia de los demás empleados públicos "que por la ley estén sujetos a ella" (inc. 8 del arto 111), mientras que respecto del "recurso de nulidad contra las sentencias dadas en última instancia por las Cortes Superiores", lo será solo "en el modo y forma que designe la ley" (inc. 5 del arto 111), vale decir, que respecto de los efectos del recurso "de nulidad" la Constitución no se pronuncia. En la Constitución de 1834, se confirma la competencia en las causas penales contra miembros del ejecutivo y legislativo y su intervención como órgano de instancia en las residencias contra prefectos y demás empleados (in cs. 1,8 Y 9 del arto 114), a la par que establece que será competente para conocer "de los recursos que establezca la ley contra las sentencias dadas en última instancia por las Cortes superiores" (inc. 7 del arto 114), con lo cual si bien se reitera que el proceso termina ante las Cortes Superiores, se da carta blanca al legislador para que establezca el "recurso" que será de competencia de la Corte Suprema. En la Constitución de 1838, se mantiene la competencia "de instancia" precedente pero respecto del "recurso" en contra de las sentencias dadas en última instancia por las Cortes Superiores lo llama "de nulidad" pero a su vez deja en libertad al legislador ordinario para determinar cuál sea este "recurso" (inc. 7 del arto 118). A partir de la Constitución de 1856, como ya he dicho en el texto, desaparece toda indicación de la competencia de la Corte Suprema (y de los demás órganos judiciales), por lo que queda librado al legislador el darle la competencia que considere. Ergo, a partir de la Constitución de 1856 no había ningún óbice constitucional para que la Corte Suprema funcionara como tercera instancia.

En efecto, cuando el legislador constituyente afrontó el problema de las "garantías de la administración de justicia", estableció que una de ellas era la de la "instancia plural" (en el ya mencionado inc. 18 del arto 233), dando expresamente a entender que en el Perú no se podían establecer procesos a instancia única. Que luego las "instancias" pudieran ser dos o más, e~ un tema distinto y no delimitado por el constituyente, tanto es así que al establecer la competencia de la Corte Suprema indicó que lo era para "fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señala" (art. 241).

Como consecuencia el que la Corte Suprema pudiera ser órgano con competencia sobre el fondo (de "instancia", primera, segunda o tercera) o un órgano solo con competencia negativa (casación) se dejó que lo decidiera el legislador ordinario.

Ahora, dado que la propia Constitución de 1979 había establecido en su arto 237, al igual que todas sus predecesoras, la estructura en tres niveles del Poder Judicial (Corte Suprema de Justicia única, Cortes Superiores, juzgados civiles, penales y especiales, juzgados de paz letrados y los juzgados de paz, arto 237), era por demás obvio que a lo más podían haber tres instancias (y no ciertamente cuatro o cinco.⁵⁹⁷).

De allí que el único principio realmente zanjado con la Constitución de 1979 (y repetido en la vigente) era (y es) el que no pudiera haber en el Perú proceso a instancia única. Lo que significa que el legislador ordinario debía (y debe) establecer el mecanismo pertinente para provocar (por lo menos) una segunda instancia, o sea el que el proceso pueda pasar por el conocimiento completo (por lo menos) de dos jueces distintos.

2. Fundamento de la "pluralidad de la instancia"

El principio de la "instancia plural", o sea que un mismo proceso pueda ser conocido por más de un juez (distinto del primero), es un tema que ha atormentado a la humanidad desde hace más de dos mil años, o sea desde que en los tiempos del principado los romanos establecieron la apelación⁵⁹⁸.

Ciertamente, durante estos dos mil años las razones para no establecer procesos a instancia única han variado sustancialmente porque nuestra organización social (como es obvio) ha cambiado.

Así, si la apelación, como vehículo para promover una nueva instancia respondía, tanto en el tardo derecho romano⁵⁹⁹ como en las monarquías

⁵⁹⁷ Como lo especula PRIORI. Ob. cit., pp. 413 Y ss., citando la intervención de Ramírez del Villar en la Asamblea Constituyente.

⁵⁹⁸ Sobre la apelación romana cfr. ORESTANO, voz Appello (Diritto romano), en: "Enciclopedia del Diritto", II, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 708 Y ss., así como PADOA SCHIOPPA. Ricerche sull'appello nel diritto intermedio. I, Giuffrè, Milano, 1967.

⁵⁹⁹ Señala PADOA SCHIOPPA. Ob. cit., pp. 3 Y ss., que "~-)a admisión de la apelación comporta(ba), en primer lugar, una forma de control sobre los jueces, a través del reexamen de su actividad promovida por el recurso de la parte vencida. Se comprende así como la apelación esté presente en ordenamientos que conocen una incidencia efectiva del poder central: se piense en el ordenamiento del tardo imperio, o en la edad de los Estados absolutos. La apelación es el fruto de una estructura judicial jerárquica, pero es al mismo tiempo un medio

absolutas europeo-continenciales de la época feudal-comunal, a razones esencialmente políticas de control y concentración del poder por parte del Emperador o del Rey, hoy en un Estado de Derecho, basado en la separación de poderes y como tal, en la independencia judicial, cumple un papel obviamente del todo distinto del que pudo desempeñar en el pretérito, cuando tal separación no existía y el soberano (emperador o rey) era (o pretendía ser) el depositario original del poder jurisdiccional. Hoy ciertamente, la instancia plural y su vehículo (esencialmente la apelación) no puede ser considerada un instrumento de control autoritario sobre la actuación de los jueces por parte de un poder central, por el simple motivo que hoy no se promueve la nueva instancia ni ante un emperador, ni ante un rey, ni ante funcionarios subordinados a un poder central, sino ante el juez (independiente) que la propia ley establece como competente para ello (que, en nuestro actual ordenamiento puede ser tanto un Juez especializado, una Sala de Corte Superior o una Sala de la Corte Suprema, en función del juez que resolvió en primer grado).

En un Estado de Derecho, la apelación (y otros medios promotores de una ulterior instancia a la primera) tienen siempre un fundamento "político", pero este es profundamente distinto del que podía tener en el pasado: que "ningún acto estatal puede estar privado de los necesarios controles"⁶⁰⁰. En tal sentido, la posibilidad de un proceso que se articule ante más de un juez permite que el "poder controle al poder", evitándose así la posibilidad de que una resolución agravante a los intereses de la parte devenga inmediata e irreversiblemente firme⁶⁰¹.

Solo que en materia judicial, justamente por el principio de independencia de los jueces (segundo párrafo del inc. 2 del art. 139 e inc. 1 del art. 146, inc. 1 Const.; art. 16 LOPJ), ese "control" no se ejercita (ni podría ejercitarse) a través de otros poderes, sino intra-órgano, y solo a "instancia" (y en interés) de aquella parte que se considera agraviada con el resultado del ejercicio del poder, sin que ello implique, en absoluto, que el segundo juez se coloque, frente al primero, como un "superior jerárquico".

para hacer efectiva la supremacía del centro sobre los jueces periféricos. Ni tal control concernía solamente a los jueces: en un mundo en el cual estaba ausente la división de poderes y por tanto la distinción entre jueces y funcionarios, e incluso entre potestades civiles y militares, el control sobre los jueces era también, indirectamente, control sobre todas las autoridades subordinadas".

⁶⁰⁰ Así DE ARAÚJO CINTRA, Antonio; PELLEGRINI GRINOVER, Ada y RANGEL DINAMARCO, Candido. *Teoriageral do processo*. 19ª ed., Malheiros, Sao Paulo, 2003, p. 75 (cursiva en el original). En similar sentido NICOTRA GUERRERA. *Doppio grado di giudizio, diritto di difesa e principio di certezza*. En: "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 2000, p. 127 Y ss., para quien "el instrumento del reexamen (...) realiza un momento fundamental del desarrollo del principio de parcelación de las potestades (...). Se trata del mecanismo general apto para permitir la valoración por parte de un distinto órgano para verificar el modo en el cual el poder ha sido ejercitado" (pp. 135 Y Ss.), por lo que "la existencia de un particular procedimiento de control representa el elemento unificador de resoluciones expresivas de la soberanía del Estado" (p. 136).

⁶⁰¹ Dice CERINO CANOVA. *Impugnazioni civili*. En: "Studi di diritto processuale", Cedam, Padova, 1992, p. 240, que "las impugnaciones son instrumentos calificados concebidos por el ordenamiento para garantizar la justicia de la decisión y para justificar así la particular fuerza que se da a esta;

En realidad el asegurar una (posible) ulterior instancia (mucho más que la motivación de las resoluciones judiciales) en cuanto permite llevar a conocimiento de otro juez lo resuelto por el primero, es una suerte de "garantía de las garantías", o sea y en buena cuenta una garantía del debido proceso mismo, porque es el más efectivo vehículo para, por un lado, evitar el ejercicio arbitrario del poder por parte del primer juez y, por el otro, para permitir corregir lo antes posible) los errores del mismo y así evitar que sobre lo resuelto se forme irremediablemente cosa juzgada.

3. La "pluralidad de la instancia" en la ley

Ahora bien, al discurrir nuestra Constitución de "pluralidad de la instancia", parece no poner un tope al número de instancias por las que puede pasar un proceso⁶⁰².

Quién sí pone un tope es la propia ley. Así la LOPJ de 1992 en su arto 11 señala que "Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior", agregando que "lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada" y que "su impugnación solo procede en los casos previstos en la ley".

Del mismo modo, el arto X del Título Preliminar del Código Procesal Civil señala que "el proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta"⁶⁰³.

Ahora bien, el problema que presenta la normatividad vigente -en particular en el ámbito del proceso civil- es que si bien reconoce la apelabilidad de todas las sentencias (concebidas como las que ponen fin, justamente a la instancia: arto 121 CPC, in fine), regula una apelación que promueve una discutible "segunda instancia", en cuanto, como regla se impide (o se permite con muchas restricciones) la alegación de hechos no alegados y de pruebas no ofrecidas en la primera instancia, con lo cual la supuesta "segunda instancia" se vuelve una mera instancia de revisión de la primera, lo que a mi criterio es en extremo discutible desde el punto de vista de la garantía constitucional, pues la segunda instancia no solo debe tender a reprimir los posibles abusos y errores que pudiera haber cometido el primer juez, sino además ser la oportunidad para la parte de corregir los errores o las omisiones defensivas en que pudieran haber incurrido en el primer grado y lograr así una sentencia "justa" (en el sentido de correcta, o sea conforme a la realidad sustancial)⁶⁰⁴.

⁶⁰² En realidad, como ya se ha dicho en el texto a propósito de la Constitución de 1979, de la propia estructura organizativa del Poder Judicial, se infiere el número de "instancias", aunque es preciso anotar la Constitución vigente, a diferencia de todas sus predecesoras, no ha establecido esa estructura mínima, limitándose a establecer en el segundo párrafo del arto 143 que "los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica".

⁶⁰³ Sobre tal artículo cfr. MONROY GÁLVEZ. Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992. En: "Themis", N° 15, 1993, pp. 47 Y ss. (ahora en La formación del proceso civil peruano. Escritos Reunidos, Comunidad, Lima, 2003, pp. 286 Y ss.), así como mi Algunas reflexiones sobre las impugnaciones y el debido proceso. En: "Advocatus. Nueva Época", N° 9, 2003, pp. 396 Y ss.

⁶⁰⁴ Sobre este tema cfr. Mi Algunar reflexiones sobre lar impugnaciones y el debido proceso, cit., pp. 398 Y ss

Como fuere, lo cierto es que, en gran parte debido a lo que en su momento se estableció en la Constitución de 1979 (y se reiteró en la Constitución vigente), hoy en día no existe proceso judicial alguno que pueda desenvolverse a instancia única. Lo que da buena prueba de cuán relevante fue la consagración de nuestra garantía en la Carta de 1979.

DOCTRINA

ARIANO DEHO, Eugenia. Algunas reflexiones sobre las impugnaciones y el debido proceso. En: "Advocatus. Nueva Época", N° 9, Lima, 2003; CERINO CANOVA.

Impugnazioni civili. En: "Studi di diritto processuale", Cedam, Padova, 1992; DE ARAÚJO CINTRA, Antonio; PELLEGRINI GRINOVER, Ada y RANGEL DINAMARCO, Candido. Teoría geral do processo. 19ª ed., Malheiros, Sao Paulo, 2003; MONROY GÁL VEZ. Los Principios Procesales en el Código Procesal Civil de 1992. En: "Themis", N° 15, Lima, 1993, (ahora en La formación del proceso civil peruano. Escritos Reunidos, Comunidad, Lima, 2003); NICOTRA GUERRERA.

Doppio grado di giudizio, diritto di difesa e principio di certezza. En: "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 2000; ORESTANO. voz Appello (Diritto romano), en: "Enciclopedia del Diritto", II, Giuffrè, Milano, 1958;

PADOA SCHIOPPA, Ricerche sull'appello nel diritto intermedio. I, Giuffrè, Milano, 1967; PRIORI. Reflexiones en tomo al doble grado de jurisdicción. En: "Advocatus.

Nueva Época", N° 9, Lima, 2003; UGARTE DEL PINO. Historia de las Constituciones del Perú. Editorial Andina, Lima, 1978.

Artículo 139

Indemnización por errores judiciales y por detenciones arbitrarias

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 7. La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 incs. 24)f, 24)g, 138, 140;
C.P.C.: arts. 118,486 inc. 3), 509 al 518;
C.P.P.: arto 1;
C.P.Ct.: arto 30;
L.O.P.J.: arts. 19, 20, 192, 200;
Ley 24793;
C.A.D.H.: art.10;
P.I.D.C.P.: arts. 9 inc. 5), 14 inc 6);
C.I.C.C.: arto 14.1

Susana Castañeda Otsu

1. Introducción

Desde 1933 se consagró con rango constitucional el derecho que tiene todo procesado a ser indemnizado por los errores judiciales cometidos en los procesos penales, garantía que se hizo extensiva en la Constitución de 1979 a la indemnización por las detenciones arbitrarias. La Constitución Política vigente, siguiendo a la anterior consagra este derecho en el artículo 139 inciso 7; y si bien no ha sido desarrollado legislativamente, se encuentra vigente una ley preconstitucional, la Ley N° 24973 que regula el tema de las indemnizaciones.

La presente ponencia tiene como finalidad efectuar un análisis de la disposición constitucional antes indicada, para lo cual se recurrirá principalmente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que en el ámbito interno lamentablemente no ha encontrado mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencia!.

2. La indemnización por los errores judiciales y por las detenciones arbitrarias en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Conocemos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos logra un gran impulso después de la Segunda Guerra Mundial, marcando un hito histórico la Declaración Universal de los Derechos Humanos. A partir de este poderoso instrumento de protección de los derechos humanos, diversos tratados internacionales desarrollaron los derechos en ella contenidos, con la

finalidad de dotarlos de fuerza vinculante, sin desconocer el gran valor axiológico y carácter vinculante que la Declaración ha adquirido a la fecha.

Se consolidan dos grandes sistemas de protección de los derechos humanos, el Universal y el Regional, con sus propios instrumentos jurídicos y órganos de control y protección. Dentro de los instrumentos jurídicos y con relación al tema, debemos considerar al Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, (en adelante el PIDCyP); el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, (en adelante CEDH); y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), tratados que consagran los derechos civiles y políticos o derechos de primera generación.

El artículo 9 inciso 5 del PIDCyP establece: "Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación"; mientras que el artículo 14 inciso 6 regula el derecho de la persona que haya sufrido una pena a ser indemnizada, si la sentencia condenatoria firme ha sido ulteriormente revocada o si el condenado ha sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial. No tendrá derecho si se demuestra que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

En el ámbito del Sistema Europeo de protección de los Derechos Humanos, el artículo 3 del Protocolo Número 7 del CEDH del 22 de noviembre de 1984, relativo a Nuevas medidas tendientes a asegurar la garantía colectiva de determinados derechos y libertades, regula en términos similares al PIDCyP este derecho⁶⁰⁵. Además, el Principio 11, apartado b, del Proyecto de Recomendación del Consejo de Europa relativo a la Responsabilidad Pública por los Actos Jurisdiccionales del 3 de marzo de 1983, dispone que "Hay también responsabilidad pública en caso de daño sufrido por: (...) b) una privación de libertad impuesta por una condena firme que sea anulada luego por la vía de revisión".

En el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, el artículo 10 de la CADH dispone: "Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a ley en el caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial".

Finalmente, un moderno instrumento de protección de los derechos humanos del Sistema Universal también consagra este derecho. Nos referimos al Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, y que en su artículo 85 consagra el derecho a indemnización de la persona ilegalmente detenida o

⁶⁰⁵ "Cuando una condena penal firme sea posteriormente anulada o sea acordada una medida de gracia en base a que un hecho nuevo o revelado ulteriormente pruebe que se ha producido un error judicial, la persona que ha sufrido una pena en razón de esta condena deberá ser indemnizada, conforme a la ley vigente en el Estado correspondiente, a menos que sea probado que la no revelación, en el momento procesalmente oportuno, del hecho desconocido le es imputable en todo o en parte".

del condenado que cumplió pena y posteriormente se anula dicha condena, en razón de hechos nuevos que demuestren concluyentemente que hubo error judicial, salvo que la falta de conocimiento oportuno de esos hechos le fuera total o parcialmente imputable. Innova en relación a los instrumentos antes mencionados, al establecer que en circunstancias excepcionales, si la Corte Penal determina en forma concluyente que hubo error judicial grave y manifiesto, tiene la facultad discrecional de otorgar una indemnización a quien hubiere sido puesto en libertad en virtud de una sentencia definitiva absolutoria o de un sobreseimiento de la causa por esa razón.

Estando a lo consagrado por los tratados antes indicados, una primera conclusión a la que podemos arribar es que el ámbito de protección de esta garantía y derecho a la vez se limita al ámbito penal en el caso de los sentenciados, y además, se extiende al ámbito administrativo y jurisdiccional en el caso de los detenidos. Una segunda conclusión, siguiendo a Daniel O'Donnell, es que también tendrán este derecho las personas sentenciadas a libertad condicional, a pérdida de derechos políticos y a multas⁶⁰⁶. Finalmente, una tercera conclusión, a partir de la comparación entre los artículos 14 inciso 6 del PIDCyP y 3 del Protocolo N° 7 del CEDH, es que en ambos se establecen dos circunstancias por las cuales procede entablar un reclamo por error judicial, excluyendo la indemnización cuando se demuestra que aquel se ha producido por dolo o culpa del propio perjudicado.

3. El derecho a ser indemnizado por los errores judiciales y por las detenciones arbitrarias en Perú

En nuestro país, el artículo 230 de la Constitución de 1933 estableció: "El Estado indemnizará a las víctimas de los errores judiciales en materia criminal, previo el juicio de revisión en la forma que determine la ley". La Constitución de 1979, en el inciso 5 del artículo 233, volvió a consagrado en términos similares, pero en el inciso 16) lo extendió a las detenciones arbitrarias adicionando, "sin perjuicio de la responsabilidad de quien las ordena".

La vigente Constitución, siguiendo la orientación de la Constitución anterior, lo consagra en el artículo 139 inciso 7, tanto para los errores judiciales en los procesos penales y para las detenciones arbitrarias, con el agregado: "sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar".

Este último enunciado nos remite a la legislación concordante, en la que debemos incluir las normas sobre responsabilidad civil de los jueces previstas en los artículos 509 al 518 del Código Procesal Civil; los artículos 192 y 200 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre la responsabilidad de los jueces en el ejercicio de sus funciones, encargando el artículo 19 a la Oficina de Control de la Magistratura y al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial las quejas de hecho por responsabilidad funcional. Y también el artículo 8 del Código Procesal Constitucional, referido a la responsabilidad del agresor, norma aplicable pues es una disposición general de los procesos de la

⁶⁰⁶ O'DONNELL, Daniel. Protección Internacional de los Derechos Humanos. 2ª edición. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.

libertad, entre ellos el hábeas corpus, que protege a las personas frente a detenciones ilegales y/o arbitrarias.

La norma específica, es la Ley N° 24973 del 28 de diciembre de 1988⁶⁰⁷, norma preconstitucional que establece los supuestos para tener derecho a la indemnización por detención arbitraria: a) La persona privada de su libertad por la autoridad policial o administrativa, sin causa justificada o, existiendo esta, si se excede de los límites fijados por la Constitución o la sentencia; y b) La persona que no es puesta oportunamente a disposición del juez competente dentro del término establecido por la Constitución.

El artículo 3 establece los casos en que procede la indemnización por error judicial: a) Los que, luego de ser condenados en proceso judicial, hayan obtenido en el juicio de revisión, resolución de la Corte Suprema que declara la sentencia errónea o arbitraria; y b) Los que hayan sido sometidos a proceso judicial y privados de su libertad como consecuencia de este y obtenido posteriormente auto de archivamiento definitivo o sentencia absolutoria. Regula también el procedimiento para su ejercicio, estableciendo que las indemnizaciones serán abonadas por el Estado a través del Fondo Nacional Indemnizatorio de Errores Judiciales y Detenciones arbitrarias, cuyo Reglamento fue aprobado mediante Resolución N° 001-90-FNI del 14 de diciembre de 1990.

Advertimos que en el proceso penal, el error judicial como producto de una condena se encuentra supeditado al recurso extraordinario de revisión, regulado en los artículos 361 a 365 del Código de Procedimientos Penales, en el que no se señala reparación alguna para el caso de demostrarse la existencia de error judicial. Sin embargo, esta omisión ha sido subsanada con la modificatoria introducida al artículo 364 por el Decreto Legislativo 959⁶⁰⁸, que establece: "5. Si la resolución de la Sala Penal de la Corte Suprema es absolutoria, se ordenará la restitución de los pagos efectuados por concepto de reparación civil y de multa, así como -de haberse solicitado-la indemnización que corresponda por error judicial".

De este modo, el proceso penal incorpora en forma directa el derecho a indemnización que será resuelto con el recurso de revisión, tendencia que se mantiene en el Código Procesal Penal⁶⁰⁹ que entrará en vigencia a partir del 1 de febrero de 2006.

⁶⁰⁷ Ley N° 24973 -Ley que regula la indemnización por errores judiciales, así como por detenciones arbitrarias a que se refieren los incisos 5 Y t 6 del artículo 233 de la Constitución Política del Perú cuyos antecedentes lo constituyen la Ley N° t 0234 del 27 de agosto de t 945 Y la Ley N° t 0290 del 22 de noviembre del mismo año, las que disponen que la indemnización por errores judiciales, es la consecuencia de que se declare fundado el recurso extraordinario de Revisión.

⁶⁰⁸ Norma que incorpora diversas modificaciones a la legislación procesal penal vigente, con la finalidad de adaptar determinadas instituciones procesales a las exigencias del nuevo Código Procesal

⁶⁰⁹ Penal facilitando el periodo de transición entre el Código de Procedimientos Penales de 1940 y el Código Procesal Penal, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957 Y que entrará en vigencia a partir del 1 de febrero de 2006.

Posición correcta que sigue las orientaciones modernas, como es el caso del artículo 488 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina (Ley N° 23894) promulgado el 04 de setiembre de 1991⁶¹⁰.

4. Decisiones de los órganos de protección de los Derechos Humanos sobre la indemnización por los errores judiciales y por las detenciones arbitrarias

Resulta necesario mencionar algunos casos en los que se ha recurrido a los órganos de protección de los derechos humanos, alegando la violación del derecho que se analiza, considerando las decisiones que han emitido en el ámbito internacional el Comité de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, establecidos en el PIDCyP y en la CADH respectivamente, como los órganos encargados de vigilar el cumplimiento de las disposiciones de ambos Pactos⁶¹¹; y en el orden interno el Tribunal Constitucional.

4.1. Comité de Derechos Humanos

Ha establecido las pautas de interpretación del derecho a ser indemnizado por error judicial, cuando ha conocido de las Comunicaciones por violación a los derechos consagrados en el PIDCyP. Así, resulta interesante relatar brevemente el caso Paavo Muhonen contra el Estado de Finlandia⁶¹². El recurrente se opuso por razones de conciencia y éticas a prestar servicio militar, por lo que recurrió a la junta de Examen del Servicio Militar para que se le permitiera realizar un servicio sustitutivo de conformidad con la legislación vigente, petición que fue rechazada tanto por la Junta como por el Ministerio de Justicia. Luego de un segundo reclamo en el cual Muhonen se negó a prestar servicio con armas, apela nuevamente al Ministerio de Justicia, pedido declarado improcedente, pero antes que el Ministerio se pronuncie el peticionario fue convocado, se presentó, pero se negó a prestar servicio militar, iniciándose un proceso penal en su contra, siendo condenado por un tribunal ordinario en primera instancia a once meses de prisión, condena confirmada por el tribunal superior. Posteriormente, cuando había cumplido parte de su condena, solicita nueva audiencia a la Junta, que en esta oportunidad accede a su solicitud estableciendo que "... ha llegado a la conclusión de que el Sr.

⁶¹⁰ Artículo I inciso 5 del Título Preliminar del Código Procesal Penal: "El Estado garantiza la indemnización por los errores judiciales". Artículo 444 inciso 3: "Si la sentencia es absolutoria, se ordenará la restitución de los pagos efectuados por concepto de reparación y de multa, así como -de haberse solicitado-la indemnización que corresponda por error judicial".

⁶¹¹ En el tema de la revisión de sentencias judiciales, el artículo 488 del CPP argentino establece: "La sentencia de que resulte la inocencia de un condenado podrá pronunciarse a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena, los que serán reparados por el Estado siempre que aquel no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial. La reparación solo podrá acordarse al condenado, o por su muerte, a sus herederos forzosos".

Sin dejar de considerar en el Sistema Interamericano a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien resuelve los casos que le somete la Comisión o un Estado Parte.

⁶¹² Comunicación N° 89/1981, presentada el 28 de mar. de 1981, fecha de la adopción de las observaciones: 8 de abril de 1985. En: Selección de Decisiones del Comité de Derechos Humanos Adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo, Volumen 2, Naciones Unidas, Nueva York, 1992, pp. 131-134.

Muhonen, que ya ha cumplido 30 años y que, según se desprende de la conversación celebrada, tiene una convicción ética en el sentido de la Ley de servicio sustitutivo y sin armas (132/69) que le impide prestar servicios con armas o sin armas en las fuerzas armadas, (por lo que) no puede ser llamado a filas".

Es en base a este fallo que varias personas, en nombre de Muhonen, solicitan el indulto presidencial, siendo transmitido su caso del Ministerio de Justicia al Tribunal Supremo, y como resultado de ello se le concedió el indulto, siendo excarcelado.

Plantea ante el Comité de Derechos Humanos que no se le ha otorgado ninguna indemnización por las injusticias de que fue víctima. Este Órgano concluyó que la decisión de la Junta de Examen en 1977 se fundamentó en las pruebas que tuvo en esa oportunidad y que el recurrente solo logró convencer de que su objeción al servicio militar se basaba en consideraciones éticas, sin embargo, en 1980 tuvo la oportunidad de presentarse personalmente (el Estado alegó que resolvió en consideraciones de equidad); que el indulto no se produjo porque se hubiera demostrado que su condena se basara en un error judicial, pues él no fue reconocido pacifista por razones de conciencia⁶¹³; por lo que decide que no hubo infracción a lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 14 del Pacto.

El Comité de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre la indemnización por detención arbitraria, habiendo calificado como violatorias del derecho a no ser privado arbitrariamente de libertad, entre otras, las circunstancias siguientes: la detención sin orden judicial, por motivos políticos, para obtener información por parte de las fuerzas de seguridad, el secuestro de nacionales residentes en el exterior trasladándolos forzosamente al territorio nacional, la prolongación de la detención después del cumplimiento de la pena impuesta, después de ordenada la liberación por orden judicial o después de la promulgación de una amnistía aplicable al caso⁶¹⁴.

Sobre este punto, por ejemplo, se cita el caso Monja Jaona contra el Estado de Madagascar, recurrente de 77 años, dirigente del partido político MONIMA de la oposición, que en las elecciones celebradas en noviembre de 1982 fue candidato a la presidencia de su partido; y después de la reelección del Presidente Ratsiraka impugnó las elecciones solicitando un nuevo proceso electoral en conferencia de prensa. El 15 de diciembre de 1982 fue sometido a detención domiciliaria y más tarde encarcelado en el campamento militar de Kelivondrake donde estuvo recluido hasta el 15 de agosto de 1983. Fue elegido representante ante la Asamblea Popular Nacional en las elecciones celebradas el 28 del mismo mes y año. El Comité de Derechos Humanos consideró que el Estado Parte debe concederle una reparación de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 9 del Pacto, por su detención y encarcelamiento arbitrario; y adoptar medidas para asegurar que en el futuro no ocurran violaciones similares.

⁶¹³ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la objeción de conciencia en el Expediente N° 0895-2001-AA/TC, sentencia del 19 de agosto de 2002

⁶¹⁴ Comunicación N° 139/1983, parro 10, Carteris contra Uruguay. Comunicación N° 132/1982 parro 14, Monja Jaona contra Madagascar. Comunicación N° 52/1979 parro 13, López Burgos contra Uruguay. Comunicación N° 5/1977 parro 10, Massera contra Uruguay.

4.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

También se ha pronunciado al respecto en el caso Juan Manuel Contreras San Martín, Víctor Eduardo Osses Conejeros y José Alfredo Soto Ruz contra Chile⁶¹⁵, quienes aducen que estuvieron privados de su libertad por más de cinco años debido a un error judicial y luego se les negó la indemnización que reclamaron. El asunto es importante ya que la Corte Suprema de Chile denegó la solicitud de la defensa para obtener una indemnización por error judicial, argumentando que el error no fue injustificado y que tales indemnizaciones solo proceden cuando se acredita la inocencia de los condenados, no cuando no se condena por falta de elementos de prueba.

No obstante la declaración del Estado Parte, el caso concluyó con un Acuerdo de solución amistosa, lo que implica el reconocimiento de la responsabilidad internacional por parte del Estado chileno, que se comprometió a realizar los estudios necesarios para una reformulación de las actuales normas existentes en dicho país, al reconocer la importancia de contar con mecanismos jurídicos efectivos para ejercer el derecho a indemnización.

4.3. Tribunal Constitucional de Perú

En Perú, el caso más emblemático lo constituye la acción de cumplimiento interpuesta por Ana Elena Townsend Diez Canseco y otros Congresistas⁶¹⁶ en nombre de todos los indultados al amparo de la Ley N° 26655, que creó una Comisión encargada de proponer al Presidente de la República la concesión de indulto a personas inocentes condenadas por delitos de terrorismo y traición a la patria; solicitando se dé cumplimiento a lo señalado en el inciso 6 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional sienta criterios jurisprudenciales a tener en consideración, entre ellos:

a) Los instrumentos internacionales suscritos por Perú, son exigibles por intermedio de una acción de cumplimiento en lo que respecta a los mandatos reconocidos en sus normas. Su valor normativo es indiscutible, por lo que son plenamente aplicables por los jueces y tribunales peruanos.

b) El dispositivo de carácter internacional que se invoca en la demanda contiene una obligación cuyo cumplimiento debe operar de forma inmediata.

c) La circunstancia de que el derecho a la indemnización por error judicial o por las detenciones arbitrarias también se encuentra reconocida en el artículo 139 inciso 7 de la Constitución Política, no resta legitimidad a la invocación del artículo 14 del Pacto, ya que el contenido de nuestra disposición constitucional no es suficientemente preciso respecto de las circunstancias que conllevarían a la individualización de los errores judiciales como condiciones de procedencia de las indemnizaciones.

⁶¹⁵ Informe N° 32/02, del 12 de marzo de 2002

⁶¹⁶ Expediente N° 1277-99-AC/TC, sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de julio de 2000.

d) En base a lo anterior, tratándose de la determinación de errores judiciales, la interpretación del Tribunal Constitucional es extensiva, abarca al indulto especial o razonado, que es el que opera, no por decisión de los jueces tras la presencia de un proceso penal de revisión, sino por las autoridades políticas, cuando la persona o personas condenadas, lo han sido no obstante ser inocentes o presumirseles tal condición.

e) Respecto al monto de la indemnización, dado el carácter personalísimo de las demandas indemnizatorias, cada afectado debe promover la demanda respectiva para resarcirse de los perjuicios que hayan podido ser pasibles y que dieron motivo al indulto razonado o especial del que fueron objeto.

Si bien no compartimos la tesis respecto del rango legal de los tratados internacionales de derechos humanos asumida por el Tribunal Constitucional, entendemos que lo hizo por razones prácticas; sin embargo, es una decisión importante por los principios a que recurrió, tales como el de la fuerza vinculante de los tratados, en este caso de aplicación directa e inmediata -se!! executing-; y el principio pro homine, por la cual se prefiere en unos casos la norma interna y en otras la norma internacional, teniendo en cuenta en el caso específico cuál de las normas resulta ser la más tuitiva de los derechos de las personas.

Siguiendo la línea jurisprudencial sentada en el caso antes referido, el Tribunal Constitucional en otros casos en que se han solicitado el pago de indemnización por daños (provenientes de la violación del principio de legalidad, por afectación a la libertad personal en casos de anulación de procesos penales, etc.), ha establecido que debido a la naturaleza de las acciones de garantía, el amparo y el hábeas corpus no constituyen la vía idónea para ventilar la pretensión, la que debe hacerse valer con arreglo a ley⁶¹⁷.

5. Conclusión

Un sistema penal garantista implica la obligación de los jueces que imparten justicia de tener especial cuidado en la tramitación de los procesos, respetando los derechos de los imputados, efectuando además un adecuado control de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la detención. La evolución de los derechos humanos ha determinado que en las Constituciones se inserte un programa penal, que otorga diversas garantías procesales y derechos a los justiciables. La indemnización por los errores judiciales y por las detenciones arbitrarias es una de esas garantías.

DOCTRINA

O'DONNELL, Daniel. Protección Internacional de los Derechos Humanos. 2ª edición. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989; NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Selección de Decisiones del Comité de

⁶¹⁷ Expediente N° 0994-2003-HC/TC, sentencia del 12 de junio de 2003. Caso Aor Esperanza Torres Estela

Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo, Volumen 2,
Nueva York, 1992.

Integración de la Ley

Artículo 139

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.C.: arts. III, VIII;

C.P. C.: arto III;

C.T.: norma IX;

L.O.M.P.: arto 4;

L.O.P.S.: arto 184 inc. ~).

Manuel Muro Rojo

En materia de aplicación del Derecho⁶¹⁸, o de las normas jurídicas si se quiere, dos son los temas que principalmente ha desarrollado la doctrina jurídica: i) la interpretación de la ley; y ii) la integración de la ley,⁶¹⁹. El inciso 8) del artículo 139 de la Constitución se refiere a esta última, casi en los mismos términos del artículo VIII T.P. del Código Civil⁶²⁰.

Es claro que debido a factores de diversa índole la labor legislativa nunca estará exenta de imperfecciones, y estas pueden sin duda agudizarse por circunstancias posteriores a la creación de las normas legales. De allí que los sistemas jurídicos contemplen reglas de interpretación y reglas de integración. Las primeras con la finalidad de atribuir significado a las normas que aparecen oscuras o dudosas; las segundas con el objeto de salvar vacíos o deficiencias. En otras palabras, se recurre a la interpretación cuando la norma existe pero se quiere establecer su correcto sentido; mientras que se acude a la integración cuando no hay norma aplicable a un caso concreto al cual se quiere dar solución o cuando, existiendo norma, esta presenta una formulación incompleta o deficiente que impide su cabal aplicación.

La integración opera, pues, frente a vacíos y deficiencias legales. Al respecto, cabe hacer la precisión de que, pese a la terminología empleada ("vacíos"), la norma se refiere en realidad a las denominadas "lagunas del Derecho", existiendo una diferencia pocas veces advertida entre ambas expresiones.

⁶¹⁸ Sobre la "aplicación del Derecho" puede verse DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil Vol. 1. Tecnos. Madrid, 1982, pp. 190-191.

⁶¹⁹ Entre otros tópicos que también se incluyen en esta temática se encuentran la aplicación temporal y la aplicación espacial de la ley. Vid. RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perno Lima, 1993, quien en la estructura de su obra (parte IV) reúne a todas estas figuras

⁶²⁰ Código Civil. Artículo VIII T.P.: Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el Derecho peruano.

Así, Marcial Rubio explica que la laguna del Derecho se da cuando existe un suceso para el cual no existe norma jurídica aplicable, pero se considera que tal suceso debería estar regulado por el sistema jurídico. El vacío del Derecho, por su parte, consiste en un suceso para el que tampoco existe normativa aplicable, pero se considera que aquel no debe estar regulado por el Derecho⁶²¹. Sin duda, la cuestión radica en determinar cuándo y bajo qué criterios una situación no regulada sí debería estarlo o no. En cuanto a las deficiencias legales, estas vendrían a ser en realidad una suerte de modalidades de lagunas del Derecho, habida cuenta que la imperfección de la fórmula legal generaría la misma consecuencia que la falta de regulación.

En el caso de vacío del Derecho debe regir el principio general de libertad personal, consagrado en el artículo 2 inciso 24) literal a) de la Constitución vigente, según el cual "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe", considerando que la situación no regulada no amerita estarlo.

En cambio, las lagunas del Derecho deben suplirse con métodos y procedimientos de integración. Entre ellos aparece, en primer lugar, la analogía, que -en forzada síntesis- es un método consistente en aplicar al hecho generador de la laguna jurídica, la misma consecuencia que corresponde a otro hecho sí regulado y que es semejante en esencia. Si bien ni el inciso 8) del artículo 139 de la Constitución ni el artículo VIII T.P. del Código Civil autorizan el acudir a la analogía, tal prerrogativa se desprende -al menos para algunos supuestos- del artículo III T.P. del acotado Código, según el cual "la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía", con lo que fuera de estas limitaciones, podría recurrir se a este método en cualquier otro caso.

De no ser posible lograr la solución del asunto por vía analógica, corresponde aplicar lo establecido en la norma que se comenta, es decir, recurrir a los principios generales del Derecho y la costumbre.

En cuanto a los principios generales del Derecho, a pesar de los constantes esfuerzos que se han efectuado, el estado actual de la teoría jurídica no permite aún formular una definición acabada. Por el contrario, muchos de los estudios doctrinarios y la propia aplicación del Derecho por los órganos jurisdiccionales han contribuido más bien a oscurecer el tema.

Si bien puede decirse que los principios generales del Derecho podrían ser entendidos como los elementos informadores del sistema jurídico, como las normas básicas reveladoras de las creencias y convicciones de la comunidad, o como fórmulas normativas con valor general que constituyen la base del ordenamiento jurídico, estas afirmaciones aparecen como aproximaciones que no revelan en sí mismas mayor contenido y que, por consiguiente, no son suficientes para lograr una adecuada integración de la ley. Nuestro sistema, pues, al igual que la mayoría de los adscritos a la familia romanogermánica, postulan cerrar el círculo de la integración del Derecho -y dar así solución a

⁶²¹ Vid. RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 280

casos concretos afectados por lagunas jurídicas- precisamente acudiendo a un concepto de difícil definición.

En todo caso, la doctrina es más o menos unánime en establecer que los principios generales del Derecho son aquellos conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, y pueden estar o no recogidos en la legislación⁶²²; se trata de elementos que se explican por sí mismos -de allí el nombre de "principios" - y que no requieren de demostración alguna porque son valores supremos anteriores e inherentes a la existencia del hombre; tales como, por ejemplo, la libertad, la igualdad, la dignidad, etc. En cualquier caso, lo que sí es claro es el rol que cumplen los principios generales, que consiste en orientar la función interpretativa y constituir un sistema de integración de la ley, bajo el entendido de que aquellos constituyen las bases últimas de todo el ordenamiento positivo.

Por otro lado, los principios generales del Derecho suelen ser confundidos con los apotegmas o con las reglas o máximas jurídicas heredadas del Derecho Romano, que en suma comprenden afirmaciones resumidas del pensamiento de antiguos autores o que han sido extraídas de la experiencia jurídica, y que son expresadas en forma de refranes o fórmulas concisas y de fácil retención. En nuestra jurisprudencia esto es muy frecuente; por ejemplo, se dice que "sobre la materia en controversia existe un vacío legal que debe ser resuelto aplicando los principios generales del Derecho internacional, en concreto, el principio del 'pacta sunt servanda', según el cual (...)" (RTF N° 03041-A2004, El Peruano 28/05/2004). Al respecto, una regla o máxima, como la de "pacta sunt servanda", no es más que el vehículo a través del cual se puede expresar un principio general, en este caso el de la obligatoriedad de la palabra comprometida, lo que lleva a afirmar que la regla por sí sola carece de valor, pero se nutre y cobra vida en tanto contiene y expresa una convicción normativa que le atribuye el valor de principio⁶²³.

Finalmente, la norma del inciso 8) del artículo 139 que se comenta, también se refiere al Derecho consuetudinario como el último recurso que se puede invocar a efectos de la integración de la ley. En este punto, la Carta de 1993 eleva a la costumbre a rango constitucional, apartándose así de su antecedente, el artículo 233 inciso 6) de la Constitución de 1979, cuya fórmula era idéntica al actual artículo VIII T.P. del Código Civil.

Esto no quiere decir que la costumbre no haya estado reconocida en nuestro sistema como fuente del Derecho. Al menos lo ha estado ya para determinados casos y aun con antigua data, así en el Código de Comercio de 1902 (arts. 255, 592, 664, 669, ~ 833), en algunas leyes como el D.L. N° 14222 de 1962 sobre determinación del salario mínimo vital y más recientemente en una de las principales normas como es el Código Civil de 1984 (arts. 337, 837, 1381, 1660, 1678, 1738, 1759, 1773).

⁶²² *Ibidem*, p. 301

⁶²³ Cfr. DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Ob. cit.*, p. 175

DOCTRINA

DEL VECCHIO, Giorgio. Los principios generales del Derecho. Barcelona, 1933; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol. 1. Ternos. Madrid, 1982; RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993.

Prohibición de aplicación de la analogía in malam partem

Artículo 139

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 24)b, 137,200;

C.C.: arto IV T.P.;

C.P.: arto III;

C.P.C.: arts. III

T.P., 193;

C.P.P.: arto VII;

C.A.D.H.: arto 9;

P.I.D.C.P.: arto 15.1

José Urquizo Olaechea (*)

(*) Agradezco a Nelson Salazar Sánchez, mí discípulo y asistente del área académica, quien ha colaborado en la elaboración de este trabajo.

1. Generalidades

Desde el punto de vista lingüístico o genérico el término analogía encuentra su significado genuino o auténtico en la semejanza o proporción⁶²⁴, es decir, relación de semejanza entre cosas distintas. Sin embargo, desde un punto de vista específico el término analogía tiene algunas diferencias, lo cual depende de la disciplina o rama de la ciencia en la cual se haga referencia. Así, por ejemplo, en las ciencias naturales -campo al que no pertenece el Derecho- la analogía tiene función explicativa, descriptiva y opera a un nivel profundo, estructural y no consciente; mientras que en el Derecho la analogía representa siempre una operación consciente, dirigida a producir un efecto determinado⁶²⁵. De ahí, que la analogía en el Derecho, significa método por el que una regla de ley o de derecho se extiende, por semejanza, a casos no comprendidos en

⁶²⁴ En ese sentido Cfr. Diccionario de la Lengua Española [REAL ACADEMIA ESPAÑOLA]. Tomo I, 21' ed., Editorial Espasa, Madrid, 2000, p. 134. Asimismo, SECO, Manuel. RAMOS, Gabino. Diccionario del Español actual Tomo I, Grupo Santillana de Ediciones, Madrid, 1999, p. 297. MOLINER, María. Diccionario de uso español Tomo I, 2' ed., Madrid, 1998, p. 172.

⁶²⁵ Sobre las diferencias entre analogía jurídica y analogía de otras ciencias véase FALCÓN Y TELLA, María José. El argumento analógico en el Derecho. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Civitas, Madrid, 1991, pp. 64 Y 65.

ella⁶²⁶, debido a que por la similitud que poseen ambos supuestos de hecho han de ser valorados igualmente⁶²⁷.

Dentro del campo del Derecho, la doctrina suele distinguir dos conceptos diferentes de analogía.-tales como: la analogía de ley o analogía legis [Gesetzesanalogie] y la analogía de Derecho o analogía iuris [Rechtsanalogie]. Desde el punto de vista del aspecto objetivo la analogía legis se caracteriza por el hecho de que en ella se comienza en una disposición concreta de la ley, para, sobre la base de su ratio esendi o idea fundamental, aplicarla a casos idénticos en su esencia; por el contrario, en la analogía iuris se arranca de una pluralidad de disposiciones singulares o particulares y se extraen de ellas, vía inductiva, principios más generales, los cuales se aplican a casos que no caen bajo ninguna de las disposiciones de la ley⁶²⁸, o sea, de varias disposiciones legales que enlazan igual consecuencia jurídica a supuestos de hecho diferentes se infiere, un principio único general, que se refiere o subsume tanto a los supuestos de hecho no regulados en la ley como a los supuestos de hecho regulados⁶²⁹. Desde el punto de vista del procedimiento que se utiliza cabe señalar que en la analogía legis se procede de lo particular -a través de la comparación- a lo particular; en la analogía iuris se opera de lo particular a lo general, y de lo general-por medio de la subsunción- a lo particular⁶³⁰. En la analogía legis el caso a decidir no es igual al supuesto de hecho normativo, sino semejante a él, por el contrario, en la analogía iuris el caso en análisis no

⁶²⁶ Al respecto véase Diccionario de la Lengua Española [REAL ACADEMIA ESPAÑOLA]. Tomo 1, 21ª ed., Editorial Espasa, Madrid, 2000, p. 134; LARENZ, Karl. Metodología del Derecho. Traducción de la 4ª edición alemana por Rodríguez; Molinero. Ariel, Barcelona, 1980, p. 374. sostiene que por analogía se entiende: "[...] el traslado de una regla, dada en la ley para el supuesto de hecho [A], o para varios supuestos de hecho similares, a otro supuesto de hecho [B], no regulado en la ley, 'similar' a aquel". Asimismo, ESER, Albin; BURKHARDT, Bjorn. Derecho Penal [Cuestiones Fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias], traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Colex, Madrid, 1995, p. 59, señala que por analogía se entiende: "un método de complementación jurídica por parte del juez; para llenar el contenido de lagunas legales no planeadas". ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito). Tomo 1, Traducción y notas de Diego Manuel Lugón Peña, Miguel Díaz; Y García Conlledo; Javier de Vicente Remasal. Tecnos, Madrid, 1997, 5/8, p. 140, sostiene que: "Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza [de los casos]".

⁶²⁷ En ese sentido Véase ABBAGNANO, Nicola. Diccionario de Filosofía: Fondo de Cultura Económica, 3ª ed., 2ª reimpresión, México, 2000, p. 67, respecto a la analogía plantea que esta tiene dos significados fundamentales: 1) el sentido propio y restringido, requerido por el uso matemático de igualdad de relaciones, 2) el sentido de extensión probable del conocimiento mediante el uso de semejanzas genéricas que se pueden aducir entre diferentes situaciones. Prosigue Abbagnano: "El segundo significado del término como extensión probable del conocimiento mediante una proposición que expresa una determinada situación a otra proposición que expresa una situación genéricamente similar o como extensión de la validez; de una proposición de una determinada situación a una situación genéricamente similar era conocida por los antiguos bajo el nombre de procedimiento por semejanza".

⁶²⁸ Así, ESER, Albin; BURKHARDT, Bjorn. Oh cit., p. 59: "Solo se puede hablar de una laguna legal cuando no es posible encuadrar el caso que se debe decidir por medio de interpretación [...]. FALCÓN Y TELLA, María José. Ob. cit., p. 134

⁶²⁹ Véase LARENZ, Karl. Ob. cit., pp. 376 Y 377

⁶³⁰ Cfe. FALCÓN y TELLA, María José. Ob. cit., pp. 134 Y 135

solo es distinto, sino que además es igual al supuesto de hecho del principio general inducido de las normas⁶³¹.

Si bien es cierto que lo señalado sobre las diferencias entre analogía legis y analogía iuris es correcto, creemos que la diferencia sustancial entre estas dos instituciones jurídicas radica en torno a la ratio essendi de cada una. Así, en la primera, el supuesto de hecho regulado y el no regulado tienen en común una semejanza relevante (ratio efendi], la cual constituye razón suficiente y, por tanto, justifica la aplicación de la norma diseñada para el caso "N" al caso "B". Esa razón suficiente es la ratio legis que, en última instancia, es la que legitima la aplicación extensiva de una norma a otro caso que tiene la misma ratio essendi que el caso regulado por ella; es decir, la similitud radica en los elementos esenciales y la diferencia en los elementos accesorios⁶³². Por su parte, en la analogía iuris ocurre todo lo contrario: la semejanza se da en relación con las características menos importantes y la diferencia o incompatibilidad se da a nivel de los elementos principales o fundamentales. Esto es en virtud de que en la analogía iuris los supuestos regulados por una determinada norma y los supuestos a los cuales se aplica -pese a que no están comprendidos por dicha norma- no poseen semejanzas cualitativas relevantes. De esto se infiere que la naturaleza de la analogía legis, así como de la analogía iuris se fundamenta en valoraciones axiológicas cualitativas más que en consideraciones cuantitativas, con lo cual estaremos ante una analogía legis cuando entre los supuestos regulados y los no regulados existen en común aspectos normativos que cualitativamente son imprescindibles o fundamentales, aunque cuantitativamente no sean numerosos; contrari sensu, estaremos ante una analogía iuris cuando los elementos comunes, pero no esenciales a los supuestos regulados y no regulados son numerosos, sin embargo cualitativamente son escasos o no existen.

De otro lado, debemos señalar que la analogía cobra existencia y razón de ser únicamente cuando se cumplen ciertos presupuestos, tales como la existencia de lagunas en el Derecho, las mismas que se expresan mediante vacíos legales o normativos, esto es, la carencia por parte del ordenamiento jurídico, respecto de cierto caso, de toda solución normativa⁶³³; es decir, no hay regulación específica para un caso o conjunto de casos, que -a pesar de incidir directamente en los procesos de participación de los ciudadanos- no se

⁶³¹ Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José. Ob. cit., p. 135

⁶³² Al respecto consúltese CASTILLO ALVA, José Luis. Principios de Derecho Penal Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 161, quien señala que la semejanza y diferencia entre los casos regulados y los no regulados en la analogía legis no se debe excluir de las valoraciones axiológicas, por cuanto: "ellas no se pueden suprimir sin derogar de un plumazo la esencia misma de la analogía".

⁶³³ En ese sentido NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del Derecho. Ariel, Barcelona, 1993, p. 281, sostiene que: "[...] un cierto caso constituye una laguna de un determinado sistema normativo, cuando ese sistema no correlaciona el caso con alguna codificación normativa de determinada conducta [o sea, con una solución]". En ese mismo sentido y poniendo énfasis en los diversos matices que posee el concepto de analogía en la doctrina FALCÓN Y TELLA, María José. Ob. cit., pp. 68 Y 69, señala que: "A menudo la doctrina se ha ocupado del problema de la distinción entre lagunas del Derecho y lagunas de la ley, generalmente para afirmar que el Derecho en su conjunto carece de ellas, pero la ley puede tenerlas".

encuentran regulados por ningún dispositivo del ordenamiento jurídico⁶³⁴, de tal manera que el juez se encuentra en la imposibilidad de solucionar el problema recurriendo a los diversos tipos de interpretación [por ejemplo, literal, teleológico, sistemático, etc.] y lo único que le queda es integrar el Derecho. Esto significa que cuando el juez se encuentra ante una deficiencia de los preceptos expresos que le proporciona el sistema, debe subsanar dicha falencia aplicando al caso no expresamente previsto los preceptos implícitos que la interpretación describe⁶³⁵.

2. La analogía en la Constitución Política

En el ordenamiento jurídico peruano la aplicación o prohibición de la analogía se encuentra regulada en varios cuerpos normativos, v. gr. la Constitución, el Código Penal, el Código Civil. En cada cuerpo normativo, ha sido regulada de manera distinta, sin embargo, en virtud al principio de jerarquía normativa, tanto el contenido del Código Penal, como el contenido del Código Civil, tienen el imperativo político, jurídico y ético de ser interpretados conforme a lo establecido en la Constitución.

A nivel Constitucional la analogía se encuentra regulada en el artículo 139 inciso 9 en los siguientes términos: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional

(...) el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos". Este precepto constitucional es un complemento necesario del artículo 2, inciso 24, literal "d", ya que su vigencia significa el aseguramiento o puesta a buen recaudo de la libertad individual, pues el juez está imposibilitado de restringir la libertad u otros derechos mediante la aplicación de la analogía; mientras que su violación implica, no solo el derrumbamiento del Derecho Penal, sino de todo el ordenamiento jurídico. Pese a lo señalado, la interpretación del mencionado precepto constitucional no es muy pacífica, veamos el porqué.

El análisis del artículo 139, inciso 9 nos muestra, de forma nítida, una técnica constitucional bifronte: una referida al Derecho Penal, de forma específica o exclusiva, y otra, dirigida a los otros sectores del Derecho. De lo señalado surgen dos interrogantes: a) ¿por qué el constituyente, cuando consagra la inaplicación de la analogía, se refiere de forma específica al Derecho Penal y luego a las normas que restringen derechos en otros sectores del ordenamiento jurídico?; b) ¿la inaplicación de la analogía, tanto en el Derecho Penal, como en las otras ramas del Derecho, solo abarca a la analogía in malam partem o también a la analogía in bonam partem?

⁶³⁴ Cfr. LARENZ, Karl. Ob. cit. p. 364, quien plantea que: "El término laguna hace referencia a una incompletez. Solo se puede hablar de lagunas de una ley cuando ésta aspira a una regulación completa, en cierta medida para un determinado sector". CASTILLO ALV A, José Luis. Ob. cit., p.152.

⁶³⁵ GARCÍA MAYNES, Eduardo. Filosofía del Derecho. Poma, México, 1994, pp. 303 Y 304, señala que: "[...] de lagunas solo debe hablarse en relación de las normas que proceden de las fuentes formales, no en relación con el Derecho".

En lo que se refiere a la primera pregunta debemos señalar que es necesario hacer un análisis desde una doble perspectiva: a) desde un punto de vista lógico o literal y b) desde un punto de vista teleológico.

a) Desde el primer punto de análisis, parece ser que el constituyente considerara que la inaplicabilidad de la analogía en el Derecho penal está en relación directa con la restricción de los derechos fundamentales, por ejemplo, libertad ambulatoria y patrimonio; mientras que la referencia a la inaplicación de la analogía en las normas que restringen derechos, pareciera que estuviera dirigida a aquellos dispositivos que menoscaban derechos de otra naturaleza, es decir, distintos a la libertad ambulatoria y al patrimonio.

Así, la problemática, mediante la primera, se impediría la aplicación de la analogía para lograr una doble finalidad: por un lado, para crear delitos y faltas y el consiguiente impedimento de la imposición de penas o medidas de seguridad (analogía in malam partem); por otro, para no calificar una conducta como hecho punible (analogía in bonam partem). Por su parte, a través de la segunda, se buscaría solo una finalidad impedir que los ciudadanos no vean menoscabados otros derechos, que también son importantes para el desarrollo de la personalidad; así, por ejemplo, bajo esta perspectiva, no estaría permitida la aplicación de la analogía para inhabilitar a un funcionario que ha cometido una infracción constitucional o administrativa. En esa línea, en el Derecho penal, estarían prohibidas, tanto la aplicación de la analogía in malam partem, como la analogía in bonam partem. Por el contrario, en las otras ramas del Derecho solo estaría prohibido la aplicación de la analogía in malam partem, mientras que la aplicación de la analogía in bonam partem sí estaría permitida. Esto se debe a que, cuando se hace referencia a la inaplicación de la analogía en el Derecho penal, no se distingue entre la aplicación de la analogía dirigida a crear delitos y faltas y la aplicación de la analogía orientada a descriminalizar una conducta, pues el impedimento de aplicar la analogía en el Derecho penal se hace de manera general. En cambio, cuando se refiere a las normas de carácter extra penal, se menciona de manera específica la prohibición de la analogía in malam partem (restrictiva de derechos) únicamente.

De todo lo dicho, se colige que una primera respuesta aproximada a dicha interrogante sería sostener que la técnica bilateral utilizada por el constituyente se debe a:

1 °) resaltar la distinta naturaleza que tienen los derechos restringidos por las normas penales, respecto de los derechos que son restringidos por las normas de carácter no penal; 2°) que en el Derecho Penal estarían prohibidas la aplicación de los tipos de analogías (in malam partem e in bonam partem); mientras que en los otros sectores del Derecho, únicamente, estaría prohibida la aplicación de la analogía (in malam partem).

b) Desde el segundo punto de vista -que es el que compartimos- el texto y contenido del artículo 139 inciso 9 de la Constitución no obedece a lo señalado anteriormente, sino a la superlativa importancia que los padres de la Constitución le han dado a los derechos fundamentales, cuando estos son menoscabados en el Derecho Penal, mediante la aplicación de la analogía. En otras palabras, la referencia específica a la inaplicación de la analogía en el

Derecho penal, y la referencia general al resto de normas que también restringen derechos, no se debe a que el constituyente quiso diferenciar la distinta naturaleza de los derechos que se restringen en el Derecho Penal, respecto de aquellos que se recortan en otros sectores del ordenamiento jurídico. Tampoco se debe a que se quiso consagrar la prohibición absoluta de la aplicación de todo tipo de analogía en el Derecho penal, y solo la analogía in malam partem en las otras ramas del Derecho.

En estas circunstancias, los dos supuestos que conforman el contenido de la respuesta aproximada a la primera pregunta quedan desvirtuados. En el primer caso, la mera distinción de la distinta naturaleza que tienen los derechos menoscabados por las normas penales y las normas de carácter no penal, no tiene ningún sentido, ya que -en el fondo- tanto las normas penales como las no penales restringen la libertad de los ciudadanos, así por ejemplo, con la inhabilitación del ejercicio profesional de los médicos o abogados, se les priva a estos de su libertad. En relación con el segundo supuesto, debemos señalar que tampoco tiene sentido, pues no es posible que el Constituyente haya querido que se aplique la analogía in bonam partem para liberar al ciudadano de cargas extrapenales, pero no en el Derecho penal, a pesar de que sus consecuencias y mecanismos son más graves. Esto no tiene fundamento material ni jurídico.

Por ello, la respuesta correcta a la primera interrogante que surge del artículo 139, inciso 9 de la Constitución, es aquella que está orientada a afirmar que la distinta regulación de la aplicación e inaplicación de la analogía, ya sea en el Derecho penal o en otros sectores jurídicos, encuentra su explicación en el énfasis que se ha puesto sobre la rigurosidad que debe existir en el ejercicio de una rama tan delicada como es el Derecho penal, ya que cualquier relajación de las normas implica la restricción inmediata de los valores más preciados. Otras razones -no menos importantes, que se pueden esbozar a favor de esta redacción es que el constituyente quiso dejar, en claro, que la aplicación de la analogía no solo estaba prohibida en el Derecho penal, sino también en todas aquellas situaciones en las que existe el riesgo de que los derechos de los ciudadanos sean restringidos arbitrariamente. Esto es así, por cuanto de no ser por la referencia que se hace a las normas que restringen derechos, no habría ningún impedimento para que se menoscaben los derechos de los ciudadanos mediante la aplicación de la analogía.

En lo que concierne a la segunda interrogante, tenemos que señalar que tampoco existe consenso, pues existe una viva polémica al respecto. Así, un sector considera que el artículo 139, inciso 9 de la Constitución no permite aplicar la analogía en el Derecho penal, bajo ninguna circunstancia. Otro grupo sostiene que -según lo dispuesto por el precepto constitucional-la Carta política solo prohíbe la aplicación de la analogía in malam partem, mas no así la aplicación de la analogía in bonam partem. Ante esta situación -y para no caer en respuestas superficiales y erróneas- es necesario, primero, hacer una breve delimitación entre ambos institutos jurídicos.

La analogía in malam partem se caracteriza por ampliar el alcance de los ámbitos de aplicación de las leyes penales, administrativas, tributarias, etc. que

agravan la situación jurídica del ciudadano. Es decir, reducen los ámbitos de libertad de la persona. v. gr. en el Derecho penal, la analogía in malam partem consiste en la creación o agravación de delitos y sanciones penales (penas o medidas de seguridad); esto es, la aplicación de la ley más allá de lo expresamente señalado en su tenor literal o sentido teleológico. Por su parte la analogía in bonam partem⁶³⁶ es aquella que restringe el radio de acción de las leyes, con lo cual amplía la libertad y los procesos de comunicación, pues su aplicación impide considerar a una conducta como delito, falta, infracción tributaria o administrativa, cuando no está prevista como tal.

Dicho esto, nos queda por analizar si se puede aplicar o no la analogía in bonam partem.

De lo establecido en el artículo 139, inciso 9 se pueden realizar dos interpretaciones distintas. Así, desde un punto de vista literal se puede sostener que no es posible aplicar ningún tipo de analogía en el Derecho penal, ya que la Constitución señala, de forma expresa, que en el ius puniendi rige el principio de inaplicabilidad de la analogía.

Dicha postura estaría respaldada por el artículo 2, inciso 24, literal "a", del mismo cuerpo normativo, el cual permite hacer todo lo que la ley no prohíbe (en este caso, la inaplicación de ~ analogía in bonam partem). No obstante, esta interpretación debe ser descartada, ya que es incompatible con el artículo 1 de la Carta Magna y todos los preceptos constitucionales y legales que regulan el principio de legalidad.

Ante ello, surge la segunda interpretación -defendida por nosotros-la cual se basa en criterios sistemáticos y teleológicos. Según esta perspectiva el inciso 9 del artículo 139 de la Constitución se debe realizar con observancia de los artículos 1,2 inciso 24, literal "d", 103, etc. Así, la licitud o ilicitud de la aplicación de la analogía in bonam partem se determina en virtud de consideraciones valorativas -de índole I humanista- que se fundan en la dignidad de la persona humana⁶³⁷ [llamada también filosofía de los derechos humanos], la cual es una condición o presupuesto que da sentido no solamente a las categorías jurídico-penales, sino también a las jurídico-políticas, jurídico-sociales y culturales⁶³⁸. En esa línea, la aplicación de la analogía in bonam

⁶³⁶ Al respecto véase CERESO MIR, José. Curso de Derecho Penal español Tomo 1, Editorial Tecnos, 6ª ed., Madrid, 1998, pp. 170 Y 173, quien sostiene que de acuerdo con la redacción actual del Código Penal español solo es posible plantear la aplicación de la analogía in bonam partem para las atenuantes, mas no para las eximentes de responsabilidad penal; LUZON PENA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal español editorial Universitaria, 1996, p. 170. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel.

Fundamentos de Derecho Penal 3ª ed., editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 300; BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal 4ª ed., Editorial Akal, Madrid, 1997, p. 77, pese a que admite las distinciones entre analogía in malam partem y analogía in bonam partem no se pronuncia sobre la validez o no de la analogía in malam partem.

⁶³⁷ Cfr. HABERLE, Peter. El Estado Constitucional. Traducción de Héctor Fix Fierro. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 173. "El fundamento del Estado constitucional es doble: la soberanía del pueblo y la dignidad humana".

⁶³⁸ En ese sentido PECES-BARBA, Gregorio. Derechos fundamentales. 3ª ed., Latina Universitaria, Madrid, 1980, p. 51, sostiene que "la filosofía de los derechos humanos, como ideología humanista y democrática, pretende crear condiciones sociales necesarias para que no existan trabas sociales al desarrollo integral de los hombres. De ahí que se considere a los derechos humanos como un ámbito de libertad o de autonomía social, como un límite a los poderes sociales, y especialmente al Estado, o como una exigencia -un derecho de crédito-

partem queda perfectamente legitimada, formal y materialmente. En consecuencia, consideramos que sí se puede -y es lícito- aplicar la analogía que favorece al ciudadano.

2.1. Controversia entre el artículo 139, inciso 9 de la Constitución I y el artículo III del Título Preliminar del Código Penal

El Artículo 139, inciso 9 de la Constitución establece: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos".

El Artículo III del CP señala: "No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde".

A simple vista, lo establecido tanto en la Carta Política, como en el CP tiene coherencia lógica y teleológica, no obstante, ocurre todo lo contrario, pues las críticas saltan a la vista cuando se hace un análisis mínimamente riguroso. Decimos esto, porque la regulación de la inaplicabilidad de la analogía in malam partem en el Derecho penal inexplicablemente ha sido reducida a tres supuestos específicos: a) calificación del hecho como delito o falta, b) definir el estado de peligrosidad y c) determinar la pena o medida de seguridad. Restricción de la aplicación de dicha garantía que se debe a la praxis de una pésima técnica legislativa que no toma en cuenta, por un lado, la regulación genérica que tiene la prohibición de la aplicación de la analogía in malam partem [cuando restringen derechos en general] tanto en la Carta Magna como en el Código Civil⁶³⁹ y, por otro, no repara en otras formas y modos de cómo se puede aplicar la analogía in malam partem en el Derecho penal que, a la postre, son perjudiciales también para el ciudadano, v. gr. la aplicación de un agravante mediante analogía, a pesar de que el hecho tenga una tipicidad básica correcta. Del mismo modo, se puede perjudicar al ciudadano mediante la aplicación de reglas de conducta o consecuencias accesorias del delito -que por cierto no son penas ni medidas de seguridad que pueden no encontrarse previstas en la ley, o que hallándose en ella, no son aplicables a los delitos materia del proceso.

De las observaciones realizadas concluimos que, para evitar tan nefasta restricción de la prohibición de la aplicación de la analogía in malam partem en el Derecho penal solamente a los tres supuestos regulados por el artículo In del Título Preliminar del Código Penal se tiene que realizar una interpretación teleológico-constitucional del mencionado artículo, de muy poca aplicación en nuestro medio. Dicha interpretación permitiría concebir a los supuestos consagrados en el artículo In del Código Penal como meros ejemplos o enunciados, mas no como numerus clausus [que configura la prohibición de la aplicación de la analogía en contra del ciudadano en el campo del Derecho penal, sin admitir otros supuestos]. Esto significa, que lo estipulado en la regulación del Título Preliminar solo describiría algunos de los supuestos de la

frente al Estado, tanto a la participación política como a los derechos económicos, sociales y culturales".

⁶³⁹ Así el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil de 1984 señala: "La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía".

analogía in malam partem de los muchos que existirían de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Lo sustentado encuentra su fundamento en criterios lógicos [coherencia sistemática entre la Constitución y Código penal, esto es, respeto del principio lógico de no contradicción] y teleológicos [realizar los fines del Derecho penal], es decir, garantizar y crear ámbitos de libertad jurídicos, mediante la protección de los más elementales bienes jurídicos, que les permita a los ciudadanos participar en igualdad de condiciones en los procesos de relación. Ámbitos de libertad que son restringidos o vulnerados por la aplicación de la analogía perjudicial y que el artículo 1º del Título Preliminar del Código Penal no impide más allá de lo establecido en dicho precepto.

3. La analogía en la dogmática penal

En doctrina existe una viva polémica con relación a si la prohibición de la aplicación de la analogía in malam partem se aplica solo a la parte especial (teoría del delito) o se extiende también a la parte general. En ese sentido, algunos autores como Jakobs, consideran que la aplicación de la analogía in ma/am partem o prohibición de generalización, como él la denomina, no rige para la teoría del delito, dado que ya la generalidad de esta materia representa una protección frente a decisiones arbitrarias. Frente a ello hay que oponer un criterio diferenciador, según el campo de la parte general donde se pretenda hacer valer la prohibición de la analogía in malam partem.

Debemos señalar que todas aquellas categorías que extienden el marco de la punibilidad no pueden ser ampliadas en su sentido mediante la aplicación de la analogía, porque se estaría infringiendo la vigencia del principio nullum crimen, nulla poena sine lege stricta, por ejemplo, no podría ampliarse las dos formas de participación criminal reconocidas por el Código Penal (la complicidad y la instigación) a una tercera forma (el encubrimiento) sin hacer analogía, pues esto es, lo que está prohibido.

Asimismo, no se puede extender -por la aplicación de la analogía in malam partem- los límites de las condiciones objetivas de punibilidad, pues de ese modo se estaría ampliando más allá del sentido literal de la ley, la punibilidad de las conductas de quien se ampara en la concurrencia de dichas circunstancias. A contrario sensu, aquellas que pueden ser reconducidas en beneficio del reo de manera amplia, permiten la aplicación de la analogía⁶⁴⁰; de esto se colige que las causas que eximen de responsabilidad penal (v. gr. las causas de inimputabilidad, las causas de justificación y las causas de ausencia de acción) no pueden estar sujetas a la prohibición de la aplicación de la analogía, por cuanto estas le dan coherencia al ordenamiento jurídico-penal y sobre todo favorecen o benefician al autor o partícipe de un hecho delictivo, es decir, son presupuestos que se subsumen dentro de la analogía in bonam partem⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ En ese sentido JESCHECK, Heinrich Hans en su Tratado de Derecho Penal, señala que: "Los preceptos de la parte general siempre que contengan una regulación que afecte el contenido del merecimiento de pena de una norma, vinculan asimismo al juez, de modo que no es lícito apartarse de aquellas en perjuicio del acusado". MAURACH-ZIPF-GOSSEL. Derecho Penal 10/16, p. 163 señala que: "Tampoco puede pasarse por alto la circunstancia de que, mediante la extensión de las instituciones jurídicas de la parte general, pueda lograrse la expansión de la zona de pena en virtud de la aplicación de la analogía de un tipo singulari"

⁶⁴¹ Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., 5/42, p. 158, quien deja en claro que: "En la interpretación de una causa de justificación, también el juez penal está vinculado únicamente por el fin de la ley,

4. Fundamento de la prohibición de la aplicación de la analogía in malam partem

El fundamento de la prohibición de la aplicación de la analogía in malam partem no es distinto del principio de legalidad, pues la institución, objeto de estudio, como ya se apuntó es parte del mismo; es decir, es un complemento del artículo 2, inciso 24 literal "d". En consecuencia, su fundamento también se estructura sobre la división de poderes, la prevención general positiva, y la seguridad jurídica. Por ello, ya no haremos referencia a dichos tópicos, mas sí nos referiremos a institutos como son el principio de reserva de la ley y el principio de intervención mínima, pues se encuentran íntimamente ligados al fundamento de la analogía.

4.1. Principio de reserva de la ley

El principio de reserva de la ley -expresión del principio de división de poderes tiene rango constitucional, sin embargo, no se encuentra regulado en un solo artículo de dicho cuerpo normativo. Su consagración está ubicada en varios preceptos de la Carta Jurídico-Política, la misma que señala: únicamente por ley que esté previamente establecida se pueden crear delitos y penas [artículo 2, inciso 24, literal "d"⁶⁴² y el artículo II del Título Preliminar del CP⁶⁴³], y únicamente por ley se pueden descriminalizar conductas [artículo 103, párrafo tercero]. De esto se deduce, mediante una interpretación sistemática y teleológica, que el principio de reserva de la ley hace referencia a dos cuestiones fundamentales: 1º el origen de la ley y 2º la jerarquía de normativa de la ley. En lo que se refiere al primero, la división de poderes, propia de los gobiernos democráticos, significa la preponderancia del Poder Legislativo⁶⁴⁴ por encima de los otros órganos constitucionales (poder Ejecutivo y Poder Judicial] en materia legislativa, pues es el único ente legitimado, en puridad, a través del cual se expresa la voluntad del pueblo y del Estado⁶⁴⁵.

Solo a través del Poder Legislativo se canalizan políticamente la diversidad de valores de la sociedad, y de esta manera, se logra que la voluntad del Estado sea expresión genuina de la voluntad de la sociedad⁶⁴⁶.

Bajo un auténtico Estado democrático de derecho solo las normas jurídicas que emanan del Órgano Legislativo -en virtud a su deliberación consciente que se realiza en dicha institución- son expresiones fenomenológicas y ratio essendi

aunque en los mismos tampoco puede tener lugar una aplicación o creación libre del Derecho".

⁶⁴² Así, el artículo II del Título Preliminar del CP señala que: "nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren sometidas a ella".

⁶⁴³ En ese sentido el artículo 2, inciso 24, literal "d" de la Constitución señala: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

⁶⁴⁴ Al respecto C&. HABERLE, Peter. Ob. cit., p. 210: En el Estado constitucional democrático se encuentra en primer lugar el Parlamento, ya que se trata de "principal órgano legitimado democráticamente de manera directa".

⁶⁴⁵ Así PÉREZ ROYO, Javier. Ob. cit., p. 732

⁶⁴⁶ PÉREZ ROYO, Javier. Ob. cit., p. 733.

de la voluntad de Dios [pueblo]⁶⁴⁷, debido a que ,en un Estado que surge del contrato social, el principio de reserva de la ley exige que la función legislativa se caracterice por sub sumir en su esencia aspectos materiales y formales. Desde el punto de vista material, solo la elaboración de las leyes a través del parlamento de acuerdo con los mecanismos señalados en la Constitución logra expresar, de forma genuina, la voluntad del pueblo, pues las leyes ordinarias reflejan las expectativas individuales y sociales en normas abstractas de validez general. Desde el punto de vista formal, únicamente las normas jurídicas que emanan del Parlamento adquieren legitimidad por el origen.

Con los principios de división de poderes y de reserva de la Ley se busca que el ciudadano tenga una garantía objetiva y previa, de naturaleza racional y reconocida por todos de protección a sus derechos; y la seguridad de que no quedará librado a la decisión arbitraria de un particular, que en base a criterios no necesariamente consensuales lo sancione severamente. El juez cuando juzga no puede crear y aplicar a la vez una norma, sino que esta norma jurídica debe ser emitida por otro poder. Esto porque en un Estado democrático de derecho, los derechos fundamentales no aparecen como concesiones otorgadas por el legislador o por el juez a los ciudadanos, por el contrario, aparecen como el emblema y fundamento de la soberanía popular, a través de cuyo principio la ley no solo implica un deber, sino también un derecho para el individuo, ello en función de que un genuino Estado democrático de derecho es, por su propia naturaleza, la síntesis de los derechos de todos, y tiene por ley inmanente de su actividad la reafirmación de estos derechos mediante la voluntad general⁶⁴⁸. En otras palabras, el hombre solo puede ver garantizada su libertad jurídica o civil en un Estado libre y el Estado solo es libre cuando se edifica sobre un conjunto de hombres libres y, solamente hay hombres con libertad jurídica cuando no hay una intromisión arbitraria por parte del legislador o del juez en sus esferas de libertad⁶⁴⁹.

De lo sustentado se deduce que solo en un Estado absolutista sería posible que las funciones de legislación y juzgamiento recayeran en una misma persona [el juez, mas no en un Estado democrático donde hay división de poderes], porque en una entelequia jurídico-política democrática, la vigencia de los principios mencionados y, por tanto, la prohibición de analogía in malam partem no es solo una garantía jurídica, sino también una garantía política, dado que protege al ciudadano de la arbitrariedad estatal, que se manifiesta en el poder excesivo de los jueces.

4.2. Principio de intervención mínima

⁶⁴⁷ En ese sentido DEL VECCIO, Giorgio *Filosofía del Derecho*. 9ª edición española revisada por Luis Legaz y Lacambra, Bosch, Barcelona, 1980, p. 370, citando al filósofo estoico Crisipo señala: "[...] la ley -en el sentido más alto y general de la palabra- es reina de todas las cosas divinas y humanas, criterio de lo justo y de lo injusto, y para aquellos que son llamados por la naturaleza a la vida civil, preceptum de lo que se debe hacer, prohibitiva de lo que no se debe hacer".

⁶⁴⁸ Así, DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*. 9ª edición española revisada por Luis Legaz y Lacambra, Bosch, Barcelona, 1980, p. 452.

⁶⁴⁹ Sobre los alcances de la libertad jurídica en una sociedad democrática y en general de todos los derechos fundamentales véase PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Op. cit.*, p.212.

La estructura de los tipos penales obedece al carácter fragmentario del Derecho penal, el cual se presenta como un sistema normativo discontinuo en el que no todos los comportamientos resultan penalizados, sino los más graves que afectan aspectos esenciales de la persona humana como la libertad o sus procesos de relación. Bienes jurídicos como la vida, la integridad corporal, la intimidad personal, el honor la dignidad o la seguridad pertenecen a esta línea. De no tener estos medios selectivos el Derecho penal intervendría en todas y cada una de las esferas de libertad de los ciudadanos, con lo que se quebranta el principio de intervención mínima. El principio de reserva de la ley penal indica que es exclusiva competencia del legislador establecer sanciones a determinadas conductas, atenuadas o agravarlas⁶⁵⁰. Por el contrario, al juzgador le está prohibido crear ampliar o agravar comportamientos y penas. Así la labor judicial comienza con la ley preexistente y solo con ella se justifica. El grado de percepción en materia penal está dado por la existencia de una plena vinculación entre el legislador y la ley penal, que concluye afirmando que la única fuente vinculante del Derecho penal es la ley. De no ser así y de aceptarse que el juez incremine conductas en función a la aplicación de la analogía in malam partem, tendríamos que aceptar también una función política de los jueces, consecuencia que se rechaza y que se encuentra proscrita.

La aplicación de la analogía in malam partem trae abajo el principio de intervención mínima [carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal], pues extiende y amplía en forma irracional los límites del ius puniendi estatal, esto en virtud a que mediante la aplicación de la analogía que perjudica al reo se criminalizan comportamientos que no representan la más mínima dañosidad o nocividad social, o que siendo perjudiciales para la sociedad pueden ser solucionados por otras ramas del ordenamiento jurídico, en forma más eficaz y menos lesiva. La prohibición de la aplicación de la analogía in malam partem en el Derecho penal [complemento del principio de intervención mínima] encuentra coherencia o compatibilidad teleológica con los fines del Estado social, ya que en una institución de esta naturaleza el Estado tiene una obligación de doble sentido [sentido positivo y sentido negativo]. La obligación de sentido positivo vincula al Estado la necesidad de crear las condiciones idóneas para que sus ciudadanos desarrollen dignamente sus potencialidades humanas, lo cual pasa por ampliar y no restringir las esferas de libertad⁶⁵¹. La obligación de sentido negativo exige que el Estado utilice el Derecho penal en última instancia: a) solo cuando los controles informales; por ejemplo, la Escuela, la familia, la religión, la Universidad, etc.; y los controles formales, v. gr. Derecho

⁶⁵⁰ La Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 102 señala: "Son atribuciones del Congreso: 1) dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.

(...)"

⁶⁵¹ En ese sentido GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho Penal [Introducción]. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 379, sostiene que el principio de intervención mínima: "[...]expresa gráficamente un ulterior límite político-criminal del ius puniendi. Un límite coherente con la lógica del Estado contemporáneo, que busca el mayor bienestar con el menor coste social". En ese mismo sentido, MIR PUIG, Santiago en su libro: Derecho Penal/Parte General, 6ª ed., Repertor, Barcelona, 2002, 4/47, p. 123, refiriéndose al principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal señala que: "Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social".

administrativo, Derecho tributario, Derecho civil, etc. han fracasado⁶⁵²); b) únicamente cuando los comportamientos comisivos u omisivos de los ciudadanos repercuten gravemente en el normal funcionamiento de las relaciones intersubjetivas, lo cual pasa por determinar que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro sea de un gran valor tanto para la sociedad como para el individuo⁶⁵³. Por ello, no se puede ni se debe aceptar la aplicación de la analogía in malam partem en el Derecho penal, ya que con el uso de ésta se incurriría en una intolerable inflación penal, propia no de un Derecho penal de intervención mínima o de última ratio, sino de un Derecho penal de intervención máxima lleno de funciones promocionales y simbólicas.

DOCTRINA

ABBAGNANO, Nicola. Diccionario de Filosofía. Fondo de Cultura Económica, 3a ed., 2a reimpresión, México, 2000; BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. 4a ed., Editorial Akal, Madrid, 1997; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Fuentes del Derecho Penal. Tecnos, Madrid, 1991; CASTILLO ALVA, José Luis. Principios de Derecho Penal. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; CERESO MIR, José. Curso de Derecho Penal español. Tomo 1, Editorial Tecnos, 6a ed., Madrid, 1998; DEL VECCHIO, Giorgio. Filosofía del Derecho. 9a edición española revisada por Luis Legaz y Lacambra, Bosch, Barcelona, 1980; ESER, Albin;

BURKHARDT, Bjorn. Derecho Penal [Cuestiones Fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias], traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Colex, Madrid, 1995; FALCÓN y TELLA, María José. El argumento analógico en el Derecho. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Civitas, Madrid, 1991; GARCÍA MAYNES, Eduardo. Filosofía del Derecho. Porrúa, México, 1994; GARCÍA ABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho Penal [Introducción]. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000; HÁBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Traducción de Héctor Fix Fierro. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003;

LARENZ, Karl. Metodología del Derecho. Traducción de la 4a edición alemana por Rodríguez Molinero. Ariel, Barcelona, 1980; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal español. Editorial Universitaria, 1996; MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal/Parte General, 6ª ed., Repertor, Barcelona, 2002; MOLINER, María. Diccionario de uso español. Tomo 1, 2ª ed., Madrid, 1998; PECES-BARBA, Gregorio. Derechos fundamentales. 3ª ed., Latina Universitaria, Madrid, 1980; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Tomo 1, 21ª OO., Editorial Espasa, Madrid, 2000; ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General [Fundamentos. La estructura de la teoría

⁶⁵² Cfr. MIR PUIG, Santiago: Ob. cit., 4/47, p. 123 sostiene que el principio de subsidiariedad implica que: "[...] el Derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos".

⁶⁵³ Al respecto Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio Ob. cit., p. 379, este autor señala que: "El Derecho penal debe hacer presencia en los conflictos sociales solo cuando es estrictamente necesario e imprescindible, nada más. Porque no se trata de proteger todos los bienes jurídicos de cualquier clase de peligro que les amenace, ni de hacerlo utilizando los resortes más poderosos y devastadores del Estado, sino de programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos".

del delito]. Tomo 1, Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remasal. Tecnos, Madrid, 1997; SECO, Manuel. RAMOS, Gabino. Diccionario del Español actual. Tomo 1, Grupo Santillana de Ediciones, Madrid, 1999; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Fundamentos de Derecho Penal. 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

Artículo 139

Derecho a no ser sancionado o afectado sin previo proceso o procedimiento

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

- (...)

10. El principio de no ser penado sin proceso judicial.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 ine 24)e, 138, 142, 149, 200;

C.P.: arto V T.P.;

C.P.P.: arto V T.P.;

L.O.P.J.: arto 7;

C.A.D.H.: arts. 7.5, 8.1;

D.U.D.H.: arto 10;

P.I.D.C.P.: arto 14.1

Reynaldo Bustamante Alarcón

1. El artículo 139, inciso 10, de la Constitución Política del Perú establece que "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) El principio de no ser penado sin proceso judicial". La evolución de su contenido ha hecho que hoy en día este trascienda a la sanción penal para abarcar también a otro tipo de afectaciones o de sanciones -como las emitidas por órganos administrativos o particulares- que puedan recaer sobre las personas u otro tipo de sujetos de Derecho. Así, contemporáneamente la norma constitucional bajo comentario exige que ninguna persona o sujeto de Derecho sea afectado o sancionado si antes no se inició, tramitó y concluyó el proceso o procedimiento correspondiente, garantizando su intervención o participación⁶⁵⁴; por lo tanto, implica también que ninguna persona u otro sujeto de Derecho pueda ser sorprendida o afectada con los resultados de un proceso o procedimiento que no conoció o que no estuvo en aptitud de conocer⁶⁵⁵. De vulnerarse esta

⁶⁵⁴ La doctrina no es unánime en el uso de las categorías proceso y procedimiento. Hay quienes encuentran diferencia entre ellas, quienes les dan una acepción distinta, y quienes usan indistintamente ambos conceptos sin plantearse el tema de su diferencia. Para nosotros solo en un proceso se ejerce función jurisdiccional, por ello solo tiene tal categoría el proceso judicial y el internacional. Allí donde no se ejerza jurisdicción no habrá proceso, sino simple procedimiento (de carácter administrativo, militar, arbitral, político o particular, siendo un ejemplo del penúltimo el llamado antejuicio político). En ese sentido, definimos al proceso como aquel conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos procesales donde el Estado y ciertos órganos internacionales -en los temas que son de su competencia- ejercen función jurisdiccional. En lo que respecta al procedimiento, entendemos por este al conjunto de normas o reglas que regulan la actividad, participación, facultades y deberes de los sujetos procesales, así como la forma de los actos procesales; de tal suerte que bien puede existir procedimiento sin proceso, pero no proceso sin procedimiento.

⁶⁵⁵ Parece existir acuerdo en que la fuente original de este concepto se encuentra en la Carta Magna expedida en 1215 por el rey Juan "sin tierra" de Inglaterra, al establecer en su párrafo 39 que:

"Ningún hombre libre será detenido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado, ni en modo alguno arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante el juicio

exigencia la decisión que se emita será nula en la medida de que así lo indiquen los principios que rigen la nulidad procesal⁶⁵⁶.

Para cumplir con esta exigencia no basta con que se inicie o tramite un proceso o procedimiento cualquiera. Es necesario que este respete aquellos elementos o garantías del debido proceso que son indispensables para que el proceso sea justo. En consecuencia, si el proceso o procedimiento iniciado para juzgar y sancionar a una persona es una farsa, o no es más que una mera sucesión de actos procesales sin ninguna razonabilidad, donde la imparcialidad e independencia del juzgador es una quimera, donde la justicia que se brinda no es efectiva y oportuna o cuando la decisión tomada por el juzgador es absurda, arbitraria o materialmente injusta; entonces, la exigencia prevista en el artículo 139, inciso 10, de la Constitución no habrá sido satisfecha⁶⁵⁷.

No debe olvidarse, sin embargo, que esta norma no se encuentra aislada: guarda relaciones de complementariedad y de coordinación con otras normas jurídicas con las que comparte igual jerarquía, por lo que su contenido puede ser limitado en algunos casos concretos en aras de proteger otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, siempre y cuando el límite resulte proporcional y razonable⁶⁵⁸. Es el caso, por ejemplo,

de sus pares según la ley de la tierra" (romado de: HOYOS, A. El debido proceso. Temis. Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 7. La traducción es nuestra, sin responsabilidad del autor).

⁶⁵⁶ La nulidad procesal es una institución que regula en qué casos un acto procesal debe ser invalidado o declarado nulo. Para ello cuenta con una serie de principios que, debidamente coordinados, nos permiten determinar, en cada caso concreto, cuándo un acto procesal debe ser invalidado. Entre dichos principios podemos mencionar: el de especificidad, finalidad, trascendencia, convalidación, subsanación y el de protección. Vid: MADRINA, A. L. Nulidades procesales. Primera reimpresión a la primera edición. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, Cap. III y siguientes

⁶⁵⁷ En términos generales, una decisión es arbitraria cuando se basa en la mera voluntad del juzgador:

no en el Derecho, ni en las circunstancias fácticas del caso, sino simplemente en lo que él considera como justo o injusto, es decir, en su simple criterio o subjetividad. En cambio, una decisión es absurda cuando es el producto de un razonamiento incorrecto o de una mala apreciación de los hechos o del material probatorio. Finalmente, una decisión es materialmente injusta cuando vulnera los derechos fundamentales o los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. En todos estos casos, la decisión contiene conclusiones o afirmaciones desacertadas, intolerables, irrazonables o desproporcionadas al no encajar dentro del campo de lo opinable, sino dentro de lo ilógico, lo irreal, lo irracional o irrazonable; pues una decisión arbitraria, absurda o materialmente injusta no solo resulta descalificable como acto procesal, sino que además afecta la justicia del caso concreto y deviene en inconstitucional.

⁶⁵⁸ Cualquier norma o decisión que involucre a derechos fundamentales o demás bienes constitucionalmente protegidos debe ser razonable o, si se prefiere, responder a un fin constitucionalmente legítimo y, además, los medios utilizados para conseguirlo deben ser proporcionales (tanto desde la perspectiva del bien o valor que tutela, como desde la perspectiva del bien o valor que limita o regula). Si una norma o decisión que involucra derechos o bienes constitucionales no persigue un fin constitucionalmente legítimo o no es proporcional, entonces, será una norma o decisión contraria a la Constitución.

La exigencia del fin constitucionalmente legítimo significa que cualquier medida o decisión que involucre a los derechos o bienes constitucionales debe perseguir una finalidad que responda a causas objetivas de justificación y resulte legítima desde la propia perspectiva constitucional. Por ejemplo, debe responder a la función y naturaleza del derecho sobre el cual se incide o a la necesidad de proteger otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucionalmente protegido. Por lo tanto, si no existe tal fin y la actuación pública es gratuita, o si resulta ilegítimo

de aquellas medidas cautelares que, buscando garantizar la tutela jurisdiccional efectiva, establecen algún tipo de limitación sobre la esfera de actuación de una persona antes de que se haya iniciado o concluido el proceso correspondiente. Tales medidas serán válidas si es que persiguen un fin constitucionalmente legítimo y resultan necesarias, adecuadas y ponderadas en sentido estricto, correspondiéndole a los órganos competentes el velar porque se cumplan estas exigencias⁶⁵⁹.

2. Desde un punto de vista normativo, el "principio de no ser penado sin proceso judicial" responde a la clásica división entre reglas y principios, ya que se trata de una norma jurídica que contiene un mandato de optimización y que presenta de un modo fragmentario sus condiciones de aplicación⁶⁶⁰. Se presenta así como un criterio para la acción, estableciendo ciertos fines y modelando junto con otros principios el ordenamiento jurídico, instruyendo a los operadores jurídicos -desde el legislador ordinario, los juzgadores, hasta el último de los funcionarios o autoridades- sobre los cauces que deben seguir para tener un comportamiento correcto en la producción, aplicación e interpretación del Derecho. Sin perjuicio de ello, en el ordenamiento jurídico peruano este principio es, además, un elemento esencial de un derecho fundamental: el derecho a un proceso justo o debido proceso (aunque algunas veces ha sido considerado también como integrante de la tutela jurisdiccional efectiva o del acceso a la justicia), cuyo reconocimiento como derecho fundamental se encuentra establecido a nivel positivo en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, concordado con el artículo 3 del mismo texto constitucional; y cuya calidad de derecho humano se encuentra positivamente establecida en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se trata, en síntesis, de un principio que ha sido elevado a

desde la propia perspectiva constitucional, entonces la medida o decisión resultará contraria a la Constitución.

Por otro lado, la exigencia de proporcionalidad exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean necesarios, adecuados y proporcionales en sentido estricto; es decir, que además de ser imprescindibles e idóneos para alcanzarlo, exista una adecuada correspondencia, armonía o proporción entre la limitación, regulación o decisión y el fin que pretende alcanzarse. Conforme a ello, el análisis de proporcionalidad de la norma o decisión involucrada debe efectuarse tanto desde la perspectiva del bien o derecho que tutela, como desde la perspectiva del bien o derecho que limita o lesiona.

⁶⁵⁹ Sobre estos temas puede consultarse: PRIETO SANCHÍS, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Trotta, Madrid, 2003, pp. 190 Y ss.; BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, todo el libro; CARRASCO PERERA, A. El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional. En: "Revista Española de Derecho Constitucional", N° 11, pp. 39 Y ss.; Y BUSTAMANTE ALARCÓN, R.

Derechos fundamentales y proceso justo. Ara Editores, Lima, 2001, pp. 162 Y ss.

Vid. HOYOS, A. Ob. cit., p. 24.

⁶⁶⁰ La diferencia entre reglas y principios ha dado lugar en los últimos tiempos a una abundante y compleja literatura teórica. Puede consultarse al respecto: ALEXY, R. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Traducción de Manuel Atienza. En: "Doxa" N° 5, 1988, pp. 139 Y ss.; PRIETO SANCHÍS, L. Lq, principios, derechos. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid - Dykinson, Madrid, 2002, pp. 47 Y ss.; y, GARCÍA FIGUEROA, A. Principios y positivismo jurídico, principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 41 Y ss.

la categoría de elemento esencial de un derecho fundamental, por lo que cumple -entre otras- con las siguientes funciones:

Junto con otros derechos fundamentales y principios de organización -que algunos prefieren llamar garantías institucionales⁶⁶¹ se encarga de configurar el poder -sea privado o estatal- para que su ejercicio sea legítimo, racional y limitado; encargándose también de estructurar el Derecho para que este sea justo o, si se prefiere, para que incorpore contenidos de justicia conducentes a garantizar la libertad y la seguridad de los individuos y, como consecuencia de ello, los demás valores jurídicos⁶⁶². Sirve como guía para organizar el ordenamiento, en especial los sistemas procesales, una institución o instituto jurídico y hasta una función estatal.

Junto con los otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, inspira y dirige la producción, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, así como de cualquier acto jurídico en general-como por ejemplo, una decisión judicial-.

Sirve también como parámetro para fijar criterios ante hechos o situaciones que se producen en la vida social y que importarían la aplicación de una sanción

o una afectación, por lo que debe ser tenido en cuenta por los operadores jurídicos con poder de decisión, en especial en los supuestos de laguna, de antinomia, de textura abierta o de oscuridad de las normas⁶⁶³.

Es un derecho que garantiza la libertad, la seguridad jurídica y el status jurídico de sus titulares. Estos tienen el poder de exigir el respeto de su contenido, la adecuada protección al mismo -incluso a través de la justicia constitucional e internacional-, así como el cumplimiento de aquellas prestaciones necesarias -especialmente por parte del Estado- para su concreción efectiva. Con arreglo a ello, el Estado no solo se encuentra obligado a omitir aquellas conductas que lesionen el derecho a no ser sancionado o afectado sin proceso o procedimiento previo, o que dificulten su concreción (como las que quebrantan la imparcialidad de los jueces e influyen en el desarrollo y resultado del proceso), sino que tiene la obligación de contribuir a su vigencia efectiva cumpliendo, permanentemente, con las prestaciones que ello demande (por ejemplo, manteniendo un número adecuado de jueces especializados, contribuyendo a actualizar constantemente sus conocimientos, dotando al servicio de justicia de una infraestructura y soporte logística adecuado, etc.), protegiéndolo (incluso a través de la protección penal como en los casos de fraude procesal), removiendo los obstáculos que dificulten su vigencia real o

⁶⁶¹ Vid. BAÑO LEÓN, J. M. La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española. En: "Revista Española de Derecho Constitucional", Año 8, Septiembre-Diciembre 1988, N° 24, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 155 Y ss.

⁶⁶² Vid. PECES-BARBA, G. Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo. Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates N° 54, Madrid, 1995, pp. 72-74; también del mismo autor:

Legitimidad del poder y justicia del Derecho. En: AA.vv. "Curso de Teoría del Derecho", segunda edición, con la colaboración de María José Fariñas y otros, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 346

⁶⁶³ Cfr.: PECES-BARBA, G. Ob. cit., p. 74.

efectiva (por ejemplo, combatiendo la pobreza, la desigualdad, el desconocimiento de los derechos, el ejercicio de la abogacía por profesionales mal preparados, etc.) y, en general, creando las condiciones para su plena realización.

Al ser un elemento esencial de un derecho fundamental, goza de propia fuerza normativa de la mayor jerarquía; por lo tanto, vincula en forma directa e inmediata tanto a los órganos y organismos del Estado (sea que pertenezcan al Ejecutivo, Legislativo o Judicial) como a los particulares⁶⁶⁴. Como consecuencia de ello, todo sujeto debe adecuar su conducta al pleno respeto del derecho a no ser afectado ni sancionado sin el proceso o procedimiento previo, encontrándose llamado además a realizar los actos necesarios para su concreción.

Como todo derecho fundamental, el derecho a no ser sancionado o afectado sin proceso o procedimiento previo goza de un mayor valor en el ordenamiento jurídico, de lo que no solo se desprende la inconstitucionalidad de todos aquellos actos del poder -cualquiera que sea su naturaleza y rango- que lo lesionen, sino también la necesidad de producir, interpretar y aplicar las normas jurídicas, y cualquier acto jurídico en general, de la forma más favorable para la eficacia y el contenido de este derecho⁶⁶⁵.

Su máximo nivel jerárquico hace que cualquier acto, norma, omisión, interpretación, limitación o resolución (sea que provenga de órganos estatales, de particulares o de cualquier sujeto de Derecho en general) que lo vulnere o amenace deba ser invalidado o sancionado.

3. Resulta importante insistir en que el derecho a no ser sancionado o afectado sin el proceso o procedimiento correspondiente, como elemento esencial del derecho fundamental a un debido proceso, resulta directamente aplicable -en forma obligatoria- en cualquier tipo de proceso (interno o internacional) y en cualquier tipo de procedimiento (administrativo, arbitral, militar, político o particular), sin importar la naturaleza del conflicto o incertidumbre jurídica del que traten (laboral, penal, civil, mercantil, constitucional, entre otros) o la persona o autoridad ante la cual se hayan iniciado o se vayan a iniciar Juez, árbitro, autoridad administrativa, política o particular, etc.)⁶⁶⁶. Así, ninguna

⁶⁶⁴ Cfr.: CAROCCA PÉREZ, A. Garantía constitucional de la defensa procesal. José Macla Bosch Editor, Barcelona, 1998, pp. 67-68.

⁶⁶⁵ Se trata de la reafirmación del principio favor libertatis o del mayor valor de los derechos fundamentales, es decir, que los derechos fundamentales deben interpretarse del modo más amplio posible y de que las normas jurídicas y los actos jurídicos en general deben producirse, interpretarse y aplicarse de la forma más favorable para el contenido y la eficacia de tales derechos. Así, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: "el operador jurisdiccional de la Constitución debe realizar una interpretación que busque optimizar el ejercicio del derecho subjetivo en el mayor grado de intensidad posible y, en forma muy especial, en relación con el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos, puesto que, como antes se ha sostenido, su reconocimiento es consustancial con el sistema democrático" (STC del 20 de junio de 2002, fundamento N° 5, emitida en el Expediente N° 1230-2002-HC/TC).

⁶⁶⁶ Como ejemplo de ello, el Tribunal Constitucional del Perú, en una sentencia emitida en un proceso de amparo señaló que: "no es argumento válido para desestimar la presente demanda, el empleado por el Club emplazado, que sostuvo que la 'sanción adoptada por la Junta Calificadora y de Disciplina en el caso del demandante respondió a los estatutos del Club [m] y que es meridianamente claro que ese proceso (disciplinario) no puede ser considerado bajo las

persona o autoridad encargada del inicio, desarrollo y conclusión de un proceso o procedimiento puede actuar como si no estuviera vinculada a este derecho o intentar circunscribirlo al ámbito estrictamente jurisdiccional.

En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido a través de una reiterada jurisprudencia que el derecho fundamental a un debido proceso y, por tanto, sus elementos esenciales como lo es el derecho a no ser sancionado o afectado sin proceso o procedimiento previo, no solo se aplica en los ámbitos jurisdiccionales propiamente dichos, sino también en todo procedimiento arbitral, militar, administrativo, político o particular⁶⁶⁷. Lo mismo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia vincula a los órganos estatales peruanos por disposición del artículo 55 de la Constitución debidamente concordado con la Cuarta Disposición Final de la misma⁶⁶⁸.

4. Para finalizar, debemos señalar que una interpretación de las normas legales que disciplinan o regulan la institución de la cosa juzgada (en especial de los artículos 123, inciso 1, del Código Procesal Civil, y del artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que se encuentre en armonía con la Constitución y que además asegure el mayor valor del derecho fundamental a un debido proceso a través de una interpretación que favorezca sus alcances y contenido, nos lleva a concluir que no puede haber cosa juzgada allí donde se afecte de una manera grave o intolerable el derecho fundamental a un debido proceso, en especial el derecho a no ser sancionado o afectado sin el proceso o procedimiento correspondiente.

Así lo ha señalado también nuestro Tribunal Constitucional al establecer en sendas jurisprudencias: "Que este Tribunal ha establecido en anteriores ejecutorias que la cosa juzgada no surte efectos cuando en un proceso judicial

formalidades propias de un juicio o procedimiento judicial', lo que no parece aceptable, por cuanto el respeto de las garantías del debido proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación...en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado, como el desarrollado por el Club demandado" (STC del 12 de diciembre de 1996, emitida en el Expediente N° 067-93-AA/TC).

⁶⁶⁷ Así, por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que: "los derechos de los justiciables que en conjunto forman lo que se conoce como 'El Debido Proceso' poseen un radio de aplicación, que está por encima del funcionamiento y actuación del órgano estrictamente judicial, pues de otro modo ninguna entidad o corporación privada y ni siquiera la propia administración, cuando conoce del llamado procedimiento administrativo, tendría por qué respetar los derechos del justiciable, lo que sería absurdo e inconstitucional" (STC del 10 de setiembre de 1997, fundamento N° 8, emitida en el Expediente N° 461-96-AA/TC).

⁶⁶⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: "De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana" (Caso Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001, párrafo 71. Este criterio es reiterado por la Corte en el Caso Ivcher. Sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 104).

no ha existido el respeto a un debido proceso, ante cuya afectación corresponde a los jueces ordinarios o constitucionales -según sea el caso- la restauración de dicho atributo, después de una ponderación de los bienes constitucionales en juego dentro de un Estado democrático de derecho"⁶⁶⁹; y que: "no cabe invocar el principio de inmutabilidad absoluta de una sentencia que aparentemente adquirió la cosa juzgada ni la garantía de la administración de justicia a que se refiere el artículo 139, inciso 2, de la Constitución Política del Estado cuando no ha existido un auténtico y verdadero proceso judicial en el que se respeten los derechos procesales constitucionales, sino, por el contrario, un proceso llevado en forma irregular"⁶⁷⁰.

DOCTRINA

ALEXY, R. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Traducción de Manuel Atienza. En: "Doxa" N° 5, 1988; BAÑO LEÓN, J. M. La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española. En: "Revista Española de Derecho Constitucional", Año 8, Septiembre-Diciembre 1988, N° 24, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; BUST AMANTE ALARCÓN, R. Derechos fundamentales y proceso justo. Ara Editores, Lima, 2001; CAROCCA PÉREZ, A. Garantía constitucional de la defensa procesal. José María Bosch Editor, Barcelona, 1998; CARRASCO PERERA, A. El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional. En: "Revista Española de Derecho Constitucional", N° 11; GARCÍA FIGUEROA, A. Principios y positivismo jurídico, principios y positivismo jurídico.

El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998; HOYOS, A. El debido proceso. Temis. Santa Fe de Bogotá, 1996; MAURINO, A. L. Nulidades procesales. Primera reimpresión a la primera edición. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985;

PRIETO SANCHÍS, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Trotta, Madrid, 2003; PECES-BARBA, G. Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo. Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates N° 54, Madrid, 1995; PECES-BARBA, G. Legitimidad del poder y justicia del Derecho. En:

AA.W. "Curso de Teoría del Derecho", segunda edición, con la colaboración de María José Fariñas y otros, Marcial Pons, Madrid, 2000; PRIETO SANCHÍS, L. Ley, principios, derechos. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos IIT de Madrid - Dykinson, Madrid, 2002.

Principio de favorabilidad

⁶⁶⁹ STC del 7 de abril de 2000, fundamento N° 6, emitida en el Expediente N° 921-98-AA/TC.

⁶⁷⁰ STC del 22 de julio de 1999, fundamento N° 6, emitida en el Expediente N° 379-97-AA/TC.

Artículo 139

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 24)b, 3, 26 inc. 3), 103;

C.P.: arts. 6,7,8;

C.A.D.H.: arto 9;

D.U.D.H.: arto 11.2;

P.I.D.C.P.: arto 15.1

Róger Yon Ruesta

1. Antecedentes en la Constitución de 1979

En el artículo 233 numeral 7 de la Constitución de 1979 se señalaba:

"Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

(...)

7. La aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda o de conflicto en el tiempo de leyes penales."

Es de entenderse que el aludido artículo, refiriéndose a "la administración de justicia" -entendida esta hoy en día como el amplio sector no circunscrito a la actuación del juez (comprendiéndose otras entidades del Estado, e incluso de carácter privado, como son los tribunales arbitrales que tienen una incidencia material en la resolución del conflicto)-, puso una limitación innecesaria en el numeral 7 al señalar inicialmente una amplitud de aplicación, para luego circunscribirla a un problema de conflicto. en el tiempo de leyes penales. Sin embargo, no se ha considerado (por lo menos, no se señala) que también hay conflictos en el espacio, en la interpretación, en la aplicación de lo más favorable de cada ley, de los que podría darse a entender que no gozan de la protección de dicha garantía.

Entonces, resulta antitécnico invocar con amplitud la "aplicación de lo más favorable" para circunscribirla a un problema de temporalidad de las leyes penales. A ello se sumó la utilización de la palabra "reo", que tiene una connotación circunscrita a la persona que purga cárcel.

Creemos erróneo establecer que la diferencia entre la Constitución precedente y la actual, en lo referente a este numeral, estriba en que la anterior permitía al juez penal trozar las leyes penales para luego configurar una tercera, que sería la de aplicación al caso concreto (lex tertia) y que hoy, de cara a la nueva redacción, recién estaría prohibido. Debe señalarse al respecto que la lex tertia, en tanto posibilidad de arbitrariedad, hace del juez penal un legislador casero

para el caso concreto, ya que además de trastocar su función jurisdiccional de resolución de conflictos ostentaría la facultad de seleccionar el trozo de ley que él, motu proprio, considere más beneficioso para el encausado, desnaturalizándose las leyes y el sentido histórico y social que a cada una identifica, lo cual se ve agravado porque incluso se pretendería aplicar un trozo de ley no vigente.

En tal sentido, no es correcto acudir a una nueva Constitución para señalar que la *lex tertia* no goza de amparo constitucional.

2. Análisis de la Constitución vigente

El Capítulo VIII del Título IV de la Constitución de 1993 se titula Poder Judicial. Contiene 12 artículos, uno de los cuales, el 139, señala:

'Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales".

La fórmula empleada por el Congreso Constituyente hace referencia a principios y derechos, pretendiendo dar la sensación de que se iba a dotar al proceso jurisdiccional de mayores garantías. Sin embargo, esta terminología resulta teórica, abstracta y confusa, puesto que pareciera que se equipara principios a derechos, o dando pie, en el plano académico, a la búsqueda de una innecesaria diferenciación entre ambos términos. Consideramos que hubiera sido mucho más útil recurrir a la palabra "garantías".

Ajo anterior se suma la indebida utilización de la expresión "al procesado", puesto que haría circunscribir la aplicación de la referida garantía a quien se encuentra sujeto a un proceso penal, dejando de lado que este principio pueda ser aplicado a la investigación preliminar (investigación policial, fiscal) o al propio juez penal, cuando emite el auto de abrir instrucción, así como a un proceso de otra naturaleza en donde se requiera evaluar la aplicación de la ley más favorable. Nos referimos, por ejemplo, al artículo tercero del Código de Procedimientos Penales que le da al juez civil la atribución de valorar, en la sustanciación de un proceso civil, si existen elementos o indicios de configuración de un ilícito penal para, de haber mérito, correr traslado al Ministerio Público. Entonces, nos parece que la palabra "imputado" goza de la necesaria amplitud en la que puede incluirse todo este tipo de casos y sedes en las que se discuta la aplicación del referido principio. Siguiendo a Cabanellas, entendemos a la imputación como la esencia de la denuncia.

Pareciera que la redacción de la Constitución de 1993 habría incurrido en este tipo de errores debido a que provino de un Congreso Constituyente, lo que tal vez se hubiera podido superar con una Asamblea Constituyente, en la cual el nivel de discusión es de mayor amplitud y la conformación contempla mayores

sectores, lo cual le da una garantía de pluralidad que incide en el aspecto democrático.

No obstante, consideramos que resulta de mayor garantía para el ciudadano la no restricción de la aplicación del principio de favorabilidad a los conflictos en el tiempo.

3. Contenido material y significado del principio de favorabilidad

El principio de favorabilidad adquiere sentido en el conflicto de leyes penales, estableciéndose como garantía de que, a quien le toque administrar justicia deberá optar por favorecer, según nuestros términos, al imputado. La determinación de lo más favorable al reo debe ser determinado por el juzgador en función del caso concreto.

Asimismo, debe dilucidarse a qué alude la Constitución con ley penal; es decir, si incluye en esta denominación también a la ley procesal penal, la ley penal de ejecución y en caso de leyes penales en blanco, a la remisión de esta.

4. Ámbitos en los que no hay conflicto de leyes

4.1. Sucesión de leyes en delito permanente

Queda claro que el delito permanente, en tanto se consuma con el cese de la acción que se extiende durante la afectación al bien jurídico (por ejemplo, la libertad durante el tiempo que signifique el secuestro), admite la posibilidad de que en ese lapso de afectación pueda variar la ley para limitar beneficios penitenciarios, agravar la pena, etc. con lo que la ley aplicable será la nueva. En tal sentido, en este tipo de delitos no habría por qué invocar el principio de favorabilidad.

4.2. Conflicto aparente de leyes

Tampoco son materia de invocación del artículo constitucional aludido los casos en que exista concurso aparente de leyes, toda vez que este supuesto goza de reglas propias de resolución. Así, el conflicto aparente se resuelve por los principios de especialidad, subsidiariedad, altematividad y consunción.

4.3. Prevalencia constitucional

Los casos en los cuales la ley contraviene la Constitución no da pie a ningún conflicto, puesto que la propia Constitución (la actual en el artículo 138 párrafo in ftne) señala que "en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera".

5. Ámbitos en los que el conflicto se torna discutible

5.1. ¿La ley penal comprende la ley procesal penal?

Recientes resoluciones del Tribunal Constitucional señalan que la ley penal no comprende a la ley procesal penal, y que principios como el de irretroactividad o retroactividad benigna no alcanzan a esta última. Más allá de señalar que difícilmente puede justificarse estas decisiones a la luz del propio texto de la Constitución, la cual señala en el artículo 103 que la retroactividad se permite en el caso de materia penal -lo cual no necesariamente se restringe a las leyes penales- es de señalarse que la ley procesal no es más que una institución que mediante el proceso viabiliza la aplicación de la ley penal. De ahí que muchos la consideren adjetiva respecto de la ley penal (sustantiva), sin que ello obvie o pretenda desconocer sus reglas y principios particulares de cara a lo que un sector importante de la doctrina ha denominado Derecho Procesal Penal Constitucional. Así por ejemplo, la ley procesal es de aplicación inmediata, sin embargo, debe cuidarse que al realizar dicha aplicación no se afecten derechos fundamentales como la libertad, el juez natural, entre otros.

La ley penal y la procesal penal están inmersas en un contexto social, económico y político del que deben dar cuenta respecto a su necesidad y utilidad, por lo que en nada aporta para solucionar los conflictos sociales el recurrir a situaciones excepcionales, las cuales dan pie a leyes como la N° 27379, "Ley de Procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares". Como podrá apreciarse, el tema que se discute es el equilibrio planteado por Ferrajoli respecto a la política del Estado en la aplicación del *ius puniendi*, centrada en la eficacia de la persecución del delito y el respeto a las garantías fundamentales, así como en el diseño, ejecución y aplicación de la referida persecución. Este equilibrio da cuenta de un verdadero Estado social en el que la política sancionadora del Estado es útil y se centra en la aplicación de medidas necesarias y que no implican excesos o arbitrariedades.

5.2. La institución de la prescripción

La prescripción de la acción penal o de la pena son materias consignadas en el Código Penal y que, sin embargo, inciden en materia procesal. La prescripción, de un lado, tiene que ver con principios fundamentales del Derecho Penal como el de culpabilidad, en cuanto se refiere a la responsabilidad por el hecho, esto es, que solamente al sujeto inculcado se le hace responder por un acto (comisivo u omisivo, de contenido subjetivo doloso o imprudente) que luego se va a expresar en la acción prevista en un tipo penal determinado, con efectos en la graduación del tipo de injusto, ya sea por una actuación a título de autor o partícipe, o porque la acción, de cara a la afectación del bien jurídico, se haya o no consumado. Por otro lado, reviste efectos procesales porque el proceso ha encontrado un término perentorio en el que deja de existir y sin que se pueda instaurar o reinstaurar bajo ningún aspecto, con lo que proceso, procedimiento y medidas procesales caducan, todo lo cual es de naturaleza procesal penal.

Consideramos que la institución, bajo cualquier aspecto que sea analizado (sustantivo o adjetivo), por contener ambos aspectos, le debe alcanzar la aplicación del principio de favorabilidad.

6. Concurso de delitos

En materia penal, la acción ilícita puede ir acompañada de otras que tienen igual relevancia o en la que la misma acción implique la configuración de diferentes tipos.

El concurso puede ser homogéneo o heterogéneo, de acuerdo a la afectación al bien jurídico.

Se produce el concurso heterogéneo cuando el hecho realiza delitos distintos, mientras que el homogéneo se da cuando los delitos cometidos son iguales. En ese sentido, en el primer caso se presentan delitos de distinta gravedad, mientras que el segundo implica igual gravedad de los delitos en concurso.

Nuestra legislación ha considerado que en caso de concurso real o ideal de delitos se debe aplicar la pena más grave, lo cual en prima Jade no implica una violación al principio de favorabilidad. Sin embargo, habría que definir qué se entiende por la pena más grave. Si esta consiste en verificar los años establecidos en el tipo penal para la pena privativa de libertad, si existen penas conjuntas (que se suma a la pena privativa de libertad, la multa o la inhabilitación), ¿cuál es el criterio para escoger la más grave? Al no haber establecido el legislador una posición de cómo se establece la pena más grave, ¿será posible escoger de haber concurso de penas graves la menos grave?

7. Ámbitos que abarca el conflicto

7.1. Ley temporal

Ante una sucesión de normas penales en el tiempo, el principio de favorabilidad impone que se aplique la norma que resulte más favorable al reo. Ello en virtud de que la variación del desvalor de la acción por parte del legislador conlleva, en el caso de que la variación favorezca al reo, a que el fundamento político-criminal de la sanción disminuya (o desaparezca, si así sucede con la pena). Esto no ocurre en el caso inverso, en el cual debe respetarse, en virtud del principio de legalidad, la motivación producida por la norma en el momento en que se cometió el delito.

Entre los que se puede recurrir al principio de favorabilidad mencionaremos, solo a manera de ejemplo, los siguientes: si en una ley se reduce el mínimo de la pena, ello constituye una atenuación. Así también ocurre en el caso de las leyes penales en blanco, en los casos en los que se coloca en una mejor posición al imputado cuando se modifica la norma de complemento.

Esta regla tiene su excepción en el caso de las denominadas leyes temporales, en las cuales de antemano se señala que su vigencia durará un periodo predeterminado de tiempo. Esto se debe a que en este caso no se ha dado un cambio en la valoración político-criminal de la sanción, sino que se ha establecido la temporalidad de la vigencia de la norma debido a circunstancias de hecho.

7.2. Ley espacial

Nuestra legislación ha optado por el principio de ubicuidad, es decir, que el juez competente es aquel del lugar en el que se comete la acción o en el que se producen los efectos de la misma. Ahora bien, el principio de favorabilidad implica que la ley aplicable sea aquella que aluda al lugar en el que el sujeto pueda ejercer de manera idónea su derecho de defensa. Ello nos llevaría a precisar que el principio de favorabilidad sería no solo aplicable a la ley en sí misma, sino a la aplicación de esta en su sentido concreto y material más favorable para el sujeto.

7.3. Ley en razón de personas

La legislación establece un procedimiento diferenciado en razón de la actividad político-social que desempeñe el sujeto (función pública). Aquí el punto de discusión es si se contraría el principio de favorabilidad cuando las leyes señaladas para procesos iguales se alteran por un régimen de excepción debido a que la sociedad se ve convulsionada por determinados crímenes que ponen en riesgo toda la estabilidad social y política (por ejemplo, el caso de la jurisdicción encargada de los procesos de corrupción de funcionarios públicos).

Debe quedar claro que aquí no hay un problema de favorabilidad, sino de eficacia en el esclarecimiento de ciertos hechos que son sometidos a la valoración de jueces especiales. Claro está que ello implica que los derechos de los procesados bajo este régimen especial sean respetados y que la persona no vea restringidos sus derechos de defensa y a un debido proceso por tener este régimen especial.

7.4. Analogía favorable al reo

En este caso, el principio de favorabilidad también es aplicable, pues existe una obligación por parte del Estado de interpretar las leyes en bonam par/em. Recordándose que la analogía para perjudicar al reo está proscrita, resulta que el principio de

Para Vescovi⁶⁷¹, el principio de publicidad se opone al del secreto. Reclama el conocimiento público de los actos del proceso como medio de contralor de este y, en definitiva, de la justicia, por el público. Según Oviedo⁶⁷², el secreto del poder es característico del absolutismo y de la tiranía, en los que prevalece la razón del Estado y no el interés público y los derechos/de los gobernados. "La liberalización y democratización de los gobiernos está en el sentido de eliminar las actuaciones sustraídas al conocimiento y control de la opinión pública, como del control jurisdiccional de los llamados actos políticos, de gobierno o poder, dejados antes a la pura discreción del gobernante."

3. La publicidad no solo opera en los procesos penales sino en todos los procesos, a pesar de que se discuta intereses privados, como el proceso civil. No es una constante a lo largo de todo el camino procesal, sino en etapas

⁶⁷¹ VESCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Temis, Bogotá,

⁶⁷² OVIEDO, Amparo. Fundamentos del Derecho Procesal, del procedimiento y del proceso. Temis, Bogotá, 1995, pp. 35-36

cruciales de este como la discusión o debate de las pruebas judiciales, por citar.

Tampoco impide que otras personas fuera de las partes y sus apoderados sigan y controlen la marcha del proceso, y la actuación de las personas que intervienen.

Por otro lado, constituye una excepción al principio de publicidad, que las deliberaciones de los jueces sean cuestiones puramente internas que se realicen en reserva. En ese mismo sentido, la reserva se extiende a todos los empleados judiciales, so pena de incurrir en mala conducta, con el fin de evitar que las partes conozcan los resultados de los fallos antes que ellos oficialmente existan.

4. La publicidad del control no debe afectar la independencia de los jueces en el desarrollo de sus funciones. Este control no implica que los expedientes puedan ser mostrados a todo quien se interese por conocerlo, sino a las partes, a sus apoderados, a los abogados designados en el proceso, a los auxiliares de la justicia o a las personas que el juez autorice con [mes de docencia o investigación. Véase en ese sentido lo regulado en los artículos 138 y 139 del Código Procesal Civil, así como el artículo 171 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Este control popular enarbolado por la Revolución Francesa es un mito, porque como señala Peyrano⁶⁷³, las urgencias de la vida moderna obligan a que el ciudadano emplee un tiempo que le es precioso para resolver sus propios problemas y asegurar su sustento; sin embargo, en el supuesto que alguna persona en cumplimiento de sus deberes cívicos, hiciera un alto en su actividad para ejercitar el mentado control no cabe duda que sus buenas intenciones se frustrarían por la complejidad favorable vincula a los jueces a aplicar una ley dirigida a un determinado caso a otro caso (que no tiene ley aplicable) que guarda semejanza con el primero.

8. Propuesta alternativa a la redacción existente

Considerando como punto de partida la necesidad de que la ley penal tenga la garantía de reserva de ley, y en razón a los puntos expuestos, nos parece que una redacción adecuada de la norma en cuestión sería la siguiente:

"Artículo 139.- Son garantías de la administración de justicia:

(...)

11. La aplicación de lo más favorable al imputado en caso de conflicto normativo que incida en materia penal".

DOCTRINA

⁶⁷³ PEYRANO, Jorge. El proceso civil: principios y fundamentos. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 332.

BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte general. Cuarta edición. Akal. Madrid, 1997; BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Trotta. Madrid, 1997; CASTILLO AL V A, José Luis. Principios de Derecho Penal. Parte General. Primera reimpresión. Gaceta Jurídica. Lima, 2004; CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal. Parte General. Universitas. Madrid, 1996; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Derecho Penal. Parte general. Quinta edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte General. Civitas. Madrid; JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Trad. Cuello Contreras y Serrano Gonzáles. Marcial Pons. Madrid, 1995; JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Trad. Manzanares Samaniego. Cuarta edición. Comares. Granada, 1993.

Derecho a no ser condenado en ausencia

Artículo 139

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

12. El principio de no ser condenado en ausencia.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 24)e, 142, 149, 200; e de

P.P.: arts. 205, 206, 318 Y ss.;

L.O.M.P.: art 82inc. 2);

Ley 26641: arto 1 Y ss.;

D.Leg. 125: arts. 1 y ss.;

P.I.D.C.P.: arto 14.3.d

Susana Castañeda Otsu

1. Introducción

La vigente Constitución consagra en el artículo 139, inciso 12 un derecho fundamental de las personas acusadas de un delito: la de no ser condenado en ausencia.

Constituye también un principio que tanto legisladores como jueces deben tener en consideración, los primeros al desarrollarlo, en tanto constituye un derecho de configuración legal; y los jueces cuando resuelven los procesos penales, al considerar su configuración como derecho fundamental de un procesado, y a la vez, parámetro de interpretación.

Hasta la fecha no ha encontrado un desarrollo jurisprudencial ni doctrinario exhaustivo desde la óptica constitucional; en tal sentido, si deseamos efectuar un análisis de este tipo, debemos recurrir a las disposiciones contenidas en los tratados internacionales que consagran los derechos civiles y políticos, y a la doctrina jurisprudencial que al respecto han emitido los órganos de protección establecidos en estos tratados. Ello sin dejar de considerar una norma que data desde 1940 con sucesivas modificatorias: nos referimos al Código de Procedimientos Penales, vigente hasta la fecha en tanto no entre en vigencia el Código Procesal Penal promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957 publicado el 29 de julio de 2004⁶⁷⁴.

2. Definición del ausente y contumaz

Ausente es la persona que se encuentra en estado de ausencia, término último que etimológicamente proviene del latín *absentia*, que significa no presencia, persona que no está en el lugar que se le llama⁶⁷⁵. Con mayor frecuencia, se

⁶⁷⁴ Según la Primera Disposición Final, el Código entrará en vigencia progresivamente. El 1 de febrero de 2006 se pondrá en vigencia en el distrito judicial designado por la Comisión Especial de Implementación creada por el Decreto Legislativo N° 958, culminando la aplicación progresiva en el Distrito Judicial de Lima.

⁶⁷⁵ Diccionario Jurídico Omeba. Tomo 1, pp. 940 a 943

dice ausente de quien no se encuentra en el lugar donde debiera encontrarse, ya para usar de algún derecho o facultad, ya para que otro ejercite uno u otra contra él; específicamente, la persona cuyo paradero y existencia se ignora por haber desaparecido de su domicilio habitual o haber dejado de dar noticias suyas⁶⁷⁶.

En cambio, el término contumaz, que proviene del latín *contumax*, es aquel que se encuentra en estado de contumacia, persona que a pesar de haber sido válidamente notificada, no acude al despacho del juez, no compareciendo ante él.

En el ámbito del Derecho Procesal Penal, ausente es la persona que ignora la existencia del proceso penal aperturado en su contra, y por ello no concurre a las respectivas diligencias judiciales; en cambio, el contumaz a pesar de conocer su calidad de procesado, se rebela y no concurre al juzgado, incumpliendo voluntaria e intencionalmente los requerimientos de la autoridad judicial.

3. El derecho a no ser condenado en ausencia en los tratados internacionales de derechos humanos

El principio y derecho de no ser condenado en ausencia -que guarda íntima conexión con el derecho a ser oído- se encuentra regulado en los tres tratados internacionales que consagran los derechos civiles y políticos, prohibiéndose de este modo el juicio *in absentia*, con la finalidad proteger el derecho de defensa de los procesados.

Así, en el ámbito del sistema universal de protección de los derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁷⁷ resulta ser el instrumento más específico respecto de este derecho, pues en su artículo 14 inciso 3 establece lo siguiente: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) "A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección (...)"

En el ámbito del sistema europeo de protección de los derechos humanos, la Convención para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales de 1950, en el artículo 6 inciso 3 c), establece el derecho de todo acusado de defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección. En igual sentido, en el sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 8, inciso 2 d), establece el "derecho del inculpaado de defenderse personalmente o de ser asistido por un

⁶⁷⁶ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual Tomo 1, Heliasta. Buenos Aires, pp. 239 a 240

⁶⁷⁷ Adoptado el 16 de diciembre de 1966, mediante Resolución N° 2200A (XXI) de la Organización de las Naciones Unidas y en vigor desde el 23 de marzo de 1976. Aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N° 22128. Instrumento de adhesión, 12 de abril de 1978, depositado el 28 del mismo mes y año (5) Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, aprobada por nuestro país mediante el Decreto Ley N° 22231 del 11 de julio de 1978 y ratificada el 28 de julio del mismo año.

defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor".

Los órganos de protección creados por estos tratados: Comité de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, han tenido oportunidad de pronunciarse respecto al derecho de no ser condenado en ausencia, resultando un criterio de interpretación vinculante los pronunciamientos emitidos por el primero y los dos últimos, a tenor de lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución Política, que establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Estado peruano⁶⁷⁸.

El Comité de Derechos Humanos⁶⁷⁹ ha conocido comunicaciones de ciudadanos que han alegado haber sido condenados sin estar presentes durante el juicio. Es el caso de la Comunicación N° 16/1977, de fecha 8 de setiembre de 1977, en la cual concluye: "Los procesos in absentia requieren que, pese a la no comparecencia del acusado, se hagan todas las notificaciones para informarle de la fecha y lugar de su juicio y para solicitar su asistencia. De otra forma, el acusado, en especial, no dispondrá del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (art. 14, párr. 3d) ni tendrá oportunidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados (art. 14, párr. 3e)"⁶⁸⁰.

Asimismo, en la Comunicación N° 139/1983, del 16 de marzo de 1983, Caso Hiber Conteris vs. Uruguay, el Comité estableció que la víctima fue declarada culpable y sentenciada in absentia por un tribunal militar de primera instancia por tres delitos, por lo tanto, Uruguay violó el artículo 14, Párrafo 3 d) "(...) porque no estuvo presente en el proceso y no pudo defenderse personalmente ni ser asistido por un asesor letrado de su elección"⁶⁸¹.

⁶⁷⁸ Disposición que de modo similar ha sido recogida en el artículo V de! Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, con el agregado de que se incluye como parámetro de interpretación las decisiones emitidas por los órganos jurisdiccionales de protección de los derechos establecidos en los respectivos tratados.

⁶⁷⁹ Es competente para recibir y examinar comunicaciones interestatales e individuales, por violación de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el caso de las comunicaciones individuales se requiere que los Estados Parte suscriban y ratifiquen el Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Protocolo que entró en vigor en la misma fecha que el Pacto.

⁶⁸⁰

"Caso Daniel Monguya Mbenge contra el Estado de Zaire" quien en setiembre de 1977 fue condenado a muerte por haber participado presuntamente en la invasión de la provincia Shaba; y en marzo de 1978 nuevamente fue condenado a muerte como presunto investigador de un complot contra el régimen, enterándose de ambas (m) condenas por la prensa cuando se encontraba en Bélgica, en calidad de refugiado político.

⁶⁸¹ Ver además la Comunicación N° 74/1980. "Caso Miguel Ángel Estrella VI. Uruguay" en la cual el peticionario refiere que el 29 de agosto de 1979, un funcionario del Penal de La Libertad le comunicó que lo habían condenado a cuatro años y medio de prisión en un proceso celebrado a puerta cerrada. El Comité concluyó que fue juzgado sin ser oído públicamente y sin

Sin embargo, resulta interesante indicar que el Comité, en el primer caso, ha sostenido que "(...) las actuaciones in absentia son admisibles en algunas circunstancias (por ejemplo, cuando el acusado, aunque informado de las actuaciones con suficiente anticipación, renuncia a su derecho de estar presente), en beneficio de una buena administración de justicia (...)". Criterio que ha mantenido en su Comentario General 13, en el que afirma que "(...) cuando excepcionalmente y por razones justificadas se celebren juicios in absentia, es tanto más necesaria la estricta observancia de los derechos de la defensa"⁶⁸².

4. El derecho a no ser condenado en ausencia. El caso peruano

El derecho a no ser condenado en ausencia aparece por primera vez con rango constitucional en la Norma Fundamental de 1979, en el inciso 10 del artículo 233, entre las denominadas garantías de la administración de justicia, y se mantiene en la Constitución vigente en el artículo 139 inciso 12, que es materia de este comentario. La regulación vigente de este derecho constitucional de configuración legal se encuentra en el Código de Procedimientos Penales de 1940, que se ocupa de los procesados ausentes en dos títulos, el Título IX del Libro II "De la instrucción contra inculpados ausentes" (artículos 205 y 206); Y el Título III del Libro IV "Juicio contra reos ausentes" (artículos 318 al 322). Estas norma garantizan los siguientes derechos del procesado:

Derecho de defensa, al establecerse que la instrucción se llevará a cabo nombrándosele de oficio un defensor, ello obviamente si sus familiares no le designan un abogado.

Reserva del proceso luego de emitida la acusación fiscal contra el ausente hasta que sea habido. Se dispone que se renovarán las órdenes para su captura y será emplazado mediante edictos, de tal modo que el juicio no podrá iniciarse si no es capturado o se pone a disposición del órgano jurisdiccional. La regla anterior rige cuando en el proceso solo están comprendidos acusados ausentes; si además figurasen acusados presentes el juicio oral se inicia, nombrándose defensor para los ausentes. En este caso, de expedirse sentencia condenatoria, solo comprenderá a los acusados presentes y se reservará respecto de los ausentes. Si el Tribunal llega a la convicción de que el ausente no es responsable de los delitos imputados, lo absolverá⁶⁸³.

Una norma que guarda conexión con las disposiciones mencionadas es el Decreto Legislativo N° 125 que sustituye el artículo 210 del Código de

que el Estado Parte haya aducido motivo que lo justifique de conformidad con el Pacto.

⁶⁸² Comité de Derechos Humanos; Observación General 13, Igualdad antes los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley (artículo 14), 21 Periodo de Sesiones, párrafo 11.

⁶⁸³ Para complementar lo referente a las normas de ausencia y contumacia establecidas en el Código adjetivo, Ver: SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Tomo 11, 2ª edición, Grijley, Lima, pp. 1363 a 1370; GARCÍA RADA, Domingo. El enjuiciamiento en ausencia y la nueva Constitución.

En: HURTADO POZO, José (Ed.). "La nueva Constitución y el Derecho Penal". Eddili. Lima, 1980; y SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manl/al de Derecho Procesal Penal Idemsa. Lima, 2004.

Procedimientos Penales; y establece en el artículo 3 los supuestos por los cuales un procesado debe ser considerado contumaz: a) al que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado, rehuye el juzgamiento en manifiesta rebeldía o hace caso omiso a las citaciones o emplazamiento que le fueran hechos por el juez o tribunal; b) al que hallándose con libertad provisional o vigilada incurre en las actitudes descritas anteriormente; y, c) al que estando detenido en las dependencias policiales o en un centro de reclusión se fugue para evadir la acción judicial.

Al igual que a los ausentes, cuya situación es totalmente distinta a los contumaces, el Decreto Legislativo N° 125⁶⁸⁴ les garantiza los mismos derechos: de defensa y no ser condenados en contumacia. La explicación, a nuestro entender, se encuentra en que en el Diario de Debates de la Asamblea Constituyente 1978-1979, la ausencia en términos generales se refiere a la no presencia del procesado, y ante esta imprecisión puede concluirse que comprende tanto al ausente propiamente dicho como al contumaz. Es por ello que el segundo párrafo de la parte considerativa del citado decreto legislativo señala: "Que el dispositivo constitucional utiliza el término 'ausencia' en un sentido que comprende tanto al ausente propiamente dicho como al contumaz, situación que debe ser expresamente definida, por cuanto no lo está en el Código de Procedimientos Penales vigente". .

Se advierte entonces que las normas citadas garantizan el derecho de defensa a los no presentes -ausentes y contumaces-, a ser oídos y no ser condenados en ausencia, permitiendo una sentencia absolutoria⁶⁸⁵.

Finalmente el artículo 79 del Código Procesal Penal que entrará en vigencia, regula en términos similares al Código vigente lo relativo a la ausencia y contumacia.

Así, establece cuatro supuestos por los cuales el juez declarará contumaz a un imputado; y en el caso del ausente lo hará cuando se ignora su paradero y no aparezca de autos evidencia que estuviera conociendo del proceso, disponiéndose que si la declaración de ausencia o contumacia se produce durante el juicio oral, el proceso debe archivarse provisionalmente respecto de aquel. Textualmente el inciso 5 establece:

"En todo caso, el contumaz o ausente puede ser absuelto pero no condenado".

Asimismo, debe quedar claramente establecido que el órgano jurisdiccional, para declarar la ausencia o contumacia, deberá identificar plenamente al procesado, haber dictado reiteradas requisitorias teniendo en cuenta su plazo

⁶⁸⁴ Es necesario indicar que el artículo 233 inciso 10 de la Constitución Política de 1979 abrogó los Decretos Leyes N° 19030 (19/11/1970) y N° 19962 (27 /03/1973), los que posteriormente fueron derogados por el Decreto Legislativo N° 125 "Normas sobre Ausencia y Contumacia", publicado el 15 de junio de 1981, vigente hasta la fecha. En la parte considerativa se establece que es necesario contemplar la situación de los procesados que en aplicación de los dos decretos ley antes mencionados fueron condenados en ausencia y que no estén conformes con la sentencia.

⁶⁸⁵ Estas disposiciones son aplicables al proceso ordinario. En igual sentido el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 125, establece que en los procesos de trámite sumario, el juez no puede expedir en ningún caso fallo condenatorio contra los procesados que tienen la condición de contumaces.

de caducidad, y haber emitido el correspondiente auto de declaración de ausencia o contumacia. La individualización es necesaria por exigencia de la Ley N° 27411 que regula el procedimiento en los casos de homonimia, modificada en parte por la Ley N° 28121, con la finalidad de evitar afectaciones a la Libertad y seguridad personales.

5. Transgresiones al derecho a no ser condenado en ausencia en el Perú

No obstante esta regulación legal, en los años 1992 y 1996 se dieron dos normas que merecen ser brevemente mencionadas. La primera, el Decreto Ley N° 25728 del 2 de setiembre de 1992, dictada durante el gobierno del ex presidente Alberto Fujimori, que en su artículo 1 permitía la condena en ausencia de los procesados por los delitos de terrorismo y de traición a la patria, previstos en los Decretos Leyes Nros. 25475 y 25659. La norma en cuestión resultaba inconstitucional, pues aun cuando fue dada en un contexto de grave violencia política, los procesos no observaron los estándares mínimos de un debido proceso. En tal sentido, la condena en ausencia no debió ser admitida, por la grave indefensión que generó la legislación de emergencia. No obstante su manifiesta inconstitucionalidad, fue aplicada⁶⁸⁶.

La segunda norma, la Ley N° 26641, publicada el 26 de junio de 1996, en su artículo 1, recurriendo a la denominada interpretación auténtica, estableció que tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia se aplicaba sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptivos, la misma que operaba si existían evidencias irrefutables de que el acusado rehuía el proceso, siendo el juez encargado del mismo quien declaraba la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción. Asimismo, el artículo 2 convirtió a la contumacia en un tipo delictivo, con una pena privativa de libertad igual a la que correspondía al delito por el que se procesaba al contumaz.

Lo criticable de esta norma es que fue promulgada con fines políticos, en realidad se trató de una norma con nombre propio, para ser aplicada al ex presidente Alan García, como en efecto ocurrió, pues con fecha 6 de setiembre de 1996 la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia en opinión dividida lo declaró contumaz y decidió suspender el lapso de prescripción de la acción penal hasta que se ponga a derecho, decisión que al ser confirmada el 4 de abril de 1997 determinó que el afectado recurra a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁸⁷. Otra crítica que merece esta norma es que una situación procesal fue considerada delictiva, lo que resulta lesivo al principio del ne bis in ídem.

6. Conclusión

Analizado brevemente el derecho a no ser condenado en ausencia, consideramos que las transgresiones indicadas evidencian la necesidad de un

⁶⁸⁶ Como ejemplo consultar el Expediente N° 2488-2002-HC-TC, que introduce en el ordenamiento jurídico el hábeas corpus instructivo. Proceso iniciado por María Emilia Villegas Namuche, hermana de Genaro Villegas Namuche, quien fue condenado en ausencia y hasta la fecha sigue desaparecido.

⁶⁸⁷ Informe N° 43/99. Caso 11.688-Alan García Pérez contra Perú, 11 de marzo de 1999

desarrollo legislativo adecuado de la disposición constitucional en comentario, en el cual se regule este derecho fundamental sin afectar su contenido esencial y se determine claramente los conceptos de ausencia y contumacia, debiendo colocarse en agenda la conveniencia o no de permitir la sentencia condenatoria para los contumaces en casos de delitos leves⁶⁸⁸, a fin de no generar impunidad a través de la prescripción y garantizar el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad.

DOCTRINA

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo I, Heliasta, Buenos Aires; GARCÍA RADA, Domingo. El juzgamiento en ausencia y la nueva Constitución. En: HURTADO POZO, José (Ed.). "La nueva Constitución y el Derecho Penal". Eddili. Lima, 1980; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; y CORTEZ DOMINGUEZ, Valentín. Derecho Procesal Penal. 2a edición. Colex. Madrid, 1997; SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo 11, 2a edición, Grijley, Lima; SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Idemsa, Lima, 2004.

⁶⁸⁸ En España se permite el juicio en ausencia y la condena del imputado contumaz. Esta posibilidad de condena está condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos: a) Que durante el procedimiento se le haya requerido personalmente para que designe un domicilio y se le advierta de la posibilidad de efectuar un juicio en su ausencia; b) La pena solicitada no debe exceder de un año de privación de libertad o si fuera de distinta naturaleza, la no debe exceder de seis años; y en los juicios por faltas; c) El juicio oral se debe celebrar con la intervención necesaria del abogado defensor acusado ausente. Ver: arts. 789.4 y 793.1.11 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y Resolución 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 21 mayo de 1975. Se deja establecido que esta normativa debe ser interpretada de conformidad con dicha Resolución y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se proyecta fundamentalmente en tres estadios procesales: en el momento del requerimiento al imputado de la designación del domicilio, en la fase del juicio oral y en el ejercicio de los recursos. Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; y CORTEZ DOMINGUEZ, Valentín. Derecho Procesal Penal 2ª edición. Colex. Madrid, 1997.

Artículo 139

Cosa juzgada

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 41, 102 inc. 6), 118 inc. 21), 139 inc. 2);

C.P.; arts. 4 inc. 3), 78, 89, 90;

C.P.C.: art 123;

C.P.P.: art III;

C.P.Ct.: arts. 4, 25 inc. 14);

L.O.P.J.: art 4;

L.O.M.P.: art 82 inc. 2);

Ley 24968: art 25;

Ley 26435: art 40;

C.A.D.H.: art 8.4;

P.I.D.C.P.: art 14.7

Susana Castañeda Otsu

1. Introducción

Decir que una resolución ha adquirido la calidad de cosa juzgada equivale a que no puede ser modificada ni que el proceso sea reabierto. Una resolución adquiere tal calidad cuando el justiciable ha hecho valer todos los recursos impugnativos que la ley le otorga en defensa de sus pretensiones; o pudiendo hacerlo ante una resolución emitida por una instancia intermedia deja transcurrir el tiempo y no acciona ejercitando un derecho fundamental que la propia Constitución establece: la pluralidad de instancia. En el primer supuesto, se dice que la resolución ha quedado ejecutoriada; y en el segundo, que ha quedado consentida.

Es indudable la relación existente entre la cosa juzgada y la seguridad jurídica; por ello acertadamente Juan Monroy Gálvez⁶⁸⁹, sostiene: "Para que los fines del proceso se concreten es indispensable que la decisión final que se obtenga en este sea de exigencia inexorable. Esta calidad de indiscutibilidad y de certeza en su contenido es una autoridad intrínseca que acompaña a las resoluciones judiciales y recibe el nombre de cosa juzgada".

⁶⁸⁹ MONROY GÁLVEZ, Juan. Introducción al proceso civil Tomo 1, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, P. 86.

Hoy en día no solo se habla de cosa juzgada, sino además de autoridad de cosa juzgada, considerándose a esta no como un efecto de la sentencia, sino como una cualidad y un modo de ser y manifestarse de sus efectos⁶⁹⁰.

El artículo 139 incisos 2 y 13 de la Constitución consagra la institución de la cosa juzgada, siendo necesario remitirse a normas del Derecho Civil, Procesal Civil, Derecho Penal y Procesal Penal y otras⁶⁹¹, para entender sus alcances.

2. La cosa juzgada. Origen y regulación en el Derecho Constitucional Comparado

Al igual que varias instituciones del Derecho, la cosa juzgada tiene su origen en el Derecho Romano. En efecto, aparece en el proceso formulario romano en que la cosa juzgada tenía un fin puramente negativo: impedir el ejercicio de una nueva acción, lo que resultaba imperfecto como mecanismo de seguridad y certeza jurídica.

La superación de esta imperfección se da cuando la exceptio "rei iudicatae" se transforma y nace no solo cuando se obtiene la sentencia, sino en función del contenido de la misma, de tal manera que el principio puramente negativo se convierte en el paso de los años en este otro: "Ninguna sentencia puede infungir las disposiciones de una sentencia anterior", acepción última que se refiere a la cosa juzgada en sentido positivo⁶⁹².

La institución de la cosa juzgada en la actualidad está consagrada en diversas constituciones, donde ha adquirido el rango de derecho fundamental. Por ejemplo, la Constitución de Colombia en su artículo 29 establece: "(...) Toda persona tiene derecho a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho", la Constitución de Ecuador en su artículo 24 inciso 16 precisa: "Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: (...) 16.- Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa", y en términos parecidos se enuncia en la Constitución de Venezuela⁶⁹³.

En términos parecidos derecho es consagrado en las Constituciones de Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y República Dominicana en los artículos 42, 11, 95, 23, 34 inciso 10), 32, 17

⁶⁹⁰ LIEBMAN. Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada. En Buenos Aires, 1945.

⁶⁹¹ Artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "(oo.) No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso. Esta disposición no afecta el derecho de gracia".

⁶⁹² CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros. Derecho Procesal; parte general - Proceso civil. Tomo 1, Sª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 488.

⁶⁹³ Artículo 49 inc.7 de la Constitución de Venezuela: "El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: (...) 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente".

inciso 4) Y 8 inciso 2 h), respectivamente. Panamá contiene una fórmula garantista, pues despliega sus efectos a los procesos políticos y disciplinarios⁶⁹⁴.

En cuanto a los tratados internacionales de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) en su artículo 14 inciso 7 establece:

"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país"; y en el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) en su artículos, denominado Garantías Judiciales, inciso 4 consagra: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos"⁶⁹⁵.

3. La cosa juzgada. Antecedentes en el Derecho Constitucional peruano

Los primeros antecedentes de la cosa juzgada en el ámbito nacional a nivel constitucional se remontan a las Constituciones de 1828 (artículo 161), 1834 (artículo 127), 1839 (artículo 129), 1856 (artículo 130), 1860 (artículo 129), 1867 (artículo 127), 1920 (artículo 155), y de 1933 (artículo 228). Todos ellos establecen "la prohibición de revivir procesos fenecidos".

En la Constitución de 1979, el artículo 2 inciso 20 consagró el derecho a la libertad y seguridad personales, estableciendo en el literal II) que: "La amnistía, el indulto, los sobreseimientos definitivos y las prescripciones producen los efectos de cosa juzgada". Además en el inciso 11 del artículo 233, denominado garantías de la administración de justicia, estableció como una de ellas "La prohibición de revivir procesos fenecidos. Nadie puede ser juzgado nuevamente por hechos por los cuales haya sido absuelto o condenado por sentencia firme".

4. La cosa juzgada en la vigente Constitución. Artículo 139 incisos 2 y 13

La Constitución Política actual regula la cosa juzgada en el artículo 139 incisos 2 y 13 como un principio y derecho de la función jurisdiccional. En el inciso 2 se deja establecido que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada; y en el inciso 13 se establece "la prohibición de revivir procesos fenecidos mediante una resolución ejecutoriada". Este último inciso enumera además como supuestos que surten los efectos de cosa juzgada a: la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción.

Pese a ser considerada un principio y derecho de la función jurisdiccional, conviene precisar que la cosa juzgada constituye además un derecho fundamental, que en el ámbito de los tratados internacionales de derechos

⁶⁹⁴ "Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, política o disciplinaria".

⁶⁹⁵ De los dispositivos de derechos humanos antes indicados, se advierte que la regulación es de contenido penal, pues se refiere a delito e inculpado. Sin embargo, esta garantía se hace efectiva a todo tipo de procesos seguidos ante los órganos jurisdiccionales.

humanos forma parte del debido proceso. En cambio, para nuestro Tribunal Constitucional, además de un principio que rige el ejercicio de la función jurisdiccional, constituye un derecho subjetivo que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional, y que garantiza a los que han tenido la condición de partes en un proceso judicial, que las resoluciones dictadas en dicha sede, y que hayan adquirido el carácter de firmes, no puedan ser alteradas o modificadas, con excepción de aquellos supuestos legalmente establecidos en el ámbito de los procesos penales⁶⁹⁶.

La Constitución Política, al establecer "la prohibición de revivir procesos fenecidos mediante una resolución ejecutoriada", produce la existencia de una sanción posterior sobre los mismos hechos, constituyéndose como una causa de extinción de la acción en todo tipo de proceso, sea este penal, civil, laboral, entre otros. De este modo, deviene en un mecanismo de seguridad y certeza jurídica en razón de que consigue la estabilidad de las decisiones, al declarar la certeza del derecho, allí donde había conflicto. Pero cabe preguntarse si todas las resoluciones que han quedado consentida y/o ejecutoriadas adquieren tal firmeza que bajo ninguna circunstancia pueden ser revividos los procesos, conforme lo sostiene el inciso 13 del artículo en comentario.

En principio la respuesta es negativa, pues la normativa infralegal ha considerado dos supuestos por los cuales es posible atacar la cosa juzgada: a) en la vía penal, a través del recurso de revisión⁶⁹⁷; y b) en la vía civil, a través de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta⁶⁹⁸.

También puede admitirse como una excepción a la cosa juzgada lo establecido en el artículo 322 del Código de Procedimientos Penales, norma que establece que el Tribunal de instancia o la Corte Suprema, en sus respectivos casos, podrán revisar la sentencia de los condenados, con el fin de atenuar la pena, cuando fallen en una causa contra reos que fueron ausentes y en la que se expidió sentencia contra los reos presentes, si se presentan nuevas pruebas que así lo justifica. Se precisa que esta revisión está limitada a una modificación en lo favorable y solo para aplicar una pena menor, pues de lo contrario se atentaría contra el principio de la *reformatio in peius* o interdicción de la reforma peyorativa, consagrado en el artículo 300 del texto acotado⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ Expediente N o 818-00-AA/TC. "Caso Luis Enrique Castañeda Lozano", sentencia del 10 de enero de 2001.

⁶⁹⁷ Previsto en el artículo 361 del Código de Procedimientos Penales. Es un recurso extraordinario por el cual la sentencia condenatoria será revisada por la Corte Suprema si se dan los supuestos de procedencia establecidos en el citado artículo, estableciendo el artículo 362 quienes son las personas legitimadas para interponerlo.

⁶⁹⁸ El artículo 178 del Código Procesal Civil establece que hasta dentro de los seis meses de haber sido ejecutada la sentencia o haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuere ejecutable, el afectado puede demandar la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el juez que pone fin al proceso, a través del proceso de conocimiento, alegando que el proceso en que se origina ha sido seguido con dolo, fraude, colusión o afectando el derecho al debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez, o por este y aquellos.

⁶⁹⁹ Por su parte el artículo 301, al establecer que la Corte Suprema puede anular la sentencia condenatoria cuando considera que esta es infundada o resulta que la acción penal ha prescrito o que el reo ha sido ya juzgado y condenado o absuelto por el mismo delito, tiene como objetivo efectivizar la norma constitucional en comentario

El Tribunal Constitucional ha establecido que conforme al artículo 8 de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, las sentencias estimatorias recaídas en los procesos de amparo constituyen cosa juzgada constitucional; vale decir, inmutable, inimpugnable y absoluta⁷⁰⁰. No obstante, basándose en la citada disposición, en una sentencia anterior admitió que una sentencia revestida de cosa juzgada proveniente de un proceso constitucional podía ser enervada ponderando dos derechos fundamentales: la cosa juzgada y el derecho de defensa, optando por el mayor valor material del último, y estableciendo las pautas bajo las cuales admite su procedencia⁷⁰¹.

Asimismo, ha establecido como una verdadera excepción al principio de cosa juzgada la naturaleza especial del derecho alimentario, toda vez que este se encuentra sujeto a las variaciones que podrían ocurrir en el tiempo respecto al estado de necesidad de los beneficiarios, o a las posibilidades del obligado, lo cual puede determinar la solicitud de reajuste o de reducción de dicha pensión⁷⁰².

4.1. La cosa juzgada. Regulación legal

Al igual que un gran número de disposiciones constitucionales, la cosa juzgada se encuentra regulada en las normas legales preconstitucionales. Así el Código Penal de 1991, en su artículo 78 inciso 2, considera a la cosa juzgada como una causa de extinción de la acción penal, y en su artículo 90 prohíbe que una persona pueda ser perseguida por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente. Por su parte, el Código de Procedimientos Penales en su artículo 5, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, consagra la excepción de cosa juzgada, cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona.

En el ámbito civil, el Código Procesal Civil ha previsto en su artículo 446 inciso 8 la excepción de cosa juzgada, con el fin de hacer conocer al juez que el litigio que está conociendo ya ha sido resuelto en un proceso anterior, y así proteger al vencedor contra cualquier nueva pretensión respecto de la misma cosa. Para su procedencia debe acreditarse una triple identidad: de los sujetos, del petitorio y el mismo interés para obrar; la misma que debe apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia anterior y la pretensión del ulterior proceso.

Al respecto, el Tribunal Constitucional tiene establecido que: "La sentencia que adquiere calidad de cosa juzgada tiene dos atributos esenciales: es coercible y

⁷⁰⁰ Cosa juzgada que no se perfecciona con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 452 del Código Procesal Civil, dado que estos son únicamente aplicables para los procesos ordinarios. Sentencia del 27 de enero de 2003 recaída en el Expediente N° 1978-2002-AA/TC "Caso Miguel Molleda Cabrera".

⁷⁰¹ Expediente N° 612-98-AA/TC "Caso Sindicato Pesquero del Perú", sentencia del 9 de abril de 1999. Para una ampliación del tema, ver: SÁENZ DÁVALOS, Luis. Amparo VI. amparo. En: "Derecho Procesal Constitucional". Coordinadora: Susana Castañeda Otsu, tomo II, 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2004, pp. 759-780

⁷⁰² Expediente N° 1501-2002-AA/TC "Caso Andrés Yong Hurtado", sentencia del 3 de diciembre de 2003.

es inmutable. La sentencia es coercible, ya que puede ser ejecutada compulsivamente en caso de eventual resistencia del obligado, como lo señala el artículo 715 del Código Procesal Civil, y es inmutable, porque ningún juez podrá alterar los efectos del fallo ni modificar sus términos, salvo las excepciones a que se refieren los artículos 178 y 407 del acotado⁷⁰³.

4.2. Amnistía, indulto, sobreseimiento definitivo, prescripción.

Efectos de cosa juzgada

El artículo 139 inciso 13 establece que "(...) La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada".

En cuanto a la amnistía, etimológicamente deriva de amnesia; en términos jurídicos se refiere al olvido o perdón de los delitos. Recae en más de un individuo, ya que se trata de una medida de carácter objetivo que se acuerda in rem, es decir, teniendo en cuenta la infracción y no la persona que la cometió⁷⁰⁴. Corresponde otorgarla al Congreso de la República⁷⁰⁵ y responde a razones de interés social o de naturaleza política, por ello este Poder del Estado debe actuar sobre la base de criterios éticos y con mucha prudencia, pues por la amnistía el Estado renuncia a su potestad penal, en virtud de requerimientos graves de interés público.

Respecto al indulto, su origen se encuentra probablemente en Grecia, de donde viene este término conocido también como la Ley del Olvido. Luego se traslada a Roma, a cuyo respecto Tito Livio ha dejado referencias concretas que afianzan lo expresado en el Digesto. En la Edad Media, el Rey tenía como una de sus atribuciones exclusivas el derecho de perdonar a los delincuentes y en España también se encuentra esta forma de perdón en las Siete Partidas del siglo XIII.

En la era constitucional, encontramos su antecedente en la Constitución de Estados Unidos⁷⁰⁶. En la actualidad, el indulto es definido como el perdón absoluto de la pena adjudicada al delito mediante sentencia condenatoria que ha quedado firme, el acto de indulto deja subsistente el delito, siendo de este modo la situación del indultado semejante a la del reo que ha cumplido la pena.

⁷⁰³ Expediente N o 1546-02-AA/TC. "Caso Luis Carlos Vicente Patroni Rodríguez", sentencia del 28 de enero de 2003. El artículo 178 está referido a la nulidad de cosa juzgada fraudulenta; y el artículo 407 a la facultad que tiene el juez de oficio o a pedido de parte para corregir cualquier error material evidente que contenga la resolución. Además a pedido de parte podrá integrarla respecto de puntos controvertidos pero no resueltos.

Por otro lado en doctrina, se considera a la inimpugnabilidad como un tercer atributo de la cosa juzgada.

⁷⁰⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo 1. Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, 1986, p. 673.

⁷⁰⁵ Artículo 102 inciso 6 de la Constitución: "Son atribuciones del Congreso: (...) 6. La de ejercer el derecho de amnistía".

⁷⁰⁶ Enmienda V de la Constitución de 1787 "(...) Ninguna persona será detenida para que responda por un delito capital (...) tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito (...)"

Su naturaleza es política, pues es una facultad que corresponde al Poder Ejecutivo⁷⁰⁷.

En el ámbito de los tratados internacionales de derechos humanos, el artículo 6 inciso 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 inciso 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, otorgan a toda persona el derecho a solicitar el indulto, o la conmutación de la pena, los que podrán ser concedidos en todos los casos; lo que implica, según el fin de estos tratados, que no debe excluirse a ningún delito. Es más, la Convención Americana establece que presentada una solicitud ante la autoridad competente obliga a esta a suspender la ejecución de sentencia.

La amnistía e indulto son instituciones diferentes, la primera tiene un alcance más amplio, toda vez que extingue tanto la pena como la acción, y puede ser concedida antes, durante y después del proceso. Se concede mediante ley que opera sobre el pasado, de ahí que se sostenga que es una norma de naturaleza anómala⁷⁰⁸, pues es característico de la norma sus efectos irretroactivos.

La amnistía puede abarcar determinadas categorías de hecho o autores, en cambio tratándose del indulto, se concede en ejercicio de una prerrogativa del Presidente a una persona determinada, cuya condena ha quedado firme judicialmente. Asimismo, la amnistía se otorga a los procesados o condenados por delitos políticos sociales, en cambio el indulto, se concede a quienes han sido condenados por la comisión de un delito común.

Lamentablemente, tanto el indulto como la amnistía han sido utilizados por algunos gobiernos para legitimar actos violatorios a los derechos humanos o para generar impunidad. Esta es la razón por la cual el indulto solo debe ser otorgado por notorias razones de equidad, facultad que no es transferible a ningún otro funcionario, descartándose así la posibilidad constitucional del indulto a procesados⁷⁰⁹. En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando declaró que el Decreto 1002/92 -referido al indulto de procesados en la Nación Argentina ("Caso Mercedes Aquino") y declarado constitucional por la Corte Suprema de dicho país-, es incompatible con las normas internacionales de derechos humanos por violar el derecho de acceso a la justicia y a la protección judicial⁷¹⁰.

Respecto a nuestro país, este órgano jurisdiccional de protección de los derechos humanos ha establecido que las disposiciones de amnistía y de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas

⁷⁰⁷ En nuestra vigente Constitución, el artículo 118 inciso 21 establece: "Corresponde al Presidente de la República: (...) 21. Conceder indultos y conmutar las penas (...)".

⁷⁰⁸ MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal Tomo II, Temis, Bogotá, p. 361

⁷⁰⁹ BIDART CAMPOS, Germán. Manual de la Constitución reformada. Tomo III, segunda reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 277.

⁷¹⁰ Informe N° 28 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2 de octubre de 1992.

son prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁷¹¹.

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre un tipo de indulto especial, el denominado indulto razonado. Es un tipo sui generis de beneficio respecto de los casos en que se ha condenado a una persona inocente o respecto de quien se le presume como tal y opera, no por decisión de los jueces tras la presencia de un proceso penal de revisión, sino por las autoridades políticas, como una forma de reconocimiento de la existencia de un error judicial, en cuyo caso procede el pago de una indemnización⁷¹².

No siempre el proceso llega a su etapa final, es decir, concluye con una sentencia definitiva, sino que en muchas ocasiones, por determinadas circunstancias, se le concluye prematuramente, en forma definitiva o provisional. Así surge el sobreseimiento con carácter definitivo o provisional.

El sobreseimiento constituye una resolución judicial firme, que según el artículo 221 del Código de Procedimientos Penales, puede ser definitivo o provisional. El primero es el que genera los efectos de cosa juzgada y se da cuando no se ha comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del imputado. La doctrina reconoce presupuestos de derecho material y de derecho procesal para configurar el sobreseimiento; los primeros, tienen relación a la inexistencia del hecho que dio origen al proceso, a la no tipificación del hecho punible, a la falta de indicios de responsabilidad penal y finalmente, a la falta de prueba notoriamente suficiente para fundamentar la pretensión punitiva. Los segundos se refieren a los elementos que condicionan la correcta persecución penal.

Expuesto el concepto parece no generar dudas acerca de su aplicación; sin embargo, los jueces del Poder Judicial han tenido problemas al momento de aplicar el artículo 51 del Código Penal modificado por la Ley N° 26832 del 3 de julio de 1997, que establece que si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella, por el mismo condenado de igualo de distinta naturaleza que merezca una pena inferior a la impuesta, los sujetos procesales en cualquier estado del proceso por el solo mérito del fallo ejecutoriado, solicitarán el sobreseimiento definitivo de la causa y el órgano jurisdiccional accederá a este pedido, o lo declarará de oficio.

Esta norma tuvo su precedente en la Ley N° 26697 del 13 de diciembre de 1996, que establecía el sobreseimiento para causas pendientes de agentes condenados por delitos de terrorismo o traición a la patria en el fuero privativo militar, requiriéndose como presupuesto que la pena impuesta tenga más de 25 años y que a su vez el infractor tenga otro proceso penal en giro de igualo de distinta naturaleza que merezca una pena inferior a la aplicada.

⁷¹¹ CIDH, "Caso Barrios Altos vs. Pero", sentencia del 14 de marzo de 2001, párrafo 41.

⁷¹² Expediente N° 1277-99-AC/TC, sentencia del 13 de julio de 2000, recaída en la acción de cumplimiento interpuesta por Ana Elena Townsend Diez Canseco y otros congresistas de la República, basados en el artículo 14 inciso 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce un mandato indemnizatorio como consecuencia de un error judicial a propósito de quienes han sido beneficiados con una medida de indulto

Es al amparo de estas dos leyes que los jueces dictaron diversos autos de sobreseimiento con carácter definitivo sin realizar en muchos casos un análisis de fondo acerca de la comisión del hecho y la posible participación del imputado, porque la propia ley así lo ordenaba. Otros magistrados se rehusaron a aplicar dicha normativa, especialmente la que tipificó a los delitos comunes cometidos por las organizaciones delictivas como terrorismo agravado, pues consideraban que las sentencias dictadas por los jueces militares afectaban el principio y el derecho al juez natural; y por lo tanto, se trataba de una sentencia nula dictada por un juez incompetente, por lo que no debía ordenarse el sobreseimiento definitivo. Posición última que estimamos era la correcta y que finalmente se confirmó cuando el Defensor del Pueblo interpuso una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 895 Y siguientes, la que fue declarada fundada mediante sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 15 de noviembre de 2001.

Por otro lado, al haberse declarado inconstitucionales cuatro decretos leyes antiterroristas mediante sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de enero de 2003, los condenados por delito de traición a la Patria -que fueron procesados por los jueces civiles y que sobre la base de la Ley N° 26697 las causas fueron sobreseídas con la aplicación de la nueva normativa antiterrorista vienen solicitando se les aplique el artículo 13 inciso 13 de la Constitución Política, porque estiman que ya no es posible revivir estos procesos, habiéndose emitido resoluciones judiciales en las cuales la posición mayoritaria es en el sentido de que no procede aplicar este dispositivo constitucional, lo que implica que el problema no es tan simple como se pensaba.

Finalmente, unas breves notas acerca de la prescripción. En materia penal, la prescripción es la extinción que se produce por el solo transcurso del tiempo, del derecho a perseguir o castigar a un delincuente, cuando desde la comisión del hecho punible hasta el momento en que se trata de enjuiciarlo se ha cumplido el lapso marcado por la Ley.

El instituto de la prescripción se encuentra regulado en dos normas preconstitucionales: el Código de Procedimientos Penales de 1940 y el Código Penal de 1991.

El primero establece la excepción de prescripción⁷¹³ y, el segundo, la "prescripción de la acción"⁷¹⁴ a mérito de la cual ya no puede solicitarse ni continuarse la instrucción y el juzgamiento y "la prescripción de la pena"⁷¹⁵, por lo que no puede obligarse al condenado a sufrir pena impuesta o a continuar sufriendo la pena cuyo cumplimiento, por cualquier causa, se hubiera interrumpido.

⁷¹³ Que procede cuando por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos señalados por el Código Penal, se extingue la acción o la pena. Cfr. artículo 5 del Código de Procedimientos Penales.

⁷¹⁴ Al respecto, el Código Penal establece un plazo ordinario y un plazo extraordinario de prescripción de la acción penal. Al primero, se hace referencia en su artículo 80 que establece: "La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la Ley para el delito, si es privativa de la libertad (...)" y al segundo, en su artículo 83, que establece: "(...) La acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción".

⁷¹⁵ El artículo 86 del Código Penal señala: "El plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija la Ley para la prescripción de la acción penal (...)".

En el ámbito civil, la prescripción extintiva es un medio de defensa destinado a extinguir el ejercicio específico del derecho de acción respecto de una pretensión procesal determinada, por haber sido interpuesta fuera del plazo previsto por la norma positiva para dicha pretensión⁷¹⁶. En el ámbito penal procede de oficio, mientras que en el ámbito civil debe ser invocada y si no lo es, el juez no puede aplicarla. (artículo 1992 del Código Civil)

En conclusión, la excepción de prescripción, tanto en el ámbito penal como el civil, procede al vencimiento de los plazos previstos que la ley le concede al procesado y al demandante respectivamente para reclamar el derecho obtenido a su favor, pues se entiende que existe una tácita renuncia de la parte contraria. Conviene precisar que en cuanto a las violaciones de los derechos humanos, doctrinaria y jurisprudencialmente se viene esbozando la tesis de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. En ese sentido el Tribunal Constitucional en un fallo reciente ha sostenido que "asimismo, corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adopción de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos. La aplicación de estas normas permite la eficacia del sistema jurídico y se justifica por los intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad. El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad. Esta debe ser siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y corroe dos valores fundantes de la sociedad democrática: la verdad y la justicia"⁷¹⁷.

Un tema que guarda estrecha conexión con la cosa juzgada es el relativo al principio del *ne bis in ídem*, respecto del cual los miembros del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional vienen estableciendo interesantes criterios jurisprudenciales, requiriendo la identidad de sujeto, de hechos y de fundamento⁷¹⁸; admitiéndose su doble dimensión: procesal y sustantiva. Según el Tribunal Constitucional en su dimensión procesal, el *ne bis in ídem* garantiza que una persona no pueda ser juzgada dos veces, pues ello afecta la seguridad jurídica, mientras que en su dimensión sustantiva o material, garantiza que una persona no pueda ser sancionada dos veces o más por los mismos hechos⁷¹⁹.

Una sentencia interesante la constituye el criterio adoptado sobre el valor del auto de no haber lugar a la apertura de instrucción. El Tribunal Constitucional ha sostenido que no tiene la calidad de una sentencia, en virtud del cual se pone fin a la investigación judicial acerca de la imputación de la comisión de un

⁷¹⁶ MONROY GÁLVEZ, Juan, Ob. cit., p. 166

⁷¹⁷ Exp. N° 2488-2002-HC/TC. "Caso Genaro Villegas Namuche", sentencia del 18 de marzo de 2004, párrafo 23.

⁷¹⁸ Exp. N° 008-2001-HC/TC, "Caso Héctor William Grandez Villanueva".

⁷¹⁹ Exp. N° 0479-2002-AA/TC, "Caso Ólger Giovanni Lucio Ponce Valdivia". En el "Caso Loayza Tamayo" la Corte Interamericana se pronunció por primera vez respecto a este derecho, señalando que: "(...) al ser juzgada la señora Maria Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana".

ilícito penal al recurrente, sino la de un simple auto dictado sin mediar investigación judicial ni la realización de un contradictorio previo, por lo que no se ha producido una violación de la cosa juzgada⁷²⁰. No obstante esta pronunciamiento, consideramos que el tema debe ser replanteado no en relación con la cosa juzgada⁷²¹ sino en relación al ne bis in ídem procesal, considerando que si no existe prueba nueva que permita reabrir la investigación preliminar por el titular de la acción penal, no debiera volver a investigarse sobre los mismos hechos.

5. Conclusión

Las referencias efectuadas a través de este artículo, complementada con los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales supranacionales de protección de los derechos humanos, nos permite afirmar que lo relativo a la cosa juzgada y los supuestos que surten los efectos de esta son de singular importancia, más aún en estos tiempos en que se advierte una tendencia positiva, sobre todo en el ámbito penal, de exigencia del cumplimiento efectivo de las disposiciones constitucionales que consagran derechos de los justiciables.

También pone en evidencia que dos instituciones de naturaleza eminentemente política, la amnistía y el indulto, en oportunidades es utilizada con los mismos fines desnaturalizando sus alcances, lo que motivó que los afectados recurran a los órganos supranacionales a fin de encontrar tutela, habiéndose pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la responsabilidad internacional del Estado peruano. Situaciones de este tipo no debieran volver a ocurrir en un Estado que formalmente aparece consagrado en la Constitución Política vigente, como social y democrático de derecho⁷²².

DOCTRINA

BIDART CAMPOS, Germán. Manual de la Constitución reformada. Tomo III, segunda reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 2001; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros. Derecho Procesal: parte general- Proceso civil. Tomo 1, S^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I. Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, 1986; GARCÍA RADA, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima, 1994, p. 40 Y SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. 2^a edición, Lima, 2003; LIEBMAN. Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada. Ediar, Buenos Aires, 1945; MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Tomo II, Temis, Bogotá; MONROY GÁLVEZ, Juan.

Introducción al Proceso Civil. Tomo 1, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996; SÁENZ DÁVALOS, Luis. Amparo vs. amparo. En: "Derecho Procesal Constitucional".

Coordinadora: Susana Castañeda Otsu, tomo II, 2^a edición, Jurista Editores, - Lima, 2004.

⁷²⁰ Expediente N° 1077-2002-HC/TC, "Caso Juan Manuel García Quiroga".

⁷²¹ Ver GARCÍA RADA, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal Lima, 1994, p. 40 Y SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal 2^a edición, Lima, 2003, p. 503, quienes tratan el tema en relación con la cosa juzgada

⁷²² Conforme así lo establecen las disposiciones constitucionales 3 y 43.

Principio de no ser privado del derecho de defensa

Artículo 139

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 incs. 19), 23), 24), 100, 162 Y 200;

C.p.e.: arts. 51 inc. 2), 53 inc. 2);

C.p.p.: arto IX;

C.p.Ct.: arts. 4, 25 inc. 12);

C.N.A.: arto 187;

L.O.P.J.: arts. 6, 7, 24, 284;

L.O.M.P.: arts. 51, 94 inc. 1);

C.A.D.H.: arts. 7, 8 inc 2);

D.UD.H.: arts. 8, 9, 11. 1;

P.I.D.e.p.: arts. 9 incs. 2), 4), 14.3

Cecilia Beltrán Varillas

1. Antecedentes

La Constitución de 1979 reconocía el derecho de defensa como un principio de la administración de justicia, de lo cual podía interpretarse que este derecho solo era exigible en los procesos judiciales y no en otros ámbitos:

"Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

9.- La de no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. El Estado provee la defensa gratuita a las personas de escasos recursos".

Asimismo, esta Constitución establecía otros alcances del derecho de defensa en el capítulo de derechos fundamentales, específicamente como garantías de la libertad personal:

"Artículo 2: Toda persona tiene derecho:

20.- A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

h) Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse y ser asesorado con un defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad",

En ese sentido, tanto la Constitución de 1979 como la 1993 establecen las siguientes garantías del derecho defensa, aunque con un orden distinto: a) nadie puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, b) toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención y c) toda persona tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

Consideramos que el derecho de defensa, al ser una manifestación de un derecho fundamental como el debido proceso, debería estar previsto en el catálogo de derechos fundamentales y desligado de la función jurisdiccional, a fin de facilitar su aplicación y observancia en el ámbito administrativo y entre particulares.

2. Derecho de defensa en las propuestas de reforma constitucional

Debemos recordar que durante el Gobierno Transitorio de Valentín Paniagua se creó la Comisión de Bases de la Reforma Constitucional⁷²³ (Comisión), a fin de proponer las normas constitucionales que podrían ser reformadas y el procedimiento para llevar a cabo estos cambios. Posteriormente, el Congreso de la República elaboró un anteproyecto y luego, un proyecto de reforma constitucional tomando como base la propuesta elaborada por la Comisión.

En estos documentos se propuso incorporar las garantías del derecho al debido proceso en el capítulo de derechos fundamentales. Así, en el informe presentado por la Comisión se elaboró la siguiente propuesta:

"III. DERECHOS FUNDAMENTALES (...)

9. Debido proceso.- Se recomienda incorporar al debido proceso en el capítulo de Derechos Fundamentales trasladándolo de la parte referida al Poder Judicial.

De esta manera se resalta su verdadera naturaleza. Se entiende por debido proceso, desde la perspectiva procesal, aquella situación en la que se respetan los derechos de la persona de libre acceso a la justicia, al juez natural, a probar, de defensa, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada, ni sometida a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos y a la ejecución de las resoluciones judiciales, entre otros" (resaltado nuestro).

En este documento se señala que el debido proceso puede invocarse no solo en el ámbito jurisdiccional, sino también en los procedimientos administrativos y en las relaciones entre particulares. En consecuencia, de acuerdo a esta propuesta, las garantías del debido proceso, como el derecho de defensa, pueden aplicarse no solo en sede judicial, como lo señala la actual Constitución

⁷²³ Esta Comisión se creó mediante Decreto Supremo N° 018-2001-)OS del 26 de mayo de 2001.

Estuvo constituida por especialistas y expertos de reconocida trayectoria profesional y académica.

de 1993, sino también en otros ámbitos como el administrativo y el particular. Similar propuesta contiene el anteproyecto de reforma constitucional⁷²⁴:

"...

"Artículo 1.- Derechos de la persona

Toda persona tiene derecho: (...)

26. Al debido proceso. En consecuencia (...)

d. Nadie puede ser privado del derecho de defensa. Toda persona tiene derecho a comunicarse personal y confidencialmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad. (...)

Estas disposiciones se extienden al procedimiento administrativo, en cuanto sea aplicable" (resaltado nuestro).

Como se puede apreciar, este texto recoge la propuesta de la Comisión e incorpora las garantías del debido proceso en el capítulo de derechos fundamentales, asimismo, se señala que estas serán aplicadas en los procesos administrativos, aunque se omite su aplicación entre particulares.

Por su lado, el Proyecto de Reforma Constitucional⁷²⁵ recoge lo elaborado por la Comisión y el anteproyecto, aunque incorpora algunos cambios:

"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)

25. Al debido proceso. En consecuencia se garantizan enunciativamente: el libre acceso a la justicia y los derecho a la jurisdicción predeterminada, a no ser condenado en ausencia, a la defensa, a no ser incomunicado sino en los casos y la forma previstos por la ley, a no autoinculparse, a la publicidad del proceso, a la motivación de resoluciones judiciales, a la instancia plural, a la cosa juzgada; a la prohibición de interrumpir los procesos, afectar el contenido de una sentencia o retrasar su cumplimiento, así como a la ejecución de las decisiones judiciales.

Estas disposiciones se extienden al procedimiento administrativo, en cuanto le sean aplicables"(resaltado nuestro).

Este proyecto solo enuncia que una de las garantías del debido proceso es el derecho a la defensa y no realiza un mayor desarrollo de este derecho. También se menciona de forma expresa que esta garantía se extiende al procedimiento administrativo. Consideramos que al ubicar el derecho de defensa en el capítulo de derechos fundamentales y no en la sección de los principios de la función jurisdiccional, como sí está previsto en la actual

⁷²⁴ Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución. Congreso de la República, Lima, 2002. 149 pp.

⁷²⁵ Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución. Congreso de la República, Lima, 2002. 175 pp.

Constitución, hace innecesaria la indicación de su aplicación, puesto que al ser un derecho fundamental su observancia se debe de realizar en cualquier ámbito.

Estas propuestas deben considerarse para una posterior discusión sobre la reforma del texto constitucional respecto a las garantías del debido proceso.

3. Protección judicial del derecho de defensa

La protección judicial consiste, de acuerdo a las normas internacionales, en el derecho que tiene toda persona a contar un recurso adecuado y eficaz ante la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales⁷²⁶. En el Título V de nuestra Constitución se ha establecido los procesos constitucionales para la tutela de los derechos fundamentales.

De acuerdo al artículo 200 inciso 2 de la Constitución el proceso de amparo está previsto para la tutela de los demás derechos fundamentales que no se encuentran protegidos por el hábeas corpus. En ese sentido, el derecho de defensa sería protegido por el proceso de amparo. Sin embargo, si este derecho se constituye en una garantía para la libertad personal, en un caso determinado, sí cabe su tutela por un hábeas corpus.

Al respecto, el Código Procesal Constitucional establece como uno de los derechos protegidos por el hábeas corpus "el derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción"⁷²⁷.

4. Derecho de defensa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia el contenido y alcances del derecho de defensa.

4.1. Contenido del derecho

El Tribunal ha señalado que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa garantiza que toda persona sometida a detención, policial o judicial, deba ser informada irrestrictamente de las razones que lo promueven, y que, desde su inicio, hasta su culminación, pueda ser asistida por un defensor libremente elegido⁷²⁸.

⁷²⁶ Artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

⁷²⁷ Artículo 25.12 del nuevo Código Procesal Constitucional, publicado en el diario oficial El Peruano el 31 de mayo de 2004

⁷²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 010-2002-AI/TC, publicada el 4 de enero de 2003, párrafo 122.

4.2. El derecho de defensa en la etapa de investigación policial

El Tribunal ha señalado que si bien una interpretación literal de la primera parte del inciso 14) del artículo 139 de la Constitución parecería circunscribir el reconocimiento del derecho de defensa al ámbito del proceso, "una interpretación sistemática de la última parte del mismo precepto constitucional permite concluir que ese derecho a no ser privado de la defensa debe entenderse, por lo que hace al ámbito penal, como comprensivo de la etapa de investigación policial, desde su inicio; de manera que el derecho a ser asesorado por un defensor, libremente elegido, no admite que, por ley o norma con valor de ley, este ámbito pueda reducirse y, en ese sentido, disponerse que el derecho a ser asistido por un profesional del derecho no alcance el momento previo a la toma de la manifestación"⁷²⁹.

4.3. El derecho de defensa en los procedimientos administrativos y en instituciones privadas

Para el Tribunal, cuando se alega la vulneración del derecho de defensa en sede administrativa, "corresponde efectuar la verificación de que el administrado haya hecho un ejercicio formal de su derecho de defensa (de ofrecer y actuar medios de prueba, o inclusive de promover la pluralidad de instancias administrativas)"⁷³⁰.

Respecto a la aplicación del derecho de defensa al interior de instituciones privadas, el Tribunal ha señalado que las garantías del debido proceso también son exigibles en el desarrollo de los procedimientos contra los miembros de una asociación. Al respecto señaló que "queda claro que el debido proceso -y los derechos que lo conforman, p. ej. el derecho de defensa- resultan aplicables al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica, máxime si se ha previsto la posibilidad de imponer una sanción tan grave como la expulsión, razón por la cual el emplazado, si considera que el actor cometió alguna falta, deberá comunicarle por escrito los cargos imputados, acompañando el correspondiente sustento probatorio, y otorgarle un plazo prudencial a efectos de que -mediante la expresión de los descargos correspondientes- pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa"⁷³¹.

5. Derecho de defensa en las normas y decisiones internacionales de derechos humanos

Las garantías previstas en el texto constitucional que permiten asegurar el derecho de defensa en los procesos penales son solo algunas, las normas internacionales nos brindan otras garantías que deben de tomarse en cuenta. Para ello, se debe observar la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución que nos señala que "las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la

⁷²⁹ *Ibidem*, párrafo 121

⁷³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 374-2001-AA/TC, publicada el 25 de abril de 2002.

⁷³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 2279-2003-AA/TC, publicada el 31 de mayo de 2004.

Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

En consecuencia, el derecho de defensa previsto en la Constitución debe interpretarse a la luz de los tratados internacionales ratificados por el Perú. En ese sentido, se va a utilizar la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual reconoce las siguientes garantías del derecho de defensa en los procesos penales:

"Artículo 8. Garantías judiciales.-

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

e) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; (...)"

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado este artículo en diferentes casos que han llegado a su conocimiento⁷³². A modo de ejemplo, se puede citar la sentencia del "Caso Castillo Petruzzi contra el Estado peruano"⁷³³.

En esta sentencia, la Corte señaló que en el proceso penal seguido contra varias personas ante la justicia militar por el delito de traición a la patria existió una restricción a la labor de los abogados defensores y una escasa posibilidad

⁷³² Sobre el derecho de defensa en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se puede revisar el siguiente texto: HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. El debido proceso en las decisiones de /o Corte Interamericano de Derechos Humanos. Comisión Andina de Juristas, Lima, 2003. pp. 50-57.

⁷³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo sobre el Caso Castillo Petruzzi, del 30 de mayo de 1999

de presentación de pruebas de descargo. Al respecto señaló en uno de sus fundamentos que:

"Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y solo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada"⁷³⁴.

Asimismo, la Corte concluyó que existió una afectación al derecho de defensa puesto que las víctimas no pudieron contar con asistencia legal desde la fecha de su detención hasta su declaración ante la Dincote, cuando se les nombró un defensor de oficio. La Corte también constató que los abogados defensores tuvieron obstáculos para entrevistarse privadamente con sus defendidos⁷³⁵.

Finalmente, se debe mencionar que la Corte se ha pronunciado sobre la aplicación de las garantías del debido proceso, como el derecho de defensa, incluso durante los estados de excepción. Al respecto, señaló que "los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales"⁷³⁶.

DOCTRINA

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comisión Andina de Juristas, Lima, 2003.

⁷³⁴ *Ibidem*, párrafo 141.

⁷³⁵ *Ibidem*, párrafos 146 y 148

⁷³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva N° 9/87, del 6 de octubre de 1987, párrafo 30.

Obligación de informar sobre el motivo de la detención

Artículo 139

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

15. El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 incs. 23), 24)g, 93, 139 inc. 14), 143, 149, 173 Y 205;

C.P.; arto 419;

C.N.A.: arto 187;

C.A.D.H.: arts. 7.4, 8 inc 2);

D.U.D.H.: arto 9;

P.I.D.C.P.: arts. 9 incs. 2),4),14.3

Vladimir Padilla Alegre

La necesidad de conocer los motivos que justifiquen una detención no es de reciente aparición, pues, conforme lo señala el profesor Serrano Alberca⁷³⁷, uno de los precedentes en el Derecho comparado fue la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, del 12 de junio de 1776, la cual, posteriormente, formó parte de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Así también, en nuestro país, la Constitución de 1823⁷³⁸ reconoció la necesidad de informar sobre las razones de la detención, aunque lamentablemente, no señaló los supuestos en los cuales se permitía la misma.

Posteriormente, las Constituciones nacionales han ido completando los vados iniciales, buscando determinar de manera clara los supuestos de detención, teniendo así que la información de los motivos de la detención está recogida en la actual Constitución Política del Perú⁷³⁹ en el artículo 139 numerales 14 y 15,

⁷³⁷ GARRIDO FALLA, Fernando. Comentarios a la Constitución. Civitas. Madrid, 2001, p. 360.

⁷³⁸ Constitución de 1823

Artículo 117.- Dentro de las 24 horas se le hará saber a todo individuo, la causa de su arresto, y cualquiera omisión en este punto se. declara atentatoria de la libertad individual.

⁷³⁹ Así también la anterior Constitución de 1979 señalaba:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

20. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

h) Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse y ser asesorado con un defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad.

duplicando⁷⁴⁰ de esta manera, e innecesariamente, la protección de la libertad individual, a la defensa y al debido proceso⁷⁴¹.

Estas normas son acordes con lo establecido por tratados internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9.2)⁷⁴² Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 7.4)⁷⁴³.

Como se puede apreciar, la duplicidad del contenido de esta norma tampoco ayudó para la vigencia de la misma, pues en realidad, ante una detención, sobre todo de índole penal, la Policía Nacional no cumple con informar por escrito los motivos de la detención, simplemente se limita a entregar una constancia que da cuenta de la situación del detenido, sosteniendo, en algunos casos, razones de investigación.

Esta situación es inaceptable en un Estado de Derecho, lo cual es respaldado por el Comité de Derechos Humanos que señala: "Que, el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto establece que toda persona detenida será suficientemente informada de las razones de su detención como para que pueda tomar medidas inmediatas a fin de obtener su puesta en libertad si considera que los motivos aducidos no son válidos o carecen de fundamento. El Comité opina que no basta con informar simplemente (al individuo) que ha sido detenido al amparo de (la ley de seguridad nacional) sin notificarle en qué se basa la acusación"⁷⁴⁴

Así también, debemos señalar que el "derecho de toda persona privada de libertad de saber los motivos de su detención no se limita a detenciones por cargos penales, sino que cubre igualmente a individuos privados de libertad en manicomios, centros de rehabilitación de toxicómanos, centros para menores en situación irregular, detenidos por situación migratoria irregular y otras causales no penales"⁷⁴⁵; lo cual es acorde con lo establecido por el artículo 2 numeral 11 de la Constitución Política que permite restringir la libertad de tránsito por razones de sanidad, por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

⁷⁴⁰ Duplicidad que no se observa en los debates de dicho artículo constitucional (véase por ejemplo Diario de los Debates. Comisión de Constitución y de Reglamento. Congreso Constituyente Democrático. Tomo V, p. 2915).

⁷⁴¹ En tal sentido se pronuncia BERNALES BALLESTEROS, Enrique. En: La Constitución de 1993.

⁷⁴² Análisis comparado. ICS. Lima, 1997, p. 657.

⁷⁴³ Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos.

Artículo 9.2.- Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷⁴⁴ Artículo 7.4.- Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

⁷⁴⁵ O' DONNELL, Daniel. Protección internacional de /os derechos humanos. 2' edic., Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, p. 133.

O' DONNELL, Daniel. Ob. cit., p. 132.

Como hemos apreciado, no es admisible cualquier información. Aunque la Constitución no precisa de manera expresa todas ellas, nos permitimos señalar que para respetar la norma constitucional se deberá exigir que la información: i) sea razonable o debidamente motivada; ii) vinculada con la detención, iii) estar por escrito, iv) ser entregada personalmente al detenido, explicándole los alcances de la misma, v) en la lengua materna del detenido, y vi) de manera inmediata.

Respecto a los requisitos: i) ser razonable o debidamente motivada, no es posible aceptar argumentos sustentados en la mención de normas legales, pues la gran mayoría de detenidos ignora el contenido de los dispositivos legales; ii) vinculada con la detención, solamente se puede justificar una detención por razones penales, las cuales están precisamente delimitadas en las normas de manera anticipada, jamás con posterioridad a la detención, así por ejemplo, son inadmisibles las "justificaciones" de una detención para evitar una protesta contra un gobernante; iii) estar por escrito, para poder conocer y poder ejercer los medios más adecuados para la defensa así como para que quede constancia de dichos motivos, para evaluarlos posteriormente y determinar si estamos frente a una detención arbitraria o no; iv) ser entregada personalmente al detenido, explicándole los alcances de la misma, consideramos que, para que pueda ejercer a plenitud su derecho de defensa debe entregársele de manera personal al detenido y señalarle los derechos que le asisten: no auto inculparse, elegir un defensor de su elección, no estar incomunicado, no ser sometido a torturas, contar con presencia del fiscal, ser puesto a disposición del juez, entre otros. La información deberá ser v) en la lengua materna del detenido, pues será el medio que permitirá la realización de los anteriores requisitos. El último requisito está vinculado al momento en el cual se debe de conocer los motivos de la detención, siendo que nuestra norma constitucional, de manera clara, exige que sea vi) inmediatamente.

La frecuente, por no decir permanente, vulneración de la norma bajo comentario exige que analicemos la importancia de relacionar la explicación de las razones de la detención con la libertad individual. Solo tendrá vigencia dicha garantía después de realizada una detención, por ende, es importante empezar por señalar en qué supuestos cabe limitar la libertad personal y el momento en el cual deberá de comunicarse las razones de la detención, para poder ejercer válidamente nuestro derecho de defensa⁷⁴⁶.

Consideramos que la actual Carta Magna en su artículo 2.24.f recoge solamente dos supuestos de detención por: i) mandato motivado y por escrito del juez y ii) flagrante delito.

A pesar de dicho texto expreso y claro, podemos comprobar que en nuestro país es práctica común la detención alejada de dichos supuestos, por la simple sindicación de un tercero o del agraviado, o por simple sospecha, lo cual ha sugerido diferentes justificaciones de diversa índole. Tal vez esta última necesidad o vacío fue la que ocasionó que se dicte una ley que posibilite supuestos de detención diferentes a los consagrados en la Constitución, como

⁷⁴⁶ El cual no nace o se circunscribe únicamente a contar con un abogado que nos asesore.

la que recoge la Ley N° 27934⁷⁴⁷, la cual pretende desarrollar los conceptos del término flagrancia, incluyendo en el mismo los conceptos de la propia flagrancia, cuasiflagrancia y presunción de flagrancia. Nos permitimos señalar que no compartimos los conceptos señalados en dicha ley porque la misma no se concuerda con el texto constitucional, pues es obvio que permitirá una mejor lucha contra la delincuencia, pero con desmedro de la libertad individual.

Esto nos lleva a sostener, ¿es posible luchar contra la delincuencia recortando lo dicho por nuestra Constitución? Respecto a la libertad, creemos que no, pues lo que se buscó limitar o impedir -detenciones arbitrarias- siguen siendo comunes en nuestro país; peor aún, sino hemos exigido el cumplimiento de los supuestos constitucionales que posibilitan la detención, ¿cómo podemos exigir que se cumpla la debida comunicación de las razones que justifican la misma? A pesar de que debe existir un mandato expreso y motivado de la misma por parte del juez -donde debe indicarse no solo razones de identificación, sino el hecho que se imputa para poder dar respuesta al cómo, cuándo, dónde, con quién, con quiénes- exigirá, para poder ejercer el derecho de defensa, que nos indiquen si es correcto que se nos prive de la libertad, y no esperar como hoy, que luego de realizada la detención, se compruebe que no debió ser realizada hacia una persona -por razones de homonimia, por ejemplo- por falta de datos. ¿En qué falló nuestro sistema o la Constitución? Creemos que esto no es la causal, sino nuestro simbolismo retrogrado que vive modernizado en una información que aparece en la pantalla de un computador.

Si respecto de la detención existen estas divergencias, ocasionadas por la angustia de mostrar ante la opinión pública la eficacia policial, debemos reflexionar acerca de la relevancia que actualmente posee la debida justificación de la detención.

Lamentablemente, este es nuestro país donde, lejos de desarrollar la plena vigencia de derechos y garantías, se busca a través de normas -contrarias a la Carta Magna- legitimar prácticas que desdican nuestro ordenamiento constitucional y menoscaban derechos fundamentales.

Aprendamos a respetar las normas que se impulsan y no nos empecinemos o resignemos, simplemente, en corregir conductas contrarias a la Constitución, pues ello no nos ayuda a mejorar como sociedad encaminada a un Estado que se autodenomina social y democrático de derecho.

Debe quedar claro que la información sobre las razones de la detención no permite la vulneración del artículo 2.24.f de la Constitución.

Esto nos demuestra que, a pesar de la existencia de la duplicidad de la exigencia del requisito de ser informados de los motivos de la detención, ella no se respeta en nuestro país. Lo dicho nos lleva a reflexionar: si es recogida constitucionalmente, ¿cómo puede hacerse ello? La única respuesta es la

⁷⁴⁷ Ley N° 27934. Artículo 4.- Concepto de flagrancia.- A efectos de la presente Ley se considera que existe flagrancia cuando la realización del acto punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarse.

exigencia y el conocimiento de aquel ciudadano que andando ignorante considera que tal principio está reducido sobre la base de la Constitución.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. En: La Constitución de 1993. Análisis comparado. ICS. Lima, 1997; GARRIDO FALLA, Fernando. Comentarios a la Constitución. Civitas. Madrid, 2001; O' DONNELL, Daniel. Protección internacional de los derechos humanos. 2ª edic., Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.

Gratuidad de la administración de justicia

Artículo 139

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 16.El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 47 y 162;

C.P.C.: arts. VIII, 179, 180 al 183, 187;

C.P.P.: arto 1;

C.P.Ct.: arto III;

L.O.P.J.: arts. 24, 295 Y ss.;

L.O.M.P.: arto 94 inc. 1);

C.A.D.H.: arts. 8.2. a y 25.1;

P.I.D.C.P.: arto 14.3.d;

P.I.D.E.S.C.: art. 1.1

Eugenia Ariano Deho

1. Antecedentes y alcances

La disposición encuentra su directo precedente en el segundo párrafo del inciso 9 del artículo 233 de la Constitución de 1979, que disponía que "el Estado provee la defensa gratuita a las personas de escasos recursos".

Naturalmente, entre la previsión de la Constitución de 1979 y la de la vigente existe una gran diferencia, pues en la primera se estaba simplemente constitucionalizando el derecho de todo procesado a contar con la defensa técnica (o sea contar con un abogado defensor), aunque no estuviera en condiciones económicas para solventarlo, a fin de hacer efectivo aquello de "no ser privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso", mientras que en el inciso en comentario se va mucho más allá, pues le reconoce "a las personas de escasos recursos" el derecho de gratuidad de la "administración de justicia" (o sea de no correr con los gastos judiciales) y de poder contar con una "defensa (técnica) gratuita", o sea, con un abogado no remunerado (por ellas).

Ergo, la Constitución vigente ha ido mucho más allá de la Carta de 1979, pues ha terminado consagrando un derecho de alcance general (o sea válido para cualquier proceso, no solo penal) a favor (en principio) de todas las personas de "escasos recursos" que comprende dos aspectos: a) poder litigar sin tener que adelantar lo que técnicamente se llaman "costas"; y b) contar con un abogado patrocinante gratuito.

Ahora bien, una disposición como la comentada, se encuadra dentro de lo que técnicamente se llama una norma "programática", pues implica que necesariamente el legislador ordinario (y reglamentario) establezca los concretos mecanismos para hacer efectivo ese derecho que la Constitución está estableciendo.

2. Los beneficiados

Según la Constitución, los beneficiados con la gratuidad (en sus dos aspectos) son las "personas de escasos recursos", pudiendo serlo "todos" si así la ley lo establece. Como consecuencia, en principio, la Constitución impone al legislador regular la gratuidad a favor de las personas de escasos recursos o sea lo que antes llamábamos más directamente los "pobres" (o también, los "insolventes").

El Código Procesal Civil en su artículo 179 parece darnos una noción (bastante vaga por cierto) de la persona de escasos recursos: aquel que "para cubrir o garantizar los gastos del proceso, pongan en peligro su subsistencia y la de quienes ellas dependen". Igual o similar noción se da en el artículo 4 del ns. N° 005-99-JUS para tener acceso a la defensoría de oficio.

3. Exoneración de (algunos) gastos judiciales

Quizá convenga partir de la premisa de que los gastos judiciales las costas comprenden: las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos que se deban realizar para llevar adelante un proceso (art. 410 del Código Procesal Civil).

Un general derecho a "litigar" gratuitamente debería implicar que la persona de escasos recursos no tenga que pagar ella misma ni tasas judiciales, ni los honorarios a los órganos de auxilio (peritos, traductores, curadores, depositarios, etc), ni otros gastos (p.e. costo de publicaciones). Pero el que no los tenga que pagar no significa que los costos no se generen, por lo que la pregunta es quién los asume. La ley solo se pronuncia por uno de estos gastos: las tasas judiciales, que como es obvio tienen como su acreedor al propio Estado por lo que la solución ha pasado por el camino de la exoneración. .

Así el artículo 24 de la LOPJ establece que están exonerados del pago de tasas judiciales:

- a) Los litigantes a los que se les concede auxilio judicial;
- b) Los demandantes en los procesos sumarios por alimentos cuando la pretensión del demandante no exceda de 20 Unidades de Referencia Procesal;
- c) Los denunciados en las acciones de Hábeas Corpus;
- d) Los procesos penales con excepción de las querellas;

e) Los litigantes en las zonas geográficas de la República, en las que por efectos de las dificultades administrativas se justifique una exoneración generalizada;

f) El Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones;

g) Las diversas entidades que conforman los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los órganos constitucionalmente autónomos, las instituciones públicas descentralizadas y los gobiernos regionales y locales;

h) Los que gocen de inafectación por mandato expreso de la ley;

i) Los trabajadores, ex trabajadores y sus herederos en los procesos laborales y provisionales, cuyo petitorio no exceda de 70 Unidades de Referencia Procesal, de amparo en materia laboral, o aquellos inapreciables en dinero por la naturaleza de la pretensión.

Últimamente, el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) ha precisado en su quinta disposición final que "los procesos constitucionales se encuentran exonerados del pago de tasas judiciales.

Ahora bien, con la exoneración del pago de tasas judiciales a las personas de escasos recursos (que son las que pueden pedir y obtener el llamado "auxilio judicial") y a las demás indicadas en el artículo citado, se da cumplimiento parcial al dictado constitucional, en cuanto se está solo exonerando del pago de un tributo que se genera a favor del propio Estado. Nada más. ¿Quid de los demás gastos judiciales que no deben pagarse al Estado? La pregunta es cómo una persona de escasos recursos podrá, p. e., solventar los honorarios de los peritos (art. 271 del CPC) o los gastos de las publicaciones que tengan que realizarse para poder seguir con el proceso. Si se diera cabal actuación al derecho constitucional, el Estado mismo (al menos en el proceso civil, laboral y constitucional) debería proporcionar los fondos para solventar (a título de adelanto) los demás gastos, con cargo a que le sean devueltos por el perdedor al final del proceso. Naturalmente ello debería estar con todo detalle regulado en la ley (y ser el caso en un reglamento). En el caso del proceso penal, el discurso (como es obvio) es distinto, pues los gastos que tendría que solventarse serían los relativos a la defensa del procesado (p.e., pruebas periciales de descargo), que si los adelantara el Estado, serían siempre sin retorno.

Como consecuencia, el problema de fondo de la "gratuidad de la administración de justicia" no está limitado a establecer exoneraciones de pago de tasas judiciales sino en establecer quién asume los otros gastos que genera (o puede generar) un proceso judicial desde su inicio hasta su conclusión. Si así no se hace el derecho reconocido por la Constitución se vuelve ilusorio, pues la persona de escasos recursos se verá limitada, en los hechos, a poder llevar adelante (y con éxito) un proceso.

4. La defensa técnica gratuita

El segundo aspecto de la gratuidad concierne a la defensa técnica. Aquí conviven dos sistemas. El primero es el regulado por el CPC (arts. 179 y ss.) Y el segundo en la Ley N° 27019, Ley del Servicio Nacional de la Defensa de Oficio y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 005-99-JUS.

El primer sistema, es un tanto ambiguo, pues al parecer el que pide el auxilio propone al propio abogado patrocinante, el que una vez obtenido el auxilio es (en principio) designado por el juez como "apoderado" del auxiliado. Sus honorarios son fijados por el juez y son cubiertos íntegramente por el perdedor, si no fuera auxiliado. Si es este el perdedor los honorarios son cubiertos por el Colegio de Abogados respectivo. Quizá en esto último esté la única ventaja para el abogado de patrocinar a una persona de escasos recursos, en cuanto se le asegura que (al menos) al final será remunerado. Quizá lo relevante está en que el sistema está previsto principalmente para aquel que ya tiene un abogado y no para quién teniendo que iniciar un proceso no puede hacerla por no contar con uno.

El segundo sistema es totalmente distinto, pues se emperna en una defensa técnica proporcionada (y remunerada) por el propio Estado, que a través de la Dirección Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia le asigna a la persona necesitada un abogado llamado "defensor de oficio". Su ámbito operativo no se limita al proceso penal, tutelar y penitenciario, sino también opera en el área del Derecho de Familia a favor del menor y de la madre que se encuentre en estado de necesidad. Por el número limitado de defensores de oficio con que cuenta la Dirección Nacional de Justicia, el sistema es poco eficaz, y, como consecuencia, se está muy lejos de dar cabal actuación al contenido del inciso bajo comentario, también bajo el aspecto de la defensa técnica gratuita.

El tema de la "gratuidad" (en sus dos aspectos) en un país con demasiadas personas de "escasos recursos", es harto complejo y debe resolverse de alguna forma, menos con una: considerar que se deba eliminar la defensa técnica y que su papel sea asumido por el juez (o el fiscal), pues con ello, en lugar de encontrar la panacea habremos agregado otro elemento de distorsión a los tantos que ya presentan nuestros procesos judiciales.

DOCTRINA

CANDIA AGUILAR, Ornar. La justicia en los que menos tienen. En: www.justicia.viva.org.pe. Lima, 2005; DARGENT BOCANEGRA, Eduardo. Justicia es igualdad: idiosincracia judicial y reforma de la justicia. Instituto de Defensa Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2005; MONROY GAL VEZ, Juan F. La formación del proceso civil peruano. Segunda edición. Palestra Editores. Lima, 2004; SCHIAPPA PIETRA, Oscar. El problema de acceso a la justicia en el Perú: análisis de sus implicancias a modo de diagnóstico. En: "Proyectos de Cooperación Internacional del Poder Judicial". Poder Judicial. Lima, 1997; TICONA POSTIGO, Víctor. Análisis del Título Preliminar del Código Procesal Civil. En: "Análisis Y Comentarios al Código Procesal Civil". Tomo 11. Editorial Grijley. Lima, 1995.

Nombramiento y revocación de magistrados

Artículo 139

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 17. La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 ine. 17),31, 146 Y 152;

C.A.D.H.: arto 23.1.b;

D.U.D.H.: arto 21;

P.I.D.C.P.: art.25.b

Federico Mesinas Montero

Juan Manuel Sosa Sacio

1. Introducción

Existen varios asuntos que merecen ser tratados en el desarrollo del presente artículo. Al respecto, si bien podríamos abordar solo lo referido a la participación ciudadana en la elección de magistrados, o hacer una mención *lege ferenda* sobre la revocación de magistrados, creemos que el dispositivo bajo comentario merece un mayor desarrollo. Por ello, trataremos el asunto de la legitimación del Poder Judicial, es decir, su legitimidad para resolver pretensiones jurídicas aplicando, interpretando y creando Derecho, incluso más allá o hasta en contra de lo establecido o decidido por otros Poderes del Estado, a pesar de que estos detentan una mayor representatividad democrática. Este asunto resulta de importancia en este comentario, ya que la participación ciudadana en el ingreso y la salida de los magistrados tendría el propósito de legitimar las funciones y la actividad del Poder Judicial.

Es más, esta participación coadyuvaría a que la previsión constitucional de que "la potestad de administrar justicia emana del pueblo" (artículo 138 de la Constitución) no sea una afirmación falsa y alegórica, sino que tenga contenido real, haciendo del Poder Judicial un verdadero poder estatal (pues en el Estado constitucional todo poder político ha de ser conferido democráticamente, en el marco de las normas constitucionales).

Antes de continuar, valga hacer en este punto una precisión: debido a que forma parte del análisis que debemos hacer, vamos a tratar lo concerniente al origen popular de la administración de justicia y a la elección de los jueces de paz; no obstante, no habremos de detenernos como quisiéramos en tales asuntos, ya que existen otros artículos de la Constitución que abordan directamente estas materias, como es el caso del artículo 138 (ya mencionado) y del artículo 152, que han de ser desarrollados por otros autores.

2. Legitimación de la judicatura en el Estado constitucional

Como adelantamos, no podemos aceptar un análisis de este dispositivo que no se detenga en el tópico importante y actual de la legitimidad de la administración de justicia, máxime en estos tiempos en que el papel del juez se ha transformado radicalmente.

2.1. Auctoritas

Una primera aproximación a la legitimación de la judicatura nos acerca a la noción de auctoritas. Así, la legitimidad de los jueces no es igual a la que detentan los poderes democráticamente elegidos⁷⁴⁸: estos ejercen poder, potestas, en la medida que detentan alguna fuerza reconocida por la sociedad. Sin embargo, los jueces, como sujetos que resuelven a través de "juicios", no son legítimos por el ejercicio de algún poder, sino por el hecho de que la comunidad reconoce su autoridad, auctoritas, sustentada en su saber y capacidad para discernir.

Entonces, la judicatura no sería un auténtico poder político ("Poder Judicial") si nos referimos a la facultad de los jueces para resolver causas o a la institución que cumple esta función. El único poder reconocible en la judicatura sería el que se desprende de la denominada potestad jurisdiccional, en la que el juez actúa como director del proceso. Sin embargo, esta potestad de administrar sería solo un instrumento de la función intelectual de sus miembros, en otras palabras, sería una labor añadida para el cumplimiento de su auténtica misión, que es la de sentenciar.

De ahí que la mejora del "Poder Judicial" pueda significar para algunos "honestidad manifiesta" y "formación jurídica sólida y atenta a la realidad"⁷⁴⁹. Así, esta honestidad sería una "condición fundamental de respetabilidad", pues el juez "tiene que difundir en su entorno una aureola de incorruptibilidad y de seriedad, sin la cual no logrará el respeto social que se merece y que tuvo en otras épocas y que es indispensable para el cumplimiento de su función"; mientras que la formación jurídica implicaría la posibilidad de que los jueces alcancen (o mantengan) una formación adecuada, que atienda al Derecho vigente y que se acerque a la realidad (diversa) que es una carencia de la formación jurídica tradicional⁷⁵⁰.

2.2. Legitimidad de origen

Legitimidad de origen es aquella que detentan quienes han sido directamente elegidos como representantes de la población. Ello se verifica especialmente en determinados cargos, como es el caso de los gobernantes.

⁷⁴⁸ Seguimos a Rafael Domingo, tributario del pensamiento de Álvaro D'Ors. DOMINGO, Rafael.

Auctontas. Editorial Ariel, Barcelona, 1999; sobre el Poder Judicial desde la teoría de la auctontas revisar especialmente p. 115 Y ss. Para D'Ors, básicamente, auctontas es el salli:J: socialmente reconocido y potestas el p.a;kJ: socialmente reconocido.

⁷⁴⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Reflexiones sobre la sociedad civil Y el Poder Judicial. Ara Editores, Lima, 1996, pp. 61 - 64

⁷⁵⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Ob. cit., pp. 61 Y 62

En la lógica del constitucionalismo liberal inicial el poder político debía estar legitimado por el mandato (directo o indirecto) del pueblo, de tal forma que no derive en un ejercicio irregular contrario a la libertad y a las iniciativas individuales.

Entonces, el Poder Judicial, que tiene la trascendental función de aplicar la ley para resolver conflictos y para controlar al poder político, armonizando conforme al Derecho vigente los diversos intereses de la sociedad, debe merecer también una sustentación desde el poder ciudadano, es decir, una legitimidad democrática.

De ahí que se haya planteado, desde siempre y con diversas fórmulas, que la legitimidad de la administración de justicia deba proceder de un mandato popular⁷⁵¹.

En el Perú, por ejemplo, hasta la Constitución de 1979 el nombramiento de los magistrados se encontraba a cargo del Presidente de la República, representante calificado que "personifica a la Nación", y en esa medida podía tratarse de una legitimación democrática indirecta⁷⁵². Además, se establecía que el Senado debía ratificar el nombramiento de los vocales supremos, y se preveía la existencia de un Consejo Nacional de la Magistratura conformado por representantes de diversos espacios vinculados al Derecho, diferentes a los poderes del Estado, como eran la Fiscalía de la Nación, la Corte Suprema, las facultades de Derecho y los colegios de abogados, encargados de proponer al Presidente el nombramiento de magistrados. Todo ello tendería a reforzar la representatividad democrática de la judicatura.

La actual Constitución prevé expresamente un solo mecanismo de elección directa de magistrados, referido a los jueces de paz no letrados (artículo 152 de la Constitución). No obstante, el artículo 138 de la Constitución señala que la potestad de administrar justicia proviene del pueblo, y el inciso bajo comentario contempla la participación ciudadanía en el nombramiento y la revocación de magistrados. Vistas así las cosas, ¿Cómo legitima la ciudadanía a la administración de justicia? ¿Cuentan, los jueces, con una legitimidad de origen?

El constitucionalismo liberal ha sido superado hace bastante tiempo, y muchas de las teorías que nacieron durante su vigencia han sido revisadas,

⁷⁵¹ Así, por ejemplo, es conocido que en algunos Estados federales de los Estados Unidos de Norteamérica cabe la elección popular de jueces, además del hecho que la legitimidad de la Administración de Justicia se ve fortalecida por el sistema de juzgamiento a través de jurados (téngase en cuenta, además, que en Estados Unidos el Presidente, con la ratificación del Congreso, es quien nombra a los magistrados de la Corte Suprema).

⁷⁵² Aunque con razón afirman Enrique Bernal y Marcial Rubio que "dentro de la teoría de la democracia formal y representativa, quienes ocupan los cargos de poder político (Ejecutivo y Legislativo), han sido efectivamente elegidos por el pueblo mediante procesos electorales, por más discutible que pueda resultar la expresión popular manifestada en ellos. En el caso del Poder Judicial, el pueblo está totalmente alejado de la nominación de funcionarios y, en verdad, estos equivalen a cualquier otro miembro de la Administración Pública desde el punto de vista de representatividad frente al conjunto de ciudadanos: son nombrados por el Poder Ejecutivo y, solo en el caso de los vocales de Corte Suprema, ratificados por el Congreso". RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Pení: Constitución y sociedad política. Deseo, Lima, 1981, p. 429.

contradichas, descartadas o desarrolladas con mayor fortuna. Hoy nos encontramos en un proceso de consolidación de una nueva forma estadual, denominada Estado Constitucional, en la cual se conjugan no solo la voluntad mayoritaria y la libertad individual sino el entramado de valores y normas que la Constitución reconoce, siendo que la estructura del Estado no aparece hoy como un equilibrio entre "tres poderes", sino como una compleja maquinaria que incorpora diferentes organismos autónomos, con funciones compartidas y complementarias que permiten un mejor cumplimiento de los fines estatales.

En este orden de ideas, la conformación de la judicatura, de acuerdo con la Constitución de 1993, se encuentra a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura, contando entre sus funciones las de nombrar y ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles, además de sancionar a los vocales de la Corte Suprema y a los fiscales supremos. Hoy, los magistrados ya no son nombrados o ratificados por instancias políticas, sino por un órgano independiente, cuyos miembros tienen diversa procedencia: la Corte Suprema, la Junta de Fiscales Supremos, los colegios de abogados del país y otros colegios profesionales, los rectores de las universidades nacionales y los rectores de las universidades particulares (incluso cabe la posibilidad de incorporar a dos miembros propuestos por el sector laboral y por el sector empresarial).

Con ello, se pretende dar un mayor nivel de representatividad a los consejeros, de tal forma que se mejore la idoneidad de los nombramientos en términos de legitimidad. Empero, la composición heterogénea del Consejo no parece ser suficiente para aseverar que existe una participación popular en los términos del inciso 17 del artículo 139 (sino más bien se evidencia una representación de colectivos específicos, con intereses particulares, desde luego).

2.3. Legitimidad de ejercicio

La legitimidad popular de origen, esto es, la participación ciudadana en el nombramiento de autoridades, no es hoy el principal fundamento de las labores del Poder Judicial. Efectivamente, hoy se afirma que la adecuada aplicación del Derecho en el marco de las normas constitucionales es lo que da a la judicatura la relevancia que se le asigna, e incluso legitimidad en términos democráticos.

En torno a ello, la denominada "judicialización del Derecho" implica que los postulados clásicos de la legitimidad representativa sean revisados, e incluso reemplazados por otros que puedan dar respuesta a los evidentes límites o insuficiencias de la ley. Hoy la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas entienden sin problema que las deficiencias de las normas, sean por exceso o por defecto, deben ser solucionadas en sede judicial. Es más, como consecuencia de la fuerza jurídica de la Constitución, los jueces tienen el deber de preferir la Norma Fundamental frente a cualquier ley que se le oponga, además de ordenar el cese de todo acto (u omisión) que vulnere los derechos esenciales consagrados en la Carta.

Esto último significará que la potestad jurisdiccional comprenda atribuciones para corregir y contradecir al Poder Legislativo y al Ejecutivo. De esta forma, parece imprescindible cuestionar cómo un poder sin representatividad popular puede oponerse y vencer a los poderes representativos ante presuntas infracciones a la Constitución. En otras palabras, habría que responder: ¿qué legitima al Poder Judicial para que controle a los poderes políticos, verdaderos mandatarios del pueblo?, ¿cómo es que existe un Poder sin origen popular que resiste y se opone a algunas normas y actuaciones del gobierno democráticamente elegido?

Al respecto existen varias respuestas, complementarias entre sí, que explican que la judicatura es legítima no necesariamente por su origen, sino por el ejercicio de sus funciones de acuerdo con la ley, la Constitución y los valores sociales presentes en el desarrollo del proceso democrático.

2.3.1. Legitimidad de ejercicio como subordinación a la ley

Como se sabe, el constitucionalismo pos revolucionario entendía al Poder Judicial como parte del sistema de frenos y contrapesos entre los poderes públicos, de acuerdo a la estructura tripartita del Estado. Sin embargo, la importancia de la judicatura se veía reducida frente a la superior fortaleza de uno los poderes, el Poder Legislativo, único depositario de la voluntad popular. Así, si bien en lo formal se pretendía un control recíproco entre los poderes del Estado, en la realidad existía un poder predominante, cuya voluntad era ejecutada por la Administración, y cuya palabra era solo "pronunciada" por los jueces.

Hoy dicha fórmula, del juez inanimado y autómatas, ha quedado atrás, pues se reconoce que el juez tiene una función creadora al interpretar las normas o llenar las lagunas (aparentes) del ordenamiento, resolviendo los casos que ante él se presentan.

Sin embargo, esta facultad creadora no desvincularía al juez de la aplicación de la ley.

Es más, un importante sector de la doctrina considera que la única legitimidad democrática que puede obtener el Poder Judicial es la que se desprende de la aplicación fiel de la voluntad popular contenida en las leyes⁷⁵³. Ello, porque en un Estado democrático de Derecho el Poder Judicial se debe a los ciudadanos y, en esa medida, se deben establecer límites al ejercicio de la función jurisdiccional, sometiendo las decisiones judiciales a las normas del Parlamento (para evitar una "aristocracia de la toga") de manera que no existan soluciones fuera de la ley⁷⁵⁴.

⁷⁵³ Ha señalado Luis López Guerra que: "La legitimación democrática del juez, a la vista de los mandatos constitucionales (...) es una legitimación de ejercicio, no de origen. El juez, en el ejercicio de su 'terrible poder' no aplica más voluntad que la voluntad de la ley; no aplica al voluntad de otros sujetos, ni siquiera la suya propia. El juez se inserta dentro de la legitimidad democrática de los poderes del Estado en cuanto se convierte en mecanismo de aplicación, en casos concretos, de la voluntad popular manifestada de forma general en la ley". LÓPEZ GUERRA, Luis. El Poder Judicial en el Estado constitucional Palestra Editores, Lima. 2001, p. 23.

Inclusive, algunos afirman que es precisamente la subordinación a la ley lo que garantiza la independencia del Poder Judicial. Efectivamente, la judicatura no admite intromisiones de los poderes políticos, debido a que solo se encuentra subordinada a la objetividad de las leyes. Cubierto por el manto protector de la ley, el Poder Judicial se encontraría a salvo de la injerencia de los poderes públicos: bajo este manto la independencia judicial sería completa (independencia subordinada solo a la voluntad popular).

2.3.2. Legitimidad de ejercicio como subordinación a la Constitución

A pesar de lo anotado arriba, consideramos que entender la legitimidad del Poder Judicial como mera subordinación a la ley implica asumir una perspectiva errada, por insuficiente. Así, la Constitución -norma jurídica suprema del ordenamiento, cuya fuerza prevalece frente a cualquier norma-subordina a las leyes del Congreso; por lo cual los jueces deberán inaplicar toda norma de rango legal que se oponga a la Norma Suprema. La fuerza normativa de la Constitución obliga a las instancias jurisdiccionales a aplicar e interpretar las normas haciendo prevalecer su jerarquía⁷⁵⁵.

Esta fuerza no surge, es pertinente apuntarlo, de la sola disquisición de políticos y constitucionalistas, sino que su origen reside principalmente en la voluntad la ciudadanía soberana, que plantea y positiviza los valores máximos de la sociedad, conjuntamente con las instituciones sociales, jurídicas y políticas de mayor arraigo. De esta forma, la interpretación y aplicación de la Constitución -incluso contra normas o actos de los poderes públicos- otorga a la judicatura una legitimidad constitucional, pero también democrática, ya que la Constitución contiene valores esenciales de la ciudadanía -algunos específicamente democráticos- que son completados, aplicados y actualizados por los jueces.

Asimismo, la Constitución, no obstante que sus normas son vinculantes, presenta dispositivos de carácter abierto, es decir, que carecen de determinación (en tal sentido, aparecen más como principios que como reglas). Ello, que permite una interpretación favorable al momento de concretizar los principios y valores constitucionales, en la medida que los juzgadores tienen un gran margen para interpretar el contenido de los dispositivos de la Carta Fundamental, a la luz de las concepciones predominantes o socialmente necesarias; puede significar, a su vez, un verdadero peligro si los jueces no tienen la suficiente responsabilidad para no rebasar el ámbito de lo jurídico, invadiendo atribuciones políticas que no les corresponde, decidiendo arbitrariamente o juzgando contra los valores sociales mínimos consensuados. Al respecto, más allá de apelar a la autorestricción de

⁷⁵⁴ En el mismo sentido, PEREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 898 - 899. LÓPEZ GUERRA, Luis. Ob. cit., p. 24.

⁷⁵⁵ Lo que no se limita a la inaplicación de la ley, sino que trae consigo una manifiesta transformación en la forma de concebir el papel del juez, manteniendo en cuenta la amplitud e imprecisión de los dispositivos constitucionales. Vide, GASCON ABELLAN, Marina. El papel del juez en el Estado de Derecho. En: "La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales". Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García. Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 23 - 24.

los magistrados (self-restraint), debe acudir a la argumentación jurídica como herramienta que permite explicar las soluciones adoptadas de manera racional y razonable.

2.3.3. Legitimidad de ejercicio atendiendo al proceso democrático

A riesgo de que los alcances de la noción de "proceso democrático" no queden expuestos como corresponde, atendiendo además a que este no es el lugar pertinente para detenernos sobre ello, consideramos necesario explicar brevemente este tipo de legitimación del Poder Judicial.

Como dejamos anotado, la aplicación de la Constitución significaba que la judicatura cumpliera una función concretizadora de los principios y valores fundamentales, lo cual implicaba una forma de legitimación. Sin embargo, algunas propuestas van más allá y destacan que los elementos que llenan de contenido a estos dispositivos abiertos deben cumplir con una finalidad específica, que es también legitimadora: estar de conformidad con "el sentido más favorable a la apertura de las vías de participación en proceso democrático"⁷⁵⁶ o incluso con "los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas"⁷⁵⁷.

Con ello, la legitimación de la labor jurisdiccional pasa por dar contenido a las diversas normas, y sobre todo a la Constitución, permitiendo la incorporación de diversos actores al proceso de interpretación. Visto así, recae en la judicatura (y primordialmente en la justicia constitucional especializada) la precisión de aquellos dispositivos abiertos que consagran valores, teniendo en cuenta, por consiguiente, cuál es la actual concepción social de estos. De esta manera, se establecería un diálogo legitimador con la ciudadanía⁷⁵⁸, lo cual no significa que quepa rendirse a las presiones de la opinión pública⁷⁵⁹, en nombre de una democracia numérica.

3. Participación popular y magistratura

Con lo expuesto hasta el momento quedaría claro que la elección directa de cargos no es la única forma de legitimación democrática. Ello, por que la democracia no se reduce a un simple gobierno del pueblo, sino que demanda también un conjunto de garantías mínimas y desarrollarse bajo determinados valores y principios que deben ser protegidos, teniendo en cuenta además la subsistencia de la pluralidad de opiniones, así como el respeto de las minorías.

⁷⁵⁶ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. La "Constitución abierta" y su interpretación. Palestra Editores, Lima, 2004, pp. 211 - 212. Díaz Revorio sigue en parte a J.H. Ely, quien plantea que la interpretación de la Constitución en sentido abierto o participativo, desde una perspectiva procedimental, frente a lo cual el profesor español hace un importante matiz: la apertura de contenido constitucional favorable a la participación no debe implicar la desatención de contenidos mínimos admitidos por la sociedad, como es el caso de la igualdad, libertad o justicia.

⁷⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. Factibilidad y validar Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso. Trotta, Madrid, 1998, p. 336.

⁷⁵⁸ Vide HABERLE, Peter. El Estado constitucional. Traducción de Héctor Fix-Fierro, UNAM - PUCP, Lima, 2003, p. 158

⁷⁵⁹ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Ob. cit., pp. 217 - 218

La Constitución aparece, en tal sentido, como la condensación de estos valores, principios y garantías, subordinando las voluntades de cualquier poder social, político o económico y mandando lo necesario para su realización.

Es en este contexto, y no en otro, en que debe analizarse la legitimación social de la judicatura. Como queda claro, la elección y revocatoria de magistrados aparece solo como uno de los elementos (no necesariamente el principal) que coadyuva a la sus tentación democrática del Poder Judicial, pero está muy lejos de ser el único canal de legitimación.

Esta precisión es importante, pues a pesar de que el inciso 17 del artículo 139 de la Constitución prevé la participación popular en el nombramiento y revocación de magistrados, lo cierto es que los espacios de participación son bastante reducidos.

En todo caso, debemos precisar que el inciso bajo comentario no hace referencia a "elecciones" o a "votación", que son las principales formas de participación política, de lo cual puede desprenderse que la Constitución admite otras formas de participación en el nombramiento y la revocación mencionados. Precisado esto, pasemos a explicar, entonces, cuáles son los mecanismos de participación ciudadana previstos en nuestro ordenamiento.

En primer lugar, pese a lo dispuesto en el inciso que venimos comentando, no existen mecanismos de revocatoria previstos para destituir a magistrados: las normas que regulan el ingreso y postulación, la evaluación y ratificación, y el control de la actividad judicial no contemplan en ningún caso la revocación directa del mandato otorgado a una autoridad judicial a través de elecciones. No obstante, sí existe un mecanismo de participación que lleva a la destitución de los magistrados que muestren una conducta inapropiada.

Así, el Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial (Res. Adm. N° 263-96-SE-TP-CME-PJ; ROF de la OCMA) admite la presentación de quejas y denuncias de los usuarios de la administración de justicia, siendo responsabilidad de la OCMA la investigación de los hechos expuestos, para luego sancionar o recomendar sanciones -según la comprobación de lo denunciado, la gravedad de la falta y la jerarquía del investigado- que pueden llegar incluso a la destitución en el cargo.

En cuanto al nombramiento de magistrados, el artículo 152 de la Constitución señala que los jueces de paz provienen de elección popular, complementariamente la Ley N° 28545 regula su elección, precisando el procedimiento que corresponde. Este interesante y complejo asunto de la justicia de paz ha sido abordado en nuestro país por varios autores y además tiene un espacio propio en esta obra colectiva, por ello nos excusamos de anotar más al respecto.

También se prevén mecanismos de participación, por otra parte, en los procesos de selección y nombramiento de magistrados, y en los de evaluación y ratificación. En el primer caso, el nuevo Reglamento de Concurso de Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales (Res. Adm. N° 989-2005-CNM) permite a los ciudadanos acceder a la información presentada por los

postulantes, así como entregar información sobre la idoneidad o probidad de estos, con la finalidad de ayudar al Consejo Nacional de la Magistratura en una mejor evaluación. Además, el reglamento mencionado permite que se presenten tachas contra los postulantes declarados aptos, las cuales deberán contar con algunos requisitos que hagan fidedigna la información que sustenta la impugnación.

En similar sentido, el reciente Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público (Res. Adm. N° 1019-2005CNM) permite la participación de la ciudadanía en el proceso de evaluación, mediante la entrega de información objetiva al Consejo Nacional de la Magistratura, la cual puede referirse a cuestionamientos a la conducta funcional del magistrado, su idoneidad o inclusive sobre su real posición económica y financiera.

DOCTRINA

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Reflexiones sobre la sociedad civil y el Poder Judicial. Ara Editores, Lima, 1996; DIAZ REVORIO, Francisco Javier. La "Constitución abierta" y su interpretación. Palestra Editores, Lima, 2004; DOMINGO, Rafael. Auctoritas. Editorial Ariel, Barcelona, 1999; GASCÓN ABELLÁN, Marina. El papel del juez en el Estado de Derecho. En: "La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales". Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García. Palestra Editores, Lima, 2003; HÁBERLE, Peter. El Estado constitucional. Traducción de Héctor Fix-Fierro, UNAM - PUCP, Lima, 2003; HABERMAS, Jürgen. Factibilidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso. Trotta, Madrid; LÓPEZ GUERRA, Luis. El Poder Judicial en el Estado constitucional. Palestra Editores, Lima. 2001; PEREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons, Madrid, 2003; RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Perú: Constitución y sociedad política. Deseo, Lima, 1981.

Artículo 139

Colaboración del Poder Ejecutivo en los procesos

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

18. La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 41,46,97,99 Y 118 inc. 9); C.P.;
arto 361;L.O.P.]: arto 4; C.A.D.H.: arto 8.1;
D.U.D.H.: arto 10; P.I.D.C.P.: arto 14

Fernando Velezmoro Pinto

1. Antecedentes

El texto en referencia presenta como único antecedente a lo contemplado en el artículo 233, inciso 13 de la Constitución de 1979. La Carta de 1993 reproduce lo allí expresado sin mayores modificaciones que alteren su sentido.

Los principales comentaristas de la derogada norma prestaron poca⁷⁶⁰ o ninguna atención⁷⁶¹ a la obligación del Poder Ejecutivo de prestar colaboración cuando le sea requerida en el marco de un proceso.

En las líneas que se sucedan, nuestra exposición se centrará en señalar las distintas modalidades de colaboración del Poder Ejecutivo, expresadas sobre todo en la normativa infraconstitucional, así como en plantear una interpretación extensiva del término "proceso", para entender que dicha obligación no se circunscribe a los procedimientos en sede judicial, como parecería inferirse de una primera - y apresurada- lectura.

Conviene aquí, antes de ingresar a la descripción de nuestra norma, hacer una precisión respecto al principio de separación de poderes. Como sabemos, tal principio es en rigor más una idea o concepto que la manifestación de una realidad. Y dicha expresión, utilizada por Montesquieu en su tiempo, no estaba basada en la tajante observación de una separación de funciones del régimen inglés. Es más bien una técnica para evitar la concentración de poderes en un solo órgano. Hoy nadie discute que, por la forma como están organizadas la sociedad y el Estado contemporáneos, se pueda sostener la tajante separación y auto exclusión entre los diversos órganos. La consecución de la finalidad del Estado, sea la justicia, la seguridad jurídica, o en forma lata, el bien común, supone una colaboración de sus órganos entre sí. Esta es la finalidad de la

⁷⁶⁰ PAREJA PAZ SOLDÁN, José. Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979. JV Ediciones, Lima, 1984, quien muy someramente expresa que se trata de una práctica consagrada (rectius, generalizada) -la colaboración de parte del Ejecutivo en los procesos-, por lo que su inclusión en el texto de 1979 era innecesaria, p. 330.

⁷⁶¹ RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. Constitución y sociedad política. Mesa Redonda Editores, Lima, 1983, pp. 414-425, donde no se menciona a esta obligación del Ejecutivo.

norma que vamos a comentar. Por lo tanto, si entendemos al Estado como un todo unitario, la colaboración entre "poderes" es, hoy más que nunca, una necesidad.

2. Los "procesos" que requieren de colaboración

La interpretación de un precepto jurídico sobre la base de su ubicación en la estructura interna de la norma constitucional nos proporciona un dato meramente referencial, no siempre objetivo y, a veces, hasta perjudicial a nuestros fines. En efecto, la norma debe ser interpretada a partir de su texto (en consonancia con los criterios de interpretación en general, y con aquellos propios del Derecho Constitucional, en especial), sin importar demasiado su ubicación formal dentro de determinado título, capítulo o encabezado. Interpretación que, por citar solo el método sistemático, deberá tener en cuenta el resto de preceptos de la norma⁷⁶². Tal es el caso del artículo 138, que hace expreso el principio de supremacía constitucional, el mismo que explaya sus efectos sobre la Constitución y, a partir de él, al resto del ordenamiento jurídico. Una interpretación como la descartada nos llevaría a pensar, según nuestro ejemplo, que el control difuso solo puede ser aplicado por los magistrados del Poder Judicial y no por el Tribunal Constitucional.

Ocurre lo mismo con la norma contenida en el artículo 139, inciso 18, bajo comento. Si bien ubicada en el Capítulo VIII (Del Poder Judicial), la obligación del Poder Ejecutivo de prestar colaboración en los procesos en que le sea requerida, no se circunscribe a los desenvueltos al interior del Poder Judicial. Como lo dice el propio artículo 139, se trata de un principio de la función jurisdiccional y no de la función judicial.

En efecto, no siendo el Poder Judicial el único órgano que desarrolla función jurisdiccional en el país, mal puede entender que el mandato contenido en el inciso 18 se refiere exclusivamente a él. Así, también cabría inferir lógicamente que los procesos a los que se refiere la norma escapan a los sustanciados ante el órgano judicial⁷⁶³.

Descifrar a qué clase de procesos se refiere el artículo 139, inciso 18 constitucional, supone, previamente, descifrar lo que significa el "proceso" o en todo caso dejar en claro lo que entendemos por tal. Proceso es, en la tradición procesalística civil, una relación jurídica, de forma triangular, entre las partes y el órgano jurisdiccional y entre las partes mismas que participan de un conflicto de interés con relevancia jurídica, donde justamente el órgano jurisdiccional se encuentra por encima de ellas⁷⁶⁴.

Sin embargo, y reconociendo que el carácter científico del Derecho Procesal se ha construido desde los procesos civiles, no debe perderse de vista que

⁷⁶² En general, sobre los criterios de interpretación jurídica, y en especial los propios de la norma constitucional, puede leerse, de manera muy didáctica, a PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 142-151, en especial, p. 150.

⁷⁶³ Aunque como veremos después, también es aplicable a procesos "no jurisdiccionales" en sentido estricto según una extensiva interpretación del precepto

⁷⁶⁴ Una lectura, en sede nacional, sobre el particular se encuentra en MONROY, Juan. Introducción al proceso civil Tomo 1. Temis, Bogotá, 1996, pp. 119-140.

también se articulan verdaderos procesos en sede penal, constitucional, laboral, administrativa, etc., donde ni la posición de las partes se hallan en un plano de igualdad ni las pretensiones son estrictamente subjetivas. Más criticable aún es el hecho de que incluso los ordenamientos procesales civiles han articulado mecanismos no ya para la declaración de intereses subjetivos en disputa, sino para la solución de una incertidumbre jurídica, escapando así a su tradicional definición de proceso.

Parece ser entonces, que solamente se puede ensayar una definición teniendo en cuenta la totalidad de "procesos" que los ordenamientos reconocen. Así, un "proceso" será un mecanismo mediante el cual se somete a un determinado órgano jurisdiccional del Estado la resolución de una controversia o incertidumbre jurídicamente relevante. Serán "procesos", propiamente dichos, lo que los ordenamientos consagran expresamente como procesos civiles (en donde se discuten dos pretensiones en planos de igualdad, también en donde se busca resolver una incertidumbre jurídica), los procesos penales (donde se busca la certeza de los hechos y la responsabilidad individual de los presuntos autores del delito, por lo demás comprende también la adecuación de la conducta al tipo penal), los procesos constitucionales (tanto los de defensa de derechos fundamentales como los de ordenación de las fuentes de derecho), etc.

De otro lado, el concepto "jurisdiccional" ha sido últimamente replanteado, en atención no tanto de su cabal naturaleza jurídica sino para ampliar el radio de protección de los derechos de las personas sometidas a esta potestad del Estado. Así, se ha expresado que la definición de proceso jurisdiccional puede ser comprendido desde dos puntos de vista: el formal, que refiere solo a aquellos procesos cuya resolución final, luego de las correspondientes etapas, adopta la calidad de cosa juzgada; de otro lado, el concepto material que considera como procesos jurisdiccionales a todas aquellas articulaciones ante distintas instancias del Estado en donde se debatan y determinen derechos, obligaciones y responsabilidades de los ciudadanos.

Serán, entonces, procesos los juicios políticos y las investigaciones de las comisiones parlamentarias, y también los procedimientos en sede administrativa, etc. Como ya dijimos, este planteamiento, más que una búsqueda de un rasgo común en la naturaleza jurídica de cada proceso, tiene como finalidad la ampliación del abanico de garantías a las que están sujetos los justiciables ante cualquier instancia del Estado.

Con ello se logra trasponer las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva a aquellos procesos que, en rigor, formalmente no son jurisdiccionales.

Planteadas así las cosas, el marco en el que se desenvuelve la colaboración del Poder Ejecutivo es, pues, amplísimo.

3. Los "mecanismos" de colaboración

Los comentaristas de la actual Constitución, circunscriben la colaboración del Ejecutivo en los procesos a un solo ámbito: al auxilio de la fuerza pública para la ejecución de lo ordenado finalmente en el proceso judicial⁷⁶⁵.

Las diferentes posibilidades de articulación de la "colaboración" se extienden en dos planos: en el de la fuerza pública, y en la solicitud de "informaciones" necesarias para la consecución de la finalidad de los procesos. .

Cabe advertir que el auxilio de la fuerza pública no se limita únicamente al cumplimiento de lo finalmente decidido (sentencias firmes) en un proceso, sino que cabe también su actuación en situaciones intermedias anteriores a la conclusión del mismo.

3.1. La colaboración a través de "informaciones"

El Poder Ejecutivo comprende dos estructuras: el gobierno y la Administración Pública. La multiplicidad de relaciones sociales que se desenvuelven en estas dos instituciones es inmensa. Asimismo, la dinámica propia de los procesos impide que sea el propio órgano "jurisdiccional" el que recabe por sí mismo toda la información necesaria para la adecuada resolución de la controversia o incertidumbre planteada.

Por esta razón, los diversos ordenamientos, han consagrado la posibilidad de que los distintos órganos del propio Estado y los ciudadanos colaboren con ellos⁷⁶⁶.

Por lo que interesa al Poder Ejecutivo, las siguientes normas que, sin ser exhaustivos y a modo meramente referencial, contienen mecanismos de solicitud de información a la Administración Pública dentro de los procesos que regulan:

Código Procesal Civil, artículo 148, relativo al trámite de oficios y otras comunicaciones.

Código Procesal Constitucional, artículo 119, referido a la facultad del Tribunal Constitucional para solicitar a los poderes del Estado (incluido el Ejecutivo) y a los órganos de la Administración Pública informes y documentos necesarios para resolver los procesos de su competencia.

Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 188, inciso 4, consagra como facultad del magistrado la de solicitar a cualquier persona, autoridad o entidad pública o privada informes y documentos que considere convenientes en el ejercicio de su función⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. Análisis de la Constitución peruana de 1993. Vol. II. Universidad de Lima, 1998, p. 491. También: BERNALES, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado.

Ciedla, Lima 1995, pp. 571 Y 572. Del mismo modo: RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución política de 1993. Vol. IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 137 Y 138.

⁷⁶⁶ No está demás decir que el ejercicio de la jurisdicción no solo es asunto de los intervinientes en el proceso

3.2. La colaboración a través del auxilio de la "fuerza pública"

En lo que atañe a la solicitud de la fuerza pública por parte de diversos órganos jurisdiccionales, debemos diferenciar las normas que posibilitan su uso al interior de los procesos, de aquellas que lo consagran en la ejecución de sus resoluciones finales.

En puridad, el uso de la fuerza pública al interior de los procesos se utiliza para efectivizar los apremios que la ley autoriza, casi siempre para hacer comparecer a la parte renuente a acatar un mandato⁷⁶⁸. Así, tenemos:

Código Procesal Civil, artículo 53, inciso 2, sobre la facultad coercitiva del juez para disponer la detención de quien resiste a su mandato, produce un agravio a _la parte o a la majestad del servicio de administración de justicia.

Reglamento del Congreso de la República, artículo 88, inciso c), sobre los apremios para la citaciones a las Comisiones investigadoras.

Asimismo, las normas que contemplan la instauración de la Policía Judicial como órgano de auxilio judicial, son:

Código Procesal Civil, artículo 55.

Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 282.

Finalmente, y para terminar, cabe mencionar al artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es la norma genérica que impone el acatamiento de las decisiones judiciales por parte de toda autoridad pública y en la que está incluida, obviamente, al Poder Ejecutivo.

DOCTRINA

BERNALES, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Ciedla, Lima 1995; GARCÍA TOMA, Víctor. Análisis de la Constitución peruana de 1993. Vol.II.

Universidad de Lima, 1998; MONROY, Juan. Introducción al proceso civil. Tomo 1. Temis, Bogotá, 1996; PAREJA PAZ SOLDÁN, José. Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979. IV Ediciones, Lima, 1984; PÉREZ ROYO, Javier.

Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons, Madrid, 2000; RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. Constitución y sociedad política. Mesa Redonda

⁷⁶⁷ Es importante señalar que el Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, elaborado por la Comisión de Justicia del Congreso de la República, contempla la misma prerrogativa en su artículo 115, inciso 4 (publicado el 03/01/2002, diario oficial El Peruano).

⁷⁶⁸ Omitimos aquí, intencionalmente, las referencias a normas penales y penitenciarias por cuanto una enumeración de ellas excedería de los límites del presente trabajo, así como los de su finalidad, la cual es mostrar la presencia de este instituto en aquellas áreas en las que tradicionalmente no se le aprecia; y justamente la penal es una de las áreas donde se nota con mayor frecuencia el uso de la fuerza pública.

Editores, Lima, 1983; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993.

Vol. IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

Artículo 139

Legitimidad de origen de la judicatura

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 19. La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 46, 138, 143, 147, 149, 150;

C.P.; arto 361;

L.O.P.J.: arto 4;

D.U.D.H.: arto 10;

P.I.D.C.P.: arto 9.3

Fernando Velezmoro Pinto

1. Introducción

El texto repite casi sin variación el texto del inciso 14 del artículo 233 de la Constitución de 1979. Estamos pues, otra vez, ante una copia casi textual en la actual Carta de 1993 respecto de su antecesora. Sin embargo, el encabezado sí es distinto puesto que en la antigua Carta aparecía dicha regla como una "garantía de la administración de justicia". Hoy el encabezado general de las normas contenidas en el 139 es el de "principios y derechos", cambio que sí nos debe merecer un pequeño comentario.

Cuando la primera parte del artículo 139 expresa que las disposiciones que siguen constituyen principios y derechos solo se puede entender dos cosas. De un lado, en referencia a los derechos, se trata de verdaderos atributos subjetivos, cuya titularidad recae en un sujeto en particular- exigibles frente o hacia el Estado (derechos constitucionales) y, del otro lado, de cara a los principios, se tratan, además de verdaderas normas jurídicas, de pautas interpretativas del resto del ordenamiento.

Así, lo que no está del todo claro es de si todas las disposiciones contenidas en el artículo 139 poseen ambas características a la vez: ser derechos y principios.

La posición preferente que la teoría constitucional le otorga a los derechos fundamentales como orden valorativo -al que todo el ordenamiento se debe ajustar-, importa que éstos sean entendidos no solo como atributos subjetivos sino como elementos objetivos del orden vigente. Por ello, en este sentido, pareciera redundante expresar que son derechos y principios a la vez. Sin embargo, y en sentido contrario, no todo principio se constituye en un derecho per se. Intentar definir un derecho fundamental a partir de una norma objetiva no parece ser correcto porque todo derecho importa un atributo subjetivo, en mismo que no es deducible sin más de un principio.

De acuerdo con lo hasta aquí expresado, no coincidimos con quien sostiene que el contenido de esta norma coincide con la temática del derecho al juez natural⁷⁶⁹. Dicho derecho fundamental es un verdadero atributo subjetivo consistente en ser juzgado o procesado por el juez preestablecido de acuerdo a ciertas reglas de competencia estipuladas en la ley. El derecho al juez natural está comprendido dentro del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional estipulados en el artículo 139 inciso 3 de la Carta de 1993.

El principio, conforme ya anotamos, es a la vez que pauta interpretativa, verdadera norma jurídica y, consecuentemente, contiene un mandato en sentido específico (positivo, negativo, etc.) hacia destinatarios determinados para quienes se generaran diversas consecuencias jurídicas.

El enunciado del inciso 19 del artículo 139 no parece ser en rigor un principio. De hecho, poco puede servir como pauta interpretativa del resto de normas de la Constitución. Su contenido es específico: contiene un mandato concreto a sujetos también concretos. Tiene por ello la estructura de una norma que ha sido elevada a la categoría de principio por voluntad expresa del constituyente. Sin embargo, el rótulo que contenga una norma no le hace cambiar su naturaleza, por ello nuestro subsiguiente análisis se centrará en primer lugar en descubrir el bien jurídico constitucional que se pretende proteger, seguidamente se analizará el mandato en sí y sus consecuencias diferenciadas para cada uno de los sujetos destinatarios de la norma.

2. El objeto de la norma: protección de la legitimidad de origen de los jueces y fiscales

El hecho de que la norma bajo comentario contenga una prohibición expresa debe tener una razón. Ésta parecer ser la de proteger la legitimidad, por lo menos de origen, del que debe gozar la autoridad jurisdiccional para "decir el derecho" en nombre y representación del Estado. Al respecto nos dice Rubio Correa: "quien ejerce función jurisdiccional tiene que haber sido nombrado según las prescripciones constitucionales y legales. De otra manera, la sociedad no estaría nunca segura de la seriedad con la que una persona hubiera sido reclutada para la función y, es más, se podrían producir situaciones oprobiosas ya existentes en el pasado que, en muchos casos, incluyeron hasta la venta de puestos vitalicios en la judicatura"⁷⁷⁰.

En efecto, lo que se protege es la legitimidad de origen de la judicatura. La forma de nombramiento de los jueces y fiscales⁷⁷¹ está establecido expresamente en la Constitución y solo puede ser de dos formas: por elección popular, para el caso de los jueces de paz y por designación del Consejo

⁷⁶⁹ Cfr. BERNALES, Enrique (con la colaboración de Alberto Otárola). La Constitución de 1993: análisis romparado. Ciedla, Lima, 1996, p. 573.

⁷⁷⁰ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución de 1993. Tomo 4. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 139.

⁷⁷¹ La norma que comentamos hace referencia a la "función judicial" de donde deducimos que se refiere a los jueces y fiscales. A los primeros, por obra de los artículos 138 ("la potestad de administrar justicia [...] se ejerce por el Poder Judicial") y 143 de la Constitución. Los fiscales, en tanto, participan de la administración de justicia y son equiparados a los jueces (art. 158).

Nacional de la Magistratura, para el resto de instancias. La Constitución ha establecido que sea esta y no otra la forma en que se asumen los cargos judiciales.

La opción del constituyente ha sido la de alejar cualquier criterio subjetivo o político que pueda influir en el nombramiento de los funcionarios judiciales. Se ha pretendido hacer primar criterios técnicos facultando a un órgano "apolítico" como el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) el nombramiento de los jueces y fiscales. Con ello se ha alejado a la judicatura de la legitimidad democrática que como poder del Estado debe tener. La judicatura aparece así desvinculada de la voluntad popular para el nombramiento de las personas que administraran justicia. Ni es el pueblo quien elige a los jueces, ni es el Parlamento como su representante. En algunos países, como España, es el órgano legislativo quien elige a los miembros del Consejo de la Magistratura los que a su vez eligen a los jueces. En el Perú, ni los jueces ni fiscales, ni el CNM están legitimados democráticamente, sea por vía directa o indirecta. Caso contrario ocurre con los magistrados del Tribunal Constitucional que son elegidos por los miembros del Congreso, sin que ello implique necesariamente la pérdida de su independencia.

Ante esta realidad, se han propuesto distintas formulas de legitimación de los jueces. Así por ejemplo, para el caso español: se afirma que esta no ha de buscarse en el acto de nombramiento sino en el desempeño de sus funciones: el expresar la voluntad popular manifestada a través de la ley. La sujeción a la leyes la fuente de su legitimación⁷⁷². Sin embargo, dicho planteamiento ha sido rápidamente criticado por quienes consideran -correctamente- que el juez ha dejado de ser "la boca que pronuncia las palabras de la ley" que Montesquieu imaginó, evolucionando hacia un auténtico creador del Derecho en razón de la interpretación e integración jurídicas así como del establecimiento de reglas generales a través de la jurisprudencia vinculante. Por ello, la justificación sobre la legitimidad democrática de los órganos judiciales sigue siendo una necesidad. Para dar solución a este problema se ha ideado, en la península ibérica, la legitimidad democrática indirecta y derivada a través de los Consejos de la Magistratura. La representación nacional elige, a través de mecanismos que eviten la excesiva inclinación política, a los miembros del Consejo de la Magistratura; estos, a su vez, eligen con criterios técnicos a los miembros de la judicatura⁷⁷³.

Pero también están quienes opinan que no es necesaria tal legitimidad democrática. La legitimidad derivaría directamente de la Constitución y no de ningún cuerpo político. Con ello se protege la "democracia sustancial", aquella que tiene como marco la Constitución, protegiéndola de la "democracia mayoritaria". Los jueces, al no depender de las mayorías parlamentarias, se erigen así en los protectores de la democracia sustancial incluso frente al propio legislado.rC6).

⁷⁷² Cfr. PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons, Madrid 2000, pp. 883 Y ss.

⁷⁷³ C&. LÓPEZ GUERRA, Luis. La legitimación democrática del juez. En: "El Poder Judicial en el Estado Constitucional". Palestra, Lima, 2001, pp. 79 Y ss.

Al carecer nuestros jueces y fiscales de mecanismo alguno de legitimación democrática por expresión de la voluntad popular, sea directa o indirecta y derivada, la única legitimación de origen se da en el marco de la Constitución y las leyes, con prescindencia de ser democrático o 'no. De allí que el primer enunciado de nuestro inciso 19 del 139 constitucional exprese: "prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución y la ley"⁷⁷⁴.

La forma prevista en la Constitución para el nombramiento de jueces y fiscales es la siguiente: para los jueces de paz, la elección popular conforme en el artículo 152; para los jueces y fiscales de todas las instancias los elige el Consejo Nacional de la Magistratura, así lo establece el inciso 1 del artículo 154. Sobre esta forma de elección es que nuestra Constitución extiende su protección a través de una norma prohibitiva cuya violación implicaría no solo la ejecución de acto anticonstitucional, y por tanto inválido, sino que generaría las responsabilidades en las personas que señala el propio inciso 19 del artículo 139.

3. Los sujetos del mandato y las responsabilidades por incumplimiento

Del texto bajo comentario se deducen dos clases de sujetos destinatarios de la norma: los que asumen un cargo o función judicial sin que ello les corresponda de acuerdo con la ley, y los que pertenecen a la estructura de los órganos judiciales que propician o convalidan la ilegal asunción del cargo.

Nuestra norma también supone en última instancia un mandato, aunque no manifiesto, al legislador para que establezca las consecuencias que se derivan de la usurpación de la función judicial. Así, la responsabilidad del particular que asume dichas funciones sin estar legitimado para hacerla incurre en el genérico delito de usurpación de función pública contenido en el artículo 361 del Código Penal⁷⁷⁵. Creemos que dada la especificidad del hecho derivada de que se trata de una función pública importantísima (en la medida de que el juez es el garante de los derechos fundamentales y revisor de los actos de la Administración Pública) se debería establecer un tipo penal diferenciado o, cuando menos, una modalidad agravada de este delito. Para el caso de que sea un funcionario público el que dé posesión del cargo, será de aplicación el artículo 381 del Código Penal. Si quien asume el cargo es también funcionario público se aplica el mismo artículo⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Democracia y jurisdicción. En: "Jueces para la democracia" N° 29, Madrid 1987, citado por LÓPEZ GUERRA, Luis. Ob. cit., p. 64.

⁷⁷⁵ Código Penal (Decreto Legislativo N° 365): "Artículo 361.- El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene será reprimido (...). Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las fuerzas de orden, la pena será (...)"

⁷⁷⁶ Código Penal (Decreto Legislativo N° 365): "Artículo 381.- El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido (...). El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena.

El bien jurídico penal protegido es la confianza de los ciudadanos en la Administración Pública (en sentido lato, como institución que brinda un servicio público, en nuestro caso el servicio de justicia), en que los cargos y las funciones de esta sean asumidos por las personas más idóneas cumpliendo con los requisitos legales previamente establecidos. Admitir el apoderamiento de funciones públicas por particulares sin seguir las formas establecidas en la ley, con la anuencia de las mismas autoridades encargadas de velar el cumplimiento de dichas normas, es dar paso a la arbitrariedad y la inseguridad jurídica.

La responsabilidad en el ámbito administrativo para quienes den posesión del cargo están contempladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Aquí también se debería concretar este supuesto de "dar posesión del cargo" como infracción funcional específica y su correspondiente sanción. La responsabilidad en el ámbito civil está normada por la regla general contenida en el artículo 1969 del Código Civil. A diferencia de los ámbitos penal y administrativos creemos que no es necesaria aquí la consagración específica del acto generador del daño, puesto que en la responsabilidad civil lo importante es la constatación de la producción del hecho y su vínculo de causalidad adecuada en el accionar del presunto responsable, sin importar la medida del hecho sino la medida del daño a resarcir.

También es importante, de ser el caso de que la autoridad ilegítima haya ejercido efectivamente función jurisdiccional, establecer cuál es el régimen que seguirá los actos por él realizados. En definitiva, por un criterio de seguridad jurídica, los actos consumados, vale decir por ejemplo, las resoluciones finales o sentencias, deberán seguir surtiendo sus mismos efectos convalidando su validez, salvo que se demuestre la concurrencia de dolo entre el supuesto funcionario y el beneficiado con sus resoluciones. Los actos no consumados, por ejemplo, los autos en procesos judiciales todavía no fenecidos pueden ser anulados por la autoridad legítima que se avoque a su conocimiento, quedando abierta la vía civil para reclamar indemnización por los daños ocasionados.

Se tratan en realidad de supuestos poco probables habida cuenta el carácter disuasivo que tiene nuestra norma constitucional y penal invocadas.

DOCTRINA

BERNALES, Enrique (con la colaboración de Alberto Otárola). La Constitución de 1993: análisis comparado. Ciedla, Lima, 1996; FERRAJOLI, Luigi. Democracia y jurisdicción. En: "Jueces para la democracia" N° 29, Madrid 1987; LÓPEZ GUERRA, Luis. La legitimación democrática del juez. En: "El Poder Judicial en el Estado Constitucional". Palestra, Lima, 2001; PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons, Madrid 2000; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución de 1993. Tomo 4. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

Artículo 139

Análisis y crítica de las resoluciones judiciales

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2, inc 4), 33,103,174 Y 204;

C.P.: arto 316;

C.P.C.: arto 19 D.F.;

L.O.P.J.: arto 10;

C.A.D.H.: arts. 11.2, 14;

D.U.D.H.: arto 12;

P.I.D.C.P.: arts. 17,19.3

Federico Mesinas Montero

Juan Manuel Sosa Sacio

1. Análisis y crítica de resoluciones judiciales como manifestaciones de la libertad de creación intelectual, de la libertad de expresión y del debido proceso

Consideramos que existen tres ámbitos del análisis y la crítica de resoluciones que merecen diferenciarse: uno referido a su manifestación como libertad de creación intelectual, otro que se refiere al ejercicio de la libertad de expresión, y uno último como parte integrante del derecho al debido proceso. No se trataría de un derecho específico y autónomo; es más, su declaración puntual redundante y hasta peca de innecesaria, y su utilidad es de mero énfasis frente a excesos que pretendan restringir el estudio o la oposición a la jurisprudencia.

1.1. Como manifestación de la libertad de creación intelectual

Con 10 dicho, nos encontraríamos ante una manifestación de la libertad de creación intelectual⁷⁷⁷, a través de la cual se reconoce la facultad de toda persona para escrutar, estudiar y aplicar sus conocimientos, obteniendo un producto determinado.

En tal sentido, es innegable que a través del análisis de las resoluciones y sentencias las personas imprimen sus conocimientos y ciencia para elaborar obras, como son -por ejemplo- los comentarios de jurisprudencia, los libros, las tesis y los artículos en los cuales se citen o critiquen jurisprudencia.

Dicho trabajo creativo, como correlato de su naturaleza iusfundamental, no puede ser limitado u hostilizado a través de actos irrazonables o desproporcionados.

⁷⁷⁷ Ver al respecto, MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Exégesis tk1 Código Procesal Constitucional Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 273; Y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución tk 1993. Anó/iris comparado. Ciedla - Konrad Adenuaer, Lima, 1996, p. 135.

Aparecen, de esta forma, como obstrucciones inconstitucionales las restricciones para acceder a información judicial de carácter pública que tiendan a evitar el estudio o la crítica; la prohibición de interpretar aplicando determinada teoría; la descalificación insana de algunas tesis doctrinarias; la coacción para que el análisis se realice en determinado sentido; la sanción o intimidación mediante diferentes medios, incluso jurídicos, de los comentarios técnicos o estudios de las resoluciones judiciales, etc.

1.2. Como manifestación de la libertad de expresión

Por otra parte, en el supuesto de que la crítica se manifieste como emisión de una opinión, nos encontraríamos con el ejercicio de la libertad de expresión⁷⁷⁸. De esta forma, los comentarios sobre resoluciones o sentencias pueden tener no solo un contenido técnico o académico, sino además meras opiniones que califiquen una jurisprudencia analizada.

De la misma forma en que la libertad de expresión no admite censura previa, las publicaciones que contengan análisis y críticas de resoluciones judiciales no pueden ser impedidas de circular⁷⁷⁹. En igual sentido, tampoco cabría una "censura indirecta", es decir, limitaciones que busquen recortar el ejercicio de la libertad de expresión, ya no impidiendo la circulación del mensaje, sino restringiendo el acceso a insumos o requerimientos que hacen posible elaborar y difundir el análisis o la crítica jurisprudencial. Asimismo, consideramos que la "autocensura", esto es, el silencio por temor a represalias previsibles (sin que haya mediado amenaza o violencia directa), también podría configurar una manifestación contraria a la libertad de expresión en su forma de análisis y crítica de las resoluciones judiciales.

Esto último, téngase en cuenta, no es diferente para el caso de críticas a otros organismos del Estado. Efectivamente, opiniones contrarias a la actuación del aparato estatal podrían desencadenar represalias contrarias a la libertad de expresión, con la finalidad de acallar las voces críticas o discrepantes con el régimen o los poderes públicos. La censura a las críticas contra la judicatura, visto así, no habrían de provenir exclusivamente del Poder Judicial.

En estos casos, inclusive, podríamos estar ante un ejercicio de la libertad de expresión que merece protección calificada, en otras palabras, ante una libertad preferida⁷⁸⁰, ya que constituye una garantía de funcionamiento del

⁷⁷⁸ STC Exp. N° 090S-2001-AA/TC, f. j. 9. Además, MARCIANI BURGOS, Betzabe. El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes. Palestra Editores, Lima, 2004, p. 107; MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Derechos de la persona. Dogmática constitucional. Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2004, p. 171; EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Estudios constitucionales. Ara Editores, Lima, 2002, pp. 121 - 123.

⁷⁷⁹ Salvo que medie, excepcionalmente, un mandato judicial que salvaguarde otros derechos fundamentales; esta posición la compartimos con EGUIGUREN PRAELI, Francisco. La libertad de expresión e información y el derecho a la integridad personal. Su desarrollo actual y conflictos. Palestra Editores, Lima, 2004, p. 137

⁷⁸⁰ Al respecto, véanse las STC Exp. N° 1048-2001-AA/TC, STC Exp. N° 0905-2001-AA/TC, STC Exp. N° 1797-2002-HD/TC, STC Exp. N° 1219-2003-HD/TC, STC Exp. N° 2579-2003-HD/Te.

sistema democrático que permite la formación de una opinión pública libre e informada.

Así, aunque no medien supuestos políticos o económicos, en el supuesto de que las máximas instancias jurisdiccionales del país ejerzan presión contra sus críticos invocando la protección de otros bienes contemplados en la Norma Fundamental, consideramos que en aras del fortalecimiento del sistema político podría ser de utilidad la aplicación de la teoría de las libertades preferidas. Desde luego, antes que la restricción, siempre será preferible el diálogo y la discrepancia democráticos.

1.3. Como manifestación del derecho al debido proceso

A nuestro parecer, la posibilidad de criticar y analizar resoluciones judiciales es también integrante de otro derecho mayor, denominado debido proceso. Si bien dentro de la enumeración habitual de los derechos integrantes del debido proceso no se reconoce a la crítica de las resoluciones judiciales, consideramos que se trata de un derecho básico, que permite una defensa adecuada en el proceso. De esta forma, si bien el derecho de defensa se encuentra íntimamente vinculado al derecho de contradicción (frente a la parte contraria), no puede negarse que también cabe oponerse a lo resuelto por el juez (casos típicos son aquellos en los que se alegan transgresiones al derecho a la adecuada motivación de las resoluciones judiciales).

Con lo afirmado, el derecho a analizar y criticar sentencias y resoluciones puede ejercerse también en el transcurso del proceso, por ejemplo, mediante la presentación de apelaciones, escritos diversos o durante los informes orales. Así, este derecho garantiza que exista tolerancia por parte de los jueces respecto a quienes se manifiestan en contra de lo decidido en una resolución judicial, sin que haya algún tipo de represalia.

En todo caso, la mencionada crítica no puede implicar insultos o infundios, porque tales actos implican un inadmisibles ejercicio abusivo del derecho. Asimismo, esta crítica no debería acarrear la desobediencia a la autoridad judicial, como veremos más adelante.

2. Dificultades y aporías de la crítica jurisprudencial

Como señalamos, el análisis y la crítica de resoluciones y sentencias pueden entenderse como manifestaciones de varios derechos fundamentales, sin embargo, tienen peculiaridades propias, debido a los particulares actores que intervienen en el ejercicio del derecho y por el objeto que es pasible de crítica y estudio. Encontramos, pues, algunas tensiones particulares que creemos necesario destacar.

2.1. Crítica desde el poder político e independencia judicial

Es evidente que determinadas críticas de resoluciones y sentencias, provenientes del poder político, tienen como objetivo principal amedrentar a los jueces. De esta forma, mediante la "crítica" los agentes públicos buscarían

ejercer presión al Poder Judicial, e incluso al Tribunal Constitucional para obtener un resultado favorable a los actos o a las políticas de gobierno.

Al respecto, existe una línea divisoria muy tenue entre lo que implica expresar criterios discrepantes por parte de algunos funcionarios, y las que son intromisiones indebidas a la actividad jurisdiccional. En muchos casos, tras la aparición de opiniones o críticas, el poder político ejerce presión a través de los medios de comunicación, con la finalidad de que los juzgadores varíen su línea jurisprudencial o decidan de acuerdo con sus intereses.

En este orden de ideas, la capacidad de criticar resoluciones judiciales deberá enmarcarse en los diversos bienes contenidos en la Norma Fundamental; en tal sentido, el ejercicio de la libertad de análisis y la crítica jurisprudencial por parte de otros poderes públicos tiene que hacerse en consonancia con la garantía institucional de la independencia del Poder Judicial⁷⁸¹.

Al respecto, casos complicados han sido: el llamado de los poderes públicos para que los procesados por corrupción sean prontamente castigados; la especial celeridad que demanda el Ejecutivo para que se resuelvan los casos pendientes entre el Estado peruano y algunas empresas norteamericanas, a propósito de una eventual firma del Tratado de Libre Comercio; las críticas devastadoras contra un juez arequipeño que admitió como medida cautelar el cese de los vuelos de Lan Perú; las expresiones del congresista Jorge Mufarech respecto a la jueza Saquicuray, etc.

2.2. Desobediencia a la autoridad

Mediante la crítica a las decisiones judiciales no cabría desobedecer mandatos ni llamar a la desobediencia. En efecto, no puede admitirse que en nombre de la "crítica" se dejen de cumplir mandatos judiciales, así por ejemplo, ante supuestas medidas antitécnicas o equivocadas. De esta forma, como consecuencia de la exteriorización de la crítica será posible oponerse a una decisión judicial, pero ello no significará dejar de acatar los mandatos de las instancias pertinentes. Así, todo Estado democrático y de derecho tiene distribuidas sus funciones, y corresponde a la función jurisdiccional la resolución de controversias⁷⁸² sin que se permita el desacato ni la justicia por propia mano.

Tampoco puede entenderse como ejercicio regular del análisis o crítica la expresión de opiniones que tengan por finalidad propiciar la desobediencia o la trasgresión de resoluciones judiciales. Es posible, en la medida que se desprende del ejercicio de la libertad de expresión en una sociedad abierta y plural, incluir en el debate "expresiones cáusticas, vehementes y a veces

⁷⁸¹ STC Exp. N.º 0004-2004-CC/TC, f. j. 33 Y 34; Y STC Exp. N.º 0023-2003/ AI, f. j. 5 Y 7.

⁷⁸² STC Exp. N.º 0023-2003/ AI, f. j. 11 Y 12

ataques severos desagradables"⁷⁸³; en todo caso, ello debería darse en el marco del ordenamiento jurídico.

Por todo ello, se excluye la desobediencia, peor acompañada de violencia contra autoridades o auxiliares jurisdiccionales⁷⁸⁴.

Así tenemos, como casos límite, las declaraciones de un presidente de región que señala que no acataría una futura sentencia referida a la formalización del cultivo de hoja de coca; el llamado de una alcaldesa distrital para desconocer (o interpretar mal) la sentencia que impide la circulación de vehículos de transporte en una circunscripción ajena; o las amenazas de un ex presidente prófugo acerca de que postulará a las próximas elecciones, a pesar del impedimento ratificado a nivel jurisdiccional.

2.3. ¿Quién custodia al custodio? La crítica en el seno de la Ad-

ministración de Justicia

Complicado asunto es el del ejercicio de la crítica al interior de las instituciones que administran justicia; más aún en caso de que la crítica provenga de instancias inferiores o de organismos diferentes. También resulta problemático que un órgano jurisdiccional sea capaz de criticar abiertamente, pero que no sea capaz de recibir -a su vez- cuestionamientos alturados en el curso de un proceso.

En torno a ello, refiriéndose a la crítica de juez respecto de su instancia superior, el Alto Tribunal ha considerado que sobre los jueces re caen algunos deberes y responsabilidades que los distinguen de cualquier ciudadano, en torno a los cuales podrían justificarse las limitaciones de algunos derechos, atendiendo a que tales cargos implicarían el cumplimiento y la protección de bienes constitucionales, así como la correcta administración de justicia. Tal es el caso de la libertad de expresión.

Con ello, el máximo intérprete de la constitucionalidad ha considerado que es posible "admitir restricciones a este derecho en el caso de los jueces cuando con ellas se resguarde la confianza ciudadana .en la autoridad y se garantice la imparcialidad del Poder Judicial"⁷⁸⁵.

De esta forma, el Tribunal ha previsto la existencia de estándares mínimos que demuestren ante la ciudadanía la imparcialidad e independencia en la labor judicial. Se trata de la neutralidad y la prudencia, exigencias que adquieren una mayor relevancia cuando los casos generan mayor "expectativa pública". Así sucedería, a decir del Colegiado Constitucional con los procesos por corrupción de la década pasada, siendo que el juez "no solo debe actuar con imparcialidad, neutralidad, mesura y prudencia, sino que debe cuidarse de dar

⁷⁸³ Como refiere Miguel Carbonel¹, explicando la ponencia del justice Brennan, en la sentencia del conocido caso New York Times vs. Sullivan. Vide CARBONEU., Miguel. Los derechos fundamentales en México. UNAM - Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, p. 42.

⁷⁸⁴ Artículos 365, 366 Y 368 del Código Penal

⁷⁸⁵ STC Exp. N° 2465-2004-AA/TC, f. j. 17

una imagen de credibilidad frente a la opinión pública"⁷⁸⁶. Con ello, el Tribunal ha determinado que desborda al ejercicio de libertad de expresión aquella opinión de un juez sobre el contenido (condenatorio) de una sentencia que se encontraba pendiente de emitir en la Sala Superior.

A pesar de las recomendaciones de neutralidad y prudencia, en no pocas ocasiones el Tribunal ha calificado las decisiones de diversas instancias, e inclusive ha llegado a denominar a su propia institución como "seudotribunal", en referencia al periodo en que se encontraba integrado solo por cuatro miembros (tras la destitución de los otros tres)⁷⁸⁷.

Por el contrario, y pese a ser el máximo garante de los derechos fundamentales, en muchas ocasiones no ha sido permisivo con las críticas dirigidas hacia él; en tal sentido, ha sancionado diversos cuestionamientos al interior de los procesos constitucionales, que si bien pueden ser falsos, no pueden ser castigados, en salvaguarda esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva⁷⁸⁸. Ello, por no hacer referencia a algunas resoluciones pahnariamente criticables del mismo Colegiado; las cuales, por decir lo menos, podemos calificar de "grotescas e irreverentes"⁷⁸⁹.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Ciedla - Konrad Adenuaer, Lima, 1996; CARBONELL, Miguel. Los derechos fundamentales en México. UNAM - Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004; EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Estudios constitucionales.

Ara Editores, Lima, 2002; EGUIGUREN PRAELI, Francisco. La libertad de expresión e información y el derecho a la integridad personal. Su desarrollo actual y conflictos. Palestra Editores, Lima, 2004; MARCIANI BURGOS, Betzabé. El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes. Palestra Editores. Lima, 2004; MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica, Lima, 2005; MESÍA

⁷⁸⁶ STC cit., f. j. 22

⁷⁸⁷ STC Exp. W 0656-2002-AA/TC, f. j. 2

⁷⁸⁸ Vid la STC Exp. N° 2952-2002-AA/TC, f. j. 4 Y 5, en la que el Tribunal Constitucional sanciona las críticas a su actuación: "Que, además, importa dejar constancia de que la recurrente ha agraviado a este Colegiado afirmando en su escrito que, "[...] el Tribunal Constitucional ha omitido intencionalmente tal situación, [...] beneficiando al Consejo Nacional de la Magistratura, [...] poniendo así en evidencia su parcialidad, e incurriendo en irregularidades procesales, pues me notificó la sentencia más de once meses después de ingresado el expediente, [...] habiendo hecho tabla rasa del principio de celeridad".

"(...) Que este Tribunal estima que las frases ofensivas y vejatorias citadas en el considerando precedente no resultan acordes con una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad jurisdiccional, situación que justifica la imposición de la sanción de multa equivalente a una (01) Unidad de Referencia Procesal (URP) vigente a la fecha en que se haga efectivo el pago, la cual deberá ser abonada por la recurrente de conformidad con el inciso 1) del artículo 52°, el inciso 1) del artículo 53°, y el artículo 421 ° del Código Procesal Civil, aplicables en forma supletoria por disposición del artículo 63° de la Ley N.o 26435".

⁷⁸⁹ Caso paradigmático es de la STC Exp. N° 2620-2003-HC/TC, en la cual el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el hábeas corpus interpuesto a favor de juna ratal

RAMÍREZ, Carlos. Derechos de la persona. Dogmática constitucional. Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2004.

Derechos de reclusos y sentenciados

Artículo 139

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 21. El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 1,2 incs. 24)f, 24)g, 33 Y 174;

C.N.A.: arto 187;

L.O.M.P.: arto 95 inc. 8);

C.E.p.: arto 3;

C.A.D.H.: arto 5;

P.I.D.e.p.: arto 10 incs. 1) ,2) Y 3)

Fernando Velezmoro Pinto

1. Introducción

El artículo 139, inciso 21, repite en buena cuenta lo estipulado por el artículo 233, inciso 19 de la Constitución de 1979, que establecía como garantía de la administración de justicia: "el derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos sanos y convenientes". La redacción actual parece ser la más apropiada en el entendido de que la función jurisdiccional, y no la "administración" de justicia se extiende en tres etapas sucesivas: el de la tutela jurisdiccional o derecho de acceso a los tribunales, el debido proceso o desarrollo del mismo acorde a una serie de garantías específica, y la etapa de la ejecución de la decisión jurisdiccional.

Mas allá de la diversa redacción entre ambas, conviene poner de relieve el hecho de que dicha norma en la actual Constitución constituye un referente sobre el cual se ha de desenvolver la relación entre recluso⁷⁹⁰ y administración penitenciaria. Otro de los referentes están expresados en el artículo 2, inciso 24, literales g) y h), referidos a las condiciones de detención y a la prohibición de torturas y tratos inhumanos y degradantes, sin hacer expresa referencia a la situación de los distintos derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

⁷⁹⁰ Adoptamos aquí la acepción más general de "recluso" recogida en el Diccionario de la Lengua Española: "dicho de una persona: encarcelada" (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo segunda edición, 2001, p. 1914) pudiendo ser de manera arbitraria o legítima y, dentro de esta última, preventiva o permanente de acuerdo con la existencia o no de sentencia condenatoria

En efecto, salvo la genérica enunciación del principio de resocialización⁷⁹¹ estipulado en el inciso 22 del mismo artículo 139, se omite toda referencia en la Carta peruana a la situación de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad. Dicha omisión, lejos de suponer la incolumidad de aquellos derechos distintos a la libertad frente al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, ha significado la adopción, no solo en el Perú, de posiciones restrictivas de derechos fundamentales en el marco de la relación recluso-administración penitenciaria. En buena cuenta, como tradición histórica ha quedado asentada una doctrina que concibe como distinta de la común, a cierto tipo de relaciones que se establecen entre una clase de sujetos frente a la Administración Pública, caracterizada por el sometimiento de dichos sujetos al poder que sobre ellos ejerce la autoridad, limitando, y en algunos casos negando, el ejercicio de algunos de sus derechos fundamentales. Nos estamos refiriendo a la doctrina de las relaciones especiales de sujeción o de sujeción especial.

2. Las relaciones de sujeción especial (RSE) y los derechos fundamentales

Las RSE están caracterizadas por la dependencia que algunos colectivos de ciudadanos (funcionarios públicos, reclusos, etc.) tienen respecto al Estado, sobre la base de ciertos objetivos de interés público que este tiene que cumplir. Dicha dependencia o sometimiento a la autoridad estatal es particularmente gravosa respecto de la que se ejerce sobre el común de los ciudadanos, es decir, que se encuentran en una especial situación jurídica pasiva de desventaja frente al Estado y, en particular, frente a la Administración Pública.

Tales limitaciones o restricciones se justifican en el hecho de que persiguen la consecución de fines públicos y, por lo mismo, dichos fines son la medida de la restricción. En otras palabras, como lo ha dicho nuestro Tribunal Constitucional(3) "los alcances de esta limitación debe entenderse correctamente referidos a esos intereses públicos cuya efectividad se persigue asegurar la limitación de derechos constitucionales".

En definitiva, lo que parece consagrar nuestro Alto Tribunal con dicho pronunciamiento es la necesidad de someter las medidas limitativas a un juicio de proporcionalidad para que sean consideradas como legítimas.

(2)

(3) STC N° 0886-2000-AA/TC. Tal pronunciamiento se realiza en un proceso de amparo en la que se ha limitado los derechos de expresión de un funcionario público basado en la normativa infraconstitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que la doctrina de las RSE surgió en la Alemania decimonónica para justificar la existencia de zonas del ordenamiento

⁷⁹¹ Artículo 139: Son principios y derechos de la función jurisdiccional: Inciso 22: "El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad". Esta norma se entiende desde dos perspectivas: primero, desde la consideración del recluso como un sujeto que por violar las normas elementales de la sociedad protegidas penalmente es un ser antisocial, y segundo de que dicha "re socialización" se consigue desde su confinación en establecimientos aislados de la sociedad.

en las que ni los derechos fundamentales, ni el principio de reserva de ley tenían vigencia. En efecto, se concebía que el Estado se desenvolvía en dos ámbitos: el externo, el de las relaciones con los ciudadanos, y el interno, es decir al interior de la misma de Administración Pública⁷⁹². No se olvide que tal construcción dogmática surge en el marco de la lucha de la monarquía constitucional con el principio democrático representado por el Parlamento y que tiene su expresión en la ley. Así, la monarquía defenderá que en el ámbito interno de su administración sean sus propias normas las que rijan, y que aquellos instrumentos que regulan la relación entre Estado y ciudadanos, como son las libertades públicas expresadas en la Constitución y la Ley no tienen cabida.

Existen ciertas categorías de sujetos sobre los que recaerá el poder de la administración de manera diversa al común de los ciudadanos.

En la actualidad se discute sobre la vigencia de las Relaciones de Sujeción Especial, aunque todos sin excepción admiten que tal teoría ha quedado relativizada, pero no por ello inexistente, con posterioridad al reconocimiento de la vigencia en todos los ámbitos del Estado de los derechos fundamentales de la persona, lo cual es un lugar común en el constitucionalismo contemporáneo. Sin embargo, pese a este reconocimiento, también es aceptado que el ejercicio de cualquier derecho fundamental está sometido a límites, sean estos derivados de la propia norma constitucional o del contenido mismo del derecho que no permite ejercicios ilegítimos que contraríen los valores comunes que el sistema constitucional consagra. Tales características son expresadas, a título de ejemplo en el artículo 34 (limitaciones de derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales), o en artículo 2, inciso 3 (ejercicio de la confesión religiosa que no altere el orden público), de la Constitución peruana.

El Tribunal Constitucional peruano ha aceptado que ciertos derechos fundamentales de las personas se encuentran limitados al encontrarse al interior de un colectivo que persigue fines públicos especialmente relevantes. Tal es el caso del servidor público que no puede expresarse libremente en tanto deba comunicar previamente tal deseo al funcionario de jerarquía superior. Ahora bien, dicha limitación se puede producir en el ámbito de la ley, es decir, en norma inferior a la Constitución.

Sin embargo, tales limitaciones deberán perseguir siempre fines públicos, los mismos que constituyen el parámetro de su legitimidad. Así ha dicho nuestro Tribunal Constitucional⁷⁹³: "naturalmente, tal restricción [del derecho fundamental] no puede entenderse de que el referido servidor público no pueda ejercer sin más dichas libertades [de expresión e información], pues ello supondría vaciarlas de contenido. En la medida de que los límites especiales derivados de una relación de sujeción especial tiene el propósito de garantizar la efectividad de los intereses públicos a lo que sirve una dependencia pública, los alcances de esta limitación debe entenderse correctamente referidos a esos intereses públicos cuya efectividad se persigue asegurar con la limitación de

⁷⁹² Un detallado repaso sobre la evolución del concepto se encuentra en GARCÍA MACHO, Ricardo.

En torno a las garantías de /os derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de sujeción especial. En: "Revista Española de Derecho Administrativo", N° 64, oct-die. 1989, pp. 521 Y ss.

⁷⁹³ Sentencia recaída en el Exp. N° 0886-2000-AA/TC

los derechos constitucionales". Con lo antedicho, el Tribunal asume que, al igual que en ámbitos más generales, las restricciones impuestas por ley derivadas de una relación especial de sujeción, deberán ser examinadas bajo la técnica de la ponderación⁷⁹⁴.

3. Derechos fundamentales y ámbito penitenciario

Si en el ámbito de la administración pública, según nuestro Tribunal, es legítimo imponer límites derivados de los interés públicos, poniendo especial cuidado en la ponderación de los intereses que, de un lado, suponen los derechos constitucionales y, del otro, los bienes públicos, optando por preferir para el caso concreto a uno de ellos, en el ámbito penitenciario la cuestión parece ser más compleja.

Ha expresado el Colegiado Constitucional que respecto de las personas privadas de su libertad sea a nivel penitenciario o por cualquier otra razón que suponga internamiento, si bien suponen una relación especial de sujeción⁷⁹⁵, se deben evaluar si la misma se desenvuelve o no con violación de derechos fundamentales. Dicho de otro modo, admitida como legítima la restricción a la libertad, se debe de velar por la efectividad de los principios constitucionales y demás derechos fundamentales puestos especialmente en peligro en el marco de las condiciones sobre las que esta reclusión o internamiento se desarrolla⁷⁹⁶. En efecto, afirma que "la privación de la libertad no implica, en absoluto, la suspensión o restricción de otros derechos"⁷⁹⁷.

Sin embargo, tal aserto que pareciera ser categórico importa cierta matización al admitir que "cualquier restricción de algún derecho constitucional o de cualquier esfera subjetiva del interno, tendrá condicionada su validez constitucional a la observancia del principio de razonabilidad", siempre, eso sí, respetando el núcleo fundamental de la persona: su dignidad⁷⁹⁸.

La máxima de razonabilidad o de proporcionalidad puede ser entendida como la evaluación de la intervención estatal sobre los derechos de la persona basados en las siguientes reglas: a) debe ser idónea, es decir, la adecuación del medio utilizado al fin perseguido, b) ser necesario o indispensable entre las distintas formas de conseguir el fin perseguido, y c) proporcionado, en sentido estricto, es decir, el balance entre ventajas y desventajas entre la medida limitadora y el contenido esencial del derecho constitucional⁷⁹⁹.

⁷⁹⁴ Criterio inicialmente expresado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en BVerfGE 7, 377 Y 13,97 Y s., citados por GARCIA MACHO, Ricardo. Loc. cit. Pueden verse las críticas a la técnica de la ponderación como criterio de solución a conflictos entre bienes y derechos constitucionales o de derechos entre sí a: CIANCIARDO, Juan. El conjlictivismo en los derechos fundamentales. Eunsa 2000, pp. 116 Y ss., en especial, p. 119. Conforme a dicho autor, toda ponderación implica la postergación de algún derecho fundamental o principio constitucional, lo cual es contradictoria su propia naturaleza o "fundamentalidad".

⁷⁹⁵ Cfr. Exp. N° 0590-2001-HC/TC, fj. 3

⁷⁹⁶ Cfr. Exp. W 1429-2002-AA/TC f.j.2.

⁷⁹⁷ Ibidem f.j. N° 15.

⁷⁹⁸ Ibidem f.j. W 11

⁷⁹⁹ Cfr. CIANCIARDO, Juan. Ob. cito pp. 285 Y ss, en especial, p. 288.

Expuestas así las cosas, cabe afirmar que se admiten las restricciones de los derechos fundamentales en el marco de una relación de sujeción, como es la que se tiende entre el recluso y la administración penitenciaria. De otro lado, es admisible la restricción de ciertos derechos fundamentales, siempre y cuando esta limitación pase favorablemente el test de razonabilidad o proporcionalidad entre los fines perseguidos y el contenido esencial del derecho constitucional invocado. En tal sentido, son legítimas aquellas restricciones que aparezcan como razonables para la consecución, en el ámbito penitenciario, de fines propios del tratamiento penitenciario, tales como la seguridad del establecimiento penitenciario y las de los propios internos⁸⁰⁰.

4. El derecho de los reclusos a ocupar establecimientos "adecuados"

Los incisos 21 y 22 de nuestro artículo 139 parecen ser distintos pero complementarios, si se tiene en cuenta de que el primero de los nombrados hace referencia al ambiente físico en la que estarán confinados los reclusos y, el segundo, a los principios sobre los cuales se desenvolverá el tratamiento penitenciario. Tal separación es más aparente que real puesto que las condiciones físicas o ambientales de reclusión influyen sobre el tratamiento del interno y, de hecho, las etapas del tratamiento y su "progresividad" están acompañadas de diversos ambientes físicos. De cualquier manera un ambiente físico bien puede estimular o desincentivar la readaptación del recluso y puede importar su progreso o "regresividad" en el tratamiento.

Urge pues, establecer que se entiende por establecimientos "adecuados" en clave constitucional para que nos sirva como parámetro evaluador de la conducta estatal a este respecto. Así, una primera aproximación nos la puede dar el hecho de que a través de la infraestructura del penal o valiéndose de ella no se limite ilegítimamente, conforme con lo establecido líneas arriba, derechos fundamentales del recluso. Otro de los criterios que nos puede ayudar es el evaluar si el ambiente del recluso es adecuado para los fines que persigue el tratamiento penitenciario conforme con el inciso 22 del artículo 139: reeducación, readaptación y reincorporación del recluso a la sociedad. En tales parámetros se deberá evaluar la idoneidad de los ambientes de los reclusos

Sin embargo, lo expresado lejos de solucionar nuestro problema lo complica en la medida que supone, conforme lo dicho, comparar la realidad del recinto penitenciario con el ejercicio de cada uno de los derechos fundamentales que el recluso conserva y, del otro lado, definir previamente el significado de los conceptos que incluyen la resocialización.

La interpretación de los preceptos constitucionales, y en especial de los derechos fundamentales de acuerdo con los instrumentos internacionales

⁸⁰⁰ En un caso particular, el TC estima como legítima la filmación de las actividades de los internos para controlar la seguridad del penal siempre y cuando no se llegue al extremo de violar el contenido esencial de la privacidad de los reclusos. Así, en la sentencia de! Exp. N° 0935-2002-HCjTC: "En cuanto a la invasión de la privacidad de los internos beneficiarios mediante la filmación permanente de sus actividades rutinarias, la diligencia de inspección ha corroborado que si bien existen cámaras fumadoras en el recinto penal, estas se hallan apostadas en lugares estratégicos para controlar la seguridad del penal y la propia seguridad de los internos, y no en los lugares de alojamiento de los beneficiarios, como se alegaba".

ratificados por el Perú implica, consecuentemente, la interpretación de todo el ordenamiento jurídico interno conforme dichas normas, así como de las decisiones adoptadas por los tratados internacionales constituidos según los tratados de los que somos parte⁸⁰¹. En ese sentido, y para el caso que nos atañe, ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el parámetro válido son las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de la Organización de las Naciones Unidas⁸⁰². Aun cuando estas Reglas no constituyen un tratado o acuerdo vinculante suscrito por nuestro país, el solo hecho de haber sido reconocido por la Corte Interamericana como estándar aplicable en materia penitenciaria⁸⁰³ vincula de manera especial a quienes han suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre ellos al Perú.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU establecen:

Regla N° 9.1.- Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso.

Regla N° 10.- Los locales destinados a los reclusos y especialmente a aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación.

Regla N° 11.- En todo local donde los reclusos tengan que vivir o trabajar: a) Las ventanas tendrán que ser suficientemente grandes para que el recluso pueda leer y trabajar con luz natural; y deberán estar dispuestas de manera que pueda entrar aire fresco, haya o no ventilación artificial; b) La luz artificial tendrá que ser suficiente para que el recluso pueda leer y trabajar sin perjuicio de su vista.

Regla N° 13.- Las instalaciones de baño y de ducha deberán ser adecuadas para que cada recluso pueda y sea requerido a tomar un baño o ducha a una temperatura adaptada al clima y con la frecuencia que requiera la higiene general según la estación y la región geográfica, pero por lo menos una vez por semana en clima templado.

Regla N° 14.- Todos los locales frecuentados regularmente por los reclusos deberán ser mantenidos en debido estado y limpios.

⁸⁰¹ Cfr. la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 y el artículo V del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237).

⁸⁰² Aprobada por A/RES/43/173, 9 de diciembre de 1988.

⁸⁰³ Corte I.D.H., Caso de la Cárcel de Urso Branco, Medidas Provisionales. Resolución del 18 de junio de 2002, considerando octavo; y Resolución del 29 de agosto de 2002, considerando décimo, asimismo Corte I.D.H., Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, Sentencia del 21 de junio de 2002, párr. 217. Datos tomados del Informe Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación en la cárcel de Challapalca, departamento de Tacna, República del Perú. Washington, 2002

Asimismo, como habíamos mencionado líneas arriba, la infraestructura del penal debe permitir las finalidades del tratamiento penitenciario, esto quiere decir que deberá contar con los servicios de alimentación en condiciones de salubridad, asistencia médica y psicológica, tanto para revisiones de rutina como para traslados externos de emergencias, ambientes especiales para el desarrollo de actividades educativas y para el trabajo. Todos estos servicios deben estar implementados con los equipos necesarios para su normal funcionamiento, que a su vez implica que el número de reclusos no exceda a la capacidad del penal lo cual significa que no debe existir hacinamiento.

5. El caso especial de la cárcel de Challapalca

Como se sabe, Challapalca es un centro penitenciario de máxima seguridad ubicado en el departamento de Tacna, a una altura superior a los 4 000 metros sobre el nivel del mar. Las severas condiciones climáticas aunadas a su difícil acceso y lejanía motivaron que en setiembre del año 2001 se interpusiera un proceso de hábeas Corpus⁸⁰⁴ a favor de 34 reclusos alegando la violación de sus derechos a la integridad, a la salud, la prohibición de tratos crueles inhumanos y degradantes, a la defensa por la escasa comunicación con sus abogados, así como el derecho de ocupar con establecimientos penales adecuados, amparándose para ello en la Constitución peruana como en diversos instrumentos internacionales.

El Tribunal Constitucional conoce el caso y declara fundada en parte la demanda reconociendo que la lejanía del establecimiento penitenciario afecta el derecho de visita de los familiares ordenando para ello al Instituto Nacional Penitenciario facilitarles el transporte a dicho penal con una periodicidad anual. Asimismo, y en la medida de que el Estado es el garante de los derechos fundamentales de las personas reclusas, lo cual implica para el caso concreto "el traslado inmediato de los internos cuyo precario estado de salud, clínicamente comprobado, no permita que continúen en el centro penitenciario en el que se encuentran reclusos"⁸⁰⁵.

Sin embargo, lo más importante de esta sentencia está en lo expresado por el TC de que las severas condiciones climáticas a las que son expuestas los reclusos de este establecimiento no constituyen violación ni del derecho a la salud ni del principio de prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Para arribar a tal conclusión se vale de la doctrina sentada por la Corte Europea de Derechos Humanos al expresar que "el trato inhumano se presenta siempre que se ocasione en la persona sufrimientos de especial intensidad; y se estará ante un trato degradante si la ejecución de la pena y las formas que esta

⁸⁰⁴ La procedencia del hábeas corpus para cuestionar las condiciones de reclusión de las personas privadas de libertad ya había sido puesta de manifiesto por el TC en el Exp. N° 0590-2001-HC/TC al expresar que "se está ante la pretensión del denominado 'hábeas corpus correctivo', que procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallen reclusas" (f.j. N° 3). El TC en la sentencia del Exp. N° 14292002-HC/TC reconoció que se deben examinar las condiciones de reclusión de cara no solo a los derechos enunciados la sentencia antedicha sino que deberá tomarse en cuenta los principios constitucionales relacionados con la situación penitenciaria (f.j. N° 2).

⁸⁰⁵ Exp. W 1429-2002-HC/TC (f.j. W 15).

revista, traen consigo humillación o una sensación de envilecimiento de un nivel diferente y mayor al que ocasiona la sola imposición de una condena" para concluir que "la reclusión de los demandantes en el Establecimiento Penal de Challapalca no afecta el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos. En efecto, dicho establecimiento está ubicado a 4, 280 metros sobre el nivel del mar y, por lo tanto, está a menor altura que otros dos establecimientos penales ubicados en el Perú y de otros en la República de Bolivia. Respecto al Establecimiento Penal de Yanamayo, su nivel es solo 300 metros mayor. Las características climáticas son semejantes a zonas pobladas de muchos distritos andinos", por lo que solo parece afectar el derecho a la salud de aquellos reclusos "que no se adaptan a lugares ubicados en el Cordillera de los Andes" y consecuentemente con ello ordena el traslado de los internos en mal estado de salud⁸⁰⁶.

Es de resaltar que, no obstante el reconocimiento de parte del TC del rol garantista de los derechos humanos que tiene que asumir el Estado, considere que este solo se circunscriba al traslado de los reclusos que no logran adaptarse a la altura, cuando tal papel debe asumirse desde un rol preventivo, es decir de no permitir que la salud de los reclusos se ponga en riesgo por acción de la administración penitenciaria. Así, conociendo que la altura puede provocar estragos en la salud de los reclusos lo adecuado es que con anterioridad a su traslado sea evaluada su capacidad de resistencia a este tipo de condiciones climáticas, no hacerlo constituye evidentemente poner en riesgo su salud⁸⁰⁷. Por lo demás, el TC ha dicho en la misma sentencia que "el derecho a la salud se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado" lo cual, ciertamente parece contradictorio con su decisión final de ordenar el traslado únicamente de quienes se encuentren en "precario estado de salud", asignándole así al Estado un rol reparador; más aún si tenemos en cuenta la lejanía del penal respecto de cualquier centro hospitalario que influiría de manera determinante sobre la salud y la vida de los reclusos en caso de alguna urgencia médica.

El TC también afirma, de acuerdo con lo reseñado en párrafos precedentes, que las condiciones climatológicas del penal no constituyen tratos inhumanos y degradantes, sin tener en cuenta que los estragos sobre la salud que esta situación genera, aun cuando no revistan gravedad, constituyen un perjuicio

⁸⁰⁶ Cfr. la sentencia recaída en el Exp. N° 1429-2002-HC/TC (passim).

⁸⁰⁷ Como afirma la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "Con la altura se disminuye el oxígeno en el organismo, provocando el mal de montaña agudo o "soroche" que puede ser leve o grave. Adicionalmente al mal agudo de montaña se presenta el soroche crónico, mal de montaña crónico o enfermedad de monge que posee el siguiente cuadro sintomático: Esta enfermedad se caracteriza por la presencia de síntomas neuropsíquicos como la falta de concentración mental, dificultad para dormir bien, dolores de cabeza, zumbidos de oídos, fatiga, alteraciones del carácter y de la memoria y ciertas dificultades en el movimiento. También pueden presentarse problemas a otros niveles, como en los sistemas locomotor, circulatorio, digestivo y endocrino, que al verse comprometidos contribuyen a reducir sustancialmente el rendimiento físico y mental de la persona afectada". Y agrega: "A las personas que son trasladadas del nivel del mar a alturas superiores a los 4.500 metros se les debe practicar periódicamente pruebas de tolerancia a la altura (prueba de Richalet) y se debe evitar llevar allí a quienes sufran obesidad, asma bronquial, bronquitis crónica, etc". Informe Especial sobre el Penal de Challapalca. Disponible en la web de la Comisión Andina de Juristas (www.cajpe.org).

adicional a la pena⁸⁰⁸ en la medida de que es innecesaria a ella y tiene un fin más bien punitivo compatible con la definición de trato degradante que él mismo da en párrafos anteriores como "aquel que es susceptible de crear en las víctimas sentimientos de temor"⁸⁰⁹, toda vez que son trasladados a dicho penal los internos con mala conducta y problemas de readaptación. Concordante con esto, ha expresado la Defensoría del Pueblo que la situación de aislamiento imposibilita el cumplimiento de la finalidad resocializadora de la pena, buscando desde su creación sancionar a los internos provenientes de otros centros penitenciarios consideradas peligrosas sin tener en cuenta que la mayoría de ellos son naturales de la costa o de zonas de escasa altitud y por ende de difícil adaptación a la altura ya tan severas condiciones climáticas⁸¹⁰.

Razones como las aquí expuestas han determinado que tanto la Defensoría del Pueblo como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hayan formulado recomendaciones para el cierre definitivo del Penal de Challapalca, y tal parece la decisión más adecuada conforme con los principios de defensa de dignidad de la persona humana y de finalidad resocializadora de la pena, amén del rol garantista del Estado, salvo que se espere una lamentable sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el mismo sentido.

DOCTRINA

GARCÍA MACHO, Ricardo. En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de sujeción especial. En: "Revista Española de Derecho Administrativo", N° 64, oct-dic. 1989; CIANCIARDO, Juan. El conflictivismo en los derechos fundamentales. Eunsa 2000.

⁸⁰⁸ En palabras de la Comisión: "por el lugar en el que se encuentran ubicadas las instalaciones del Penal de Challapalca, la situación de aislamiento geográfico, la altura sobre el nivel del mar y las condiciones de vida que esto genera, se crea una situación de aflicción adicional a la pena de las personas que cumplen condena, extensivas a sus familiares y al personal del INPE. Que tales circunstancias ponen en riesgo la integridad personal y la salud de las personas que allí permanecen o van de visita y que restan reales posibilidades para el cumplimiento de las funciones de la pena, especialmente la resocialización y la reincorporación de los sentenciados a la sociedad, convirtiéndose en circunstancias crueles, inhumanas y degradantes, que se han diseñado para hacer de esta cárcel un emblema de castigo del sistema penitenciario para aquellas personas consideradas como problemas en otras cárceles del país".

⁸⁰⁹ Cfr. Exp. N° 1429-2002-HC/TC (fj. N° 6).

⁸¹⁰ Cfr. Defensoría del Pueblo. Informe Defensoría N° 073 sobre el Establecimiento Penitenciario de Régimen Cerrado Especial de Challapalca. Marzo 2003.

Reeducación, rehabilitación y reincorporación social del penado

Artículo 139

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

22.El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts.I, 2 inc. 24)f y 24)g;

C.P.; arts. 1, IX;

C.P.Ct.: arto 25.17;

C.N.A.: arto 191;

C.E.P.: arts. II y III; T.P., 76, 77, 92,123;

C.A.D.H.: arto 5;

D.U.D.H.: arto 5;

P.I.D.C.P.: arto 10 incs. 1) y 3);

C.I.C.C.: arto 11

Yvan Montoya Vivanco

1. Delimitaciones conceptuales y terminológicas

El constituyente de 1993 ha prescrito determinadas finalidades al régimen penitenciario, esto es, a la ejecución de una pena privativa de la libertad: reeducar, rehabilitar y reincorporar socialmente al penado. No parece lógico que tales términos hayan sido utilizados como sinónimos, por lo que resulta necesario delimitar el sentido de los mismos.

En primer lugar, la "re educación" alude al proceso de adquisición de actitudes al que es sometido un recluso para ser capaz de reaccionar durante la vida en libertad⁸¹¹. Como veremos en el punto siguiente, esta expresión entendida en su acepción correccionalista tradicional nos remite a aquellas concepciones sumamente criticadas del positivismo criminológico⁸¹².

En cambio la expresión "reincorporación social" nos remite al resultado fáctico de recuperación social de un condenado, originalmente considerado antisocial. Recuperación que implica la introducción en la sociedad de un condenado en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos⁸¹³.

La rehabilitación expresa más un resultado jurídico, esto es, un cambio en el estatus jurídico del ciudadano que obtiene su libertad. En ese sentido, por

⁸¹¹ ARÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. El valor constitucional del mandato de resocialización. En: "Revista Española de Derecho Constitucional" N° 63, septiembre/ diciembre 2001, p. 45.

⁸¹² FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Ed. Trotta. Madrid, pp. 264 Y ss.

⁸¹³ URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. Ob. cit., P. 45

rehabilitación se entiende la recuperación, por parte del ciudadano que ha cumplido su condena, de todos sus derechos en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos⁸¹⁴.

De lo descrito puede apreciarse que mientras la reeducación nos remite a un determinado medio para alcanzar un objetivo, la reincorporación social alude al resultado obtenido con aquel proceso.

Sin embargo, la Constitución no hace mención a un término usualmente utilizado en el discurso político criminal de los fines de la pena, sobre todo de los fines preventivo especiales. Nos referimos a la "resocialización". Asumiendo la tesis de Joaquín Urías, este concepto comprende tanto al proceso reeducativo como al resultado, la reincorporación social, sin que se descuide tampoco la comprensión jurídica de este resultado y que es determinada por la rehabilitación.

En adelante haremos uso de la expresión resocialización para indicar los procesos y los resultados que se contienen en el artículo 139, inciso 22 de la Constitución.

2. Antecedentes y crisis de la finalidad resocializadora de la pena

Los primeros antecedentes de la ideología preventivo especial⁸¹⁵, y en especial de la resocialización, los encontramos, según Ferrajoli, en las doctrinas pedagógicas de la enmienda formulada, en sus orígenes, por Platón. Según este filósofo griego, la pena, entendida como castigo, es concebida como una forma de medicina para la conducta desviada del hombre: "el castigo modera a los hombres, los hace más justos y viene a ser como la medicina de la maldad". Esta idea es perfeccionada por Tomas Moro quien, según el propio Ferrajoli, elabora utópicamente la primera concepción de la privación de la libertad personal como pena orientada a la reeducación.

Se parte de premisas que reconocen la libertad humana, sin embargo, la pena se concibe indeterminada y utilizable también como medida preventiva predelictual.

Una manifestación posterior de estas concepciones preventivo especiales o correccionalistas se encuentra en las conocidas tesis del positivismo criminológico y de la doctrina de la Defensa Social. De acuerdo con estas tesis, la defensa de la sociedad frente a la delincuencia debe efectuarse investigando las causas del delito, siguiendo para tal efecto el método de las ciencias naturales⁸¹⁶. Según esta concepción, la pena privativa de la libertad debe perseguir un doble fin, dependiendo de las características antropobiológicas del

⁸¹⁴ *Ibidem*, p. 45.

⁸¹⁵ Las teorías preventivo especiales de la pena son aquellas que entienden la pena como medio para evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, pero no sobre la base de la intimidación o integración general de los potenciales infractores de la norma penal sino sobre el propio individuo condenado

⁸¹⁶ Una síntesis sobre la tesis del positivismo criminológico y la escuela positiva italiana puede leerse en GARCÍA PABLOS, Antonio. *Derecho Penal. Introducción*. Universidad Complutense. Madrid, 1995, pp. 317 Y ss

sujeto condenado⁸¹⁷: curar al condenado considerado enfermo y/o neutralizarlo en razón de su peligrosidad.

Sin embargo, fue la escuela de Marburgo o corriente correccionalista pragmática encabezada por Franz von Liszt la que desarrolló flexiblemente, según el carácter corregible o no del condenado, las diversas funciones de la pena respecto de un individuo: corrección para los delincuentes que necesiten y sean capaces de ella, intimidación para los delincuentes que no necesiten corrección, y neutralización para los delincuentes no susceptibles de corrección⁸¹⁸.

Esta postura última es el antecedente más influyente de las tesis correccionalistas contemporáneas, esto es, de las tesis del movimiento de la "nueva defensa social".

Las tesis de este movimiento comparten las posturas diferenciadoras e individualizadoras del tratamiento elaborada por Liszt aunque con pretensiones humanistas⁸¹⁹ y las tesis reeducativas dirigidas a la autodeterminación responsable del condenado desarrolladas en la década de los años setenta y ochenta en Alemania⁸²⁰.

Sin embargo, a pesar del carácter humanitario que se le ha pretendido dar contemporáneamente a las tesis resocializadoras, éstas han sido objeto de fundadas críticas, las mismas que han obligado a rebajar sus pretensiones utópicas y plantear correcciones respecto de aquellos aspectos reñidos con la dignidad del condenado.

En efecto, tres son las grandes críticas que se han planteado contra las tesis resocializadoras. En primer lugar, desde una perspectiva normativa, se ha observado la incompatibilidad de las doctrinas reeducativas y resocializadoras, entendidas éstas como políticas que se imponen al condenado privado de libertad, con los postulados de una sociedad democrática y pluralista que concibe en su seno concepciones valorativas diversas incluso a aquellas incompatibles con la propia democracia. Como señala Ferrajoli:

"cualquier tratamiento penal dirigido a la alteración coactiva de la persona adulta con fines de recuperación o de integración social no lesiona solo la dignidad del sujeto tratado sino también uno de los principios fundamentales del Estado democrático de derecho que, como se verá, es el igual respeto a las diferencias y la tolerancia de cualquier subjetividad humana, aún la más perversa y enemiga"⁸²¹.

⁸¹⁷ Recuérdese en este punto los postulados de Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo, quienes explican las causas del delito incidiendo en determinados factores (antropobiológicos el primero y sociológicos el segundo) que predeterminan la conducta del hombre al delito.

⁸¹⁸ VON LISTZ, Franz. La idea del fin en el Derecho Penal.

⁸¹⁹ De acuerdo con GARCÍA PABLOS, Antonio. Ob. cit., p. 347, el movimiento de la nueva Defensa Social, en especial de su representante Marc Ancel, "contempla al delincuente como un miembro, más de la sociedad cuya conducta debe analizarse y comprenderse (. . .)". Por ello, continúa el autor "la vocación humanista de la Nueva Defensa Social reclama el tratamiento resocializador del delincuente, basado en una completa investigación biológica, psicológica y situacional del delincuente, científicamente dirigida".

⁸²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., P. 270.

En segundo lugar, desde una perspectiva empírica, es generalizada la opinión respecto de la ineficacia del tratamiento penitenciario para alcanzar el objetivo resocializador. Dicha ineficacia se ha pretendido sustentar a través de investigaciones empíricas, realizadas principalmente en ¡Países nórdicos, cuyos resultados demostrarían una experiencia negativa de la aplicación de terapias resocializadoras⁸²².

Finalmente, desde una perspectiva metodológica, se cuestiona el discurso resocializador en razón de lo contradictorio que supone resocializar o reeducar en un contexto de privación de la libertad. Y es que la libertad constituye el presupuesto y la condición para cualquier programa educativo o reeducativo, por lo que la represión resultaría incompatible con este tipo de programas. En esta línea sostiene Baratta que para el delincuente "la pena carcelaria (...) no representa en lo absoluto una oportunidad de reintegración en la sociedad". Por el contrario, señala el referido autor, "la cárcel impone condiciones negativas en relación con esta finalidad"⁸²³, esto es, la cárcel resulta un ámbito altamente criminógeno⁸²⁴.

Frente a estas críticas, los criminólogos y penalistas consideran que una reinterpretación del concepto de resocialización debe tomar en cuenta necesariamente tres consideraciones, a efectos de hacerla mínimamente compatible con nuestro modelo de Estado democrático de Derecho asentando sobre el valor de la dignidad de la persona. En primer término, debe considerarse que la resocialización del condenado debe lograrse no a través de la pena privativa de la libertad sino a pesar de ella⁸²⁵, es decir, la ejecución de la pena privativa de la libertad debe ser orientada a hacer menos gravosa la situación del condenado y a evitar su desocialización. En ese sentido, una nueva interpretación del contenido de la resocialización nos exige la implementación de estrategias e instituciones de descarceración⁸²⁶.

⁸²¹ Ibídem, p. 272. Recogiendo esta crítica, el Tribunal Constitucional ha señalado que "el carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad.

No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor puede no compartir" (párrafo 188). A pesar de esta opinión, la legislación penitenciaria vigente considera el trabajo penitenciario obligatorio (artículo 65 del Código de Ejecución penal y 104 de su Reglamento).

⁸²² GARCÍA PABLOS, Antonio. Ob. cit., p. 102. Como señala BARATT A, Alejandro.

Resocialización o control social Por un concepto crítico de reintegración social del condenado. Ponencia presentada en el Seminario de Criminología Crítica y Sistema Penal organizado por la Comisión Andina de Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, Lima, setiembre de 1990, p. 30, "las altas cuotas de reincidencia han invalidado ampliamente la hipótesis de resocialización del delincuente a través de la cárcel".

⁸²³ BARATIA, Alessandro. Ob. cit., p. 30. En semejante sentido MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan. Lzs consecuencias jurídicas del delito. Civitas. Madrid, 1996, p. 129.

⁸²⁴ Una descripción más actualizada de la crisis de la resocialización y de las razones de la subsistencia de su discurso lo encontramos en MAPELLI CAFFARENA, Borja. Tendencias modernas en la legislación penitenciaria. En: "Estudios penales. Libro Homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias". San Marcos. Lima, 2003.

⁸²⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja. Ob. cit., p. 129 Y BARATIA, Alejandro. Ob. cit., p.31.

⁸²⁶ BARATIA, Alejandro. Ob. cit., p. 31. De semejante idea FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. El tratamiento penitenciario resocializador. En: "Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del

En segundo lugar, la resocialización debe entender al condenado no como un objeto que pasivamente recibe instrucciones y adiestramientos sino como un sujeto de derechos (a excepción de la restricción de la libertad). En esa perspectiva, el tratamiento penitenciario debe ser concebido como un servicio puesto a disposición del condenado, mas no como la imposición de un sistema de valores al mismo⁸²⁷.

Finalmente, la resocialización, en concreto la reinserción social, debe pretender también corregir las condiciones de exclusión social de los grupos de donde proviene el condenado. Ello a efectos de que la situación pospenitenciaria no determine el regreso de aquel a una situación que podría ser criminógena⁸²⁸.

Teniendo en cuenta estas bases para la reformulación del contenido del mandato de resocialización, corresponde en el siguiente acápite ofrecer un nivel de concreción jurídica de este mandato constitucional.

3. El mandato de resocialización del artículo 139 inciso 22 de la Constitución: naturaleza, alcances y jurisprudencia constitucional

Un primer aspecto a tener en cuenta es que el fin resocializador de la pena no es el único que la Constitución considera. En efecto, existen otras finalidades no expresas, pero que se deducen del modelo de Estado reconocido por nuestra Constitución. Así, utilizando el razonamiento de Mir Puig, puede sostenerse que del reconocimiento del Estado como uno de carácter social y democrático (artículo 43 de la Constitución peruana) es posible deducir una finalidad preventivo general (intimidatorio o integrativa) de la pena. Ello queda más claro a partir del artículo de la Constitución que dispone el deber del Estado de proteger a la población de las amenazas a su seguridad (artículo 44 de la Constitución). Solo de esta manera es posible justificar la necesidad de imponer y ejecutar una pena privativa de la libertad de un condenado aunque este no requiera ser resocializado.

Ahora bien, respecto de la naturaleza del mandato constitucional de resocialización cabe preguntarse si se trata de una norma programática que sirve de simple orientación político criminal al legislador, o de una norma que implica un mandato vinculante al legislador, o de un derecho fundamental de todo condenado a pena privativa de la libertad.

delito".

VII Congreso de Universitarios de Derecho Penal (Salamanca). Tecnos. Madrid, 1995.

⁸²⁷ BARATIA, Alejandro. Ob. cit., 31. Señala BERDUGO, Ignacio; FERRE, Juan Carlos y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. Manual de Derecho Penal Parte general. Ed. Praxis, Barcelona, 1994, pp. 67-68, que el tratamiento penitenciario debe garantizar que se mantenga la coexistencia de las diferentes formas de ser y de pensar que existen en la sociedad. En la misma idea también la sentencia del Tribunal Constitucional peruano de fecha 3 de enero de 2003 (párrafo 188).

⁸²⁸ Sobre el particular señala RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993.

Tomo V, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1999, p. 147, que "de nada vale formar a una persona para la paz o rehabilitarla, si luego no va a encontrar un sitio en la sociedad. Evidentemente sus sentimientos antisociales serán rápidamente recuperados".

La Constitución peruana literalmente reconoce en el mandato de resocialización un principio constitucional⁸²⁹. Este carácter determina, en primer lugar, un efecto vinculante con respecto al legislador penitenciario y a los poderes públicos. De acuerdo con este mandato, "la legislación penitenciaria general y su aplicación han de estar en consonancia con los objetivos que marca la Constitución"⁸³⁰, en nuestro caso con la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad.

De lo mencionado se deduce que el referido mandato se sitúa esencialmente en el ámbito de la ejecución de las penas privativas de la libertad y no en la fase de conminación punitiva expresada en la creación de la norma penal. El Estado y sus Poderes Legislativo y Ejecutivo deben dirigir su actuación a remover los obstáculos que impidan hacer efectivo el principio resocializador, al menos que impidan la reducción de los efectos desocializadores de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

En esta perspectiva, el Tribunal Constitucional peruano ha concretado dos alcances de este principio. En efecto, en su sentencia del 3 de enero de 2003, el Tribunal ha señalado que este principio comporta un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones de ejecución de las penas o al momento de establecer el quantum de la pena (párrafo 207).

Con relación al segundo aspecto, límite al quantum de la pena, el Tribunal Constitucional ha establecido que de "las exigencias de reeducación, rehabilitación, y reincorporación como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever un plazo para la culminación de la pena, de manera tal que permita al penado reincorporarse a la vida comunitaria"(párrafo 182). Es por ello que el Tribunal demanda la inclusión en la pena de cadena perpetua de un límite temporal (30 años) a partir del cual se abre la obligación de los operadores judiciales de revisar la sentencia condenatoria⁸³¹. Se confirma, entonces, que los efectos del mandato de resocialización se producen, esencialmente, en la fase de ejecución de las sentencias y no en la fase de creación de las penas.

Con respecto a las condiciones de ejecución de las penas, el Tribunal peruano no ha sido tan concluyente en deducir del dispositivo constitucional algún tipo de límite a la potestad configurativa del legislador penal. Así, en la mencionada sentencia del 3 de enero de 2003, el Tribunal ha manifestado que en virtud del artículo 139, inciso 22 de la Constitución el legislador tiene la posibilidad de autorizar la concesión de determinados beneficios penitenciarios, pero que "no se deriva de dicho dispositivo constitucional un mandato al legislador para que los prevea en la ley en cuya ausencia, negación u omisión este pueda incurrir

⁸²⁹ La redacción española a decir de MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan. Ob. cit., p. 126 "se ha cuidado para evitar que pudiera desprenderse del precepto algo más que una orientación programática y así lo ha entendido la jurisprudencia del TC".

⁸³⁰ ARIAS MARTÍNEZ, Joaquín. Ob. cit., p. 60.

⁸³¹ El Decreto Legislativo N° 921 del 18 de enero de 2003 regula el trámite de revisión de la cadena perpetua

en un vicio de inconstitucionalidad" (párrafo 209)⁸³². La jurisprudencia constitucional otorga, entonces, un margen de discreción absoluto al legislador penitenciario al momento de establecer o no beneficios penitenciarios a determinados tipos de condenados.

Desde nuestra perspectiva, que considera que los beneficios penitenciarios no solo son instituciones compatibles con el mandato de resocialización, sino que son instituciones intrínseca e inherentemente vinculadas a dicho proceso, esta permisión a la absoluta discreción legislativa en la configuración de tales beneficios nos induce a considerar que, para nuestro supremo interprete de la Constitución, los beneficios penitenciarios no son parte esencial de dicho principio. En este aspecto, nuestro Tribunal parece acercarse a la posición de la jurisprudencia constitucional española que niega el carácter de derecho fundamental a la finalidad reeducadora, rehabilitadora y reincorporadora del condenado a la sociedad⁸³³. Al parecer, nuestro Tribunal enfatiza más en el resultado (reinserción) que en el proceso (la re educación) de la resocialización. En efecto, si se pusiera un mayor énfasis en el proceso de la reeducación se facilitaría el entendimiento del mandato de resocialización como un derecho fundamental del condenado a acceder a los tratamientos y las instituciones penitenciarias previstas para favorecer su reincorporación a la sociedad⁸³⁴. Bajo esta última perspectiva, y sin perjuicio de la potestad del legislador de graduar los beneficios penitenciarios en función de la gravedad de los delitos, consideramos que debería considerarse inconstitucional no prever beneficio penitenciario alguno para los condenados a penas privativas de la libertad.

Pero la concepción del principio de resocialización como derecho fundamental nos permite deducir otras manifestaciones de garantía para los condenados a penas privativas de la libertad. .

Así, en primer lugar, se deduce un derecho a los beneficios penitenciarios ya establecidos por el legislador. La resocialización, entendida como derecho fundamental, requiere para su plena vigencia de un desarrollo legal. Se trata, entonces, de un derecho que básicamente se hace posible con el establecimiento de una ley que regule su ejercicio, pero cuya eficacia concreta excede a la misma. En ese sentido, una vez que el legislador ha graduado el tipo de beneficios penitenciarios que se adscriben a determinada clase de delitos, aquellos se incluyen como parte del derecho fundamental del condenado a la resocialización, esto es, como parte del derecho a acceder a los beneficios ya previstos en la ley. En ese sentido, no compartimos las consideraciones del Tribunal Constitucional al señalar que los beneficios

⁸³² Posición reiterada en la sentencia del Tribunal Constitucional del 23 de junio de 2003 (Exp. 1025/ 2003 HC).

⁸³³ Al respecto ver las resoluciones del Tribunal Constitucional español N°s. 486/1985 y 75/1998.

⁸³⁴ URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. Ob. cit., p. 49. Señala este autor que ha sido la jurisprudencia constitucional italiana la que ha desarrollado mejor el entendimiento del mandato de reeducación como un derecho fundamental del condenado a acceder a los mecanismos de reeducación. Es importante agregar que un entendimiento del proceso de resocialización como derecho constitucional se condice mejor con la nueva reformulación que pretendemos de este proceso en el sentido de su carácter voluntario y no impuesto

penitenciarios si bien constituyen derechos subjetivos expectaticios previstos en la ley, no supone que tengan naturaleza constitucional (STC del 30 de enero de 2004, párrafo 18).

Como señala Joaquín Urias, el principio de resocialización "no es un mero derecho a la legalidad sino un derecho a que las leyes penales se apliquen de acuerdo al objetivo que definen para ellas el artículo 25.2 CE⁸³⁵".

Un ejemplo concreto de aplicación de esta garantía puede encontrarse en aquellos casos en que un condenado viene ya inscrito en un proceso resocializador bajo el amparo de un determinado marco legal y posteriormente una nueva legislación recorta o restringe tal proceso (negando los beneficios ya adquiridos o dificultando el acceso a aquellos que está por acceder). En estos casos, el derecho a la resocialización prohíbe que la nueva legislación impida el acceso a determinados beneficios a aquellos que ya han alcanzado todas las condiciones para disfrutar de tales medidas⁸³⁶.

Pero este derecho fundamental no se limitaría a prohibir el impedimento de acceso a beneficios penitenciarios ya ganados, sino que también su alcance se extendería a prohibir el impedimento de acceso a beneficios por ganar o expectaticios. En efecto, el derecho fundamental a la resocialización es un derecho del condenado a la progresividad del tratamiento resocializador. A juicio de Joaquín Urías, la justicia constitucional italiana considera que "la reinserción social es un proceso progresivo en el que a medida que avanza la reeducación del individuo debe ir también avanzando en la escala de institutos de resocialización". Esta perspectiva nos permite dar un enfoque diferente a los casos en que se suceden leyes penitenciarias que niegan o restringen el acceso de beneficios penitenciarios previstos en leyes anteriores.

En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha enfocado el problema desde la perspectiva de la vigencia de las leyes penales en el tiempo. Así en su sentencia del 3 de enero de 2004 el Tribunal, con respecto a los criterios de aplicación de la Ley N° 27770 (legislación penitenciaria que agrava el acceso a los beneficios penitenciarios de los condenados por delitos contra la Administración Pública) señala que esta ley contiene disposiciones de carácter procesal (administrativo penitenciario) y que por lo tanto el criterio de su entrada en vigencia debe regirse por el principio *tempus regis actum*. De acuerdo con este principio, la ley mencionada entra en vigencia de forma inmediata y se aplica por lo tanto para todas aquellas solicitudes de beneficios penitenciarios que se presenten durante su vigencia, no resultando relevante que dicha disposición restrinja el acceso a determinados beneficios penitenciarios de condenados en proceso de resocialización.

Desde la perspectiva de la resocialización como derecho fundamental, el ciudadano condenado a pena privativa de la libertad "tiene derecho no solo a no perder un determinado beneficio adquirido, sino también a avanzar en el proceso de "curación" que es la reeducación"⁸³⁷. En consecuencia, no es que sea inconstitucional la nueva disposición que restringe el acceso a

⁸³⁵ En nuestro caso el artículo 139, inciso 22 de la Constitución peruana

⁸³⁶ URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. Ob. cit., p. 52.

⁸³⁷ *Ibidem*, p. 53.

determinados beneficios penitenciarios, sino que resulta inconstitucional que tal norma pretenda aplicarse a aquellos condenados que ya han comenzado un proceso de reinserción plasmado en la obtención gradual de los referidos beneficios. Ello evidentemente no impide que el juzgador considere excepcionalmente y en casos concretos que existen otros bienes constitucionales que impidan la concesión de determinados beneficios. Sin embargo, la excepcional negativa a conceder determinados beneficios, a pesar de cumplir con los requisitos formales para ello, debe encontrarse especialmente fundamentada por el operador judicial. Esta exigencia sería una manifestación adicional del derecho fundamental a la resocialización, además del derecho de todo ciudadano a la motivación escrita de las resoluciones judiciales (artículo 139, inciso 5)⁸³⁸.

Por último, otra de las manifestaciones del derecho a la resocialización la encontramos en la proscripción a tomar en cuenta los eventuales antecedentes penales del condenado cuando este se considere legalmente rehabilitado. Se trata de efectos pospenitenciarios de este derecho fundamental los cuales pretenden no solo remover los obstáculos que impiden una mejor reinserción del penado en la sociedad, sino también el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales sin discriminación cuando aquel se encuentre en libertad.

A partir de lo expresado puede observarse que queda aún una tarea pendiente por parte de los operadores jurídicos y jurisdiccionales en el desarrollo de las garantías del principio de resocialización, ello sin perjuicio de reconocer la necesidad de reinterpretar el contenido de dicho principio y los mecanismos para alcanzar sus objetivos, ahora menos pretenciosos.

DOCTRINA

BARATIA, Alejandro. Resocialización o control social. Por un concepto crítico de reintegración social del condenado. Ponencia presentada en el Seminario de Criminología Crítica y Sistema Penal organizado por la Comisión Andina de Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, Lima, setiembre de 1990; BERDUGO, Ignacio; FERRE, Juan Carlos y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. Manual de Derecho Penal. Parte general. Ed. Praxis, Barcelona, 1994; FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. El tratamiento penitenciario resocializador. En: "Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito". VII Congreso de Universitarismo de Derecho Penal (Salamanca). Tecnos, Madrid, 1995; FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Ed. Trotta, Madrid; GARCÍA P ABLOS, Antonio. Derecho Penal. Introducción. Universidad Complutense, Madrid, 1995; MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan. Las consecuencias jurídicas del delito. Civitas, Madrid, 1996; MAPELLI CAFFARENA, Borja. Tendencias modernas en la legislación penitenciaria. En: "Estudios penales. Libro Homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias". San Marcos, Lima, 2003; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo V, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1999; URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. El valor constitucional del mandato de resocialización.

⁸³⁸ Al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional del 9 de julio de 2002 (Expediente N° 14052002 HC/TC) declaró fundada una acción de hábeas corpus en razón de la deficiente fundamentación de la denegación de un beneficio penitenciario

En: "Revista Española de Derecho Constitucional" N° 63, septiembre/
diciembre 2001; VaN LISTZ, Franz. La idea del fin en el Derecho Penal.

Penas de muerte

Artículo 140

La pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 1), 38, 113 inc. 5), 114 inc. 2), 117, 141, 173;

C.P.: arts. VIII, 319 al 325;

C.J.M.: arts. 25, 59 inc. a), 79, 84, 259 inc. a), 614, 654, 663 al 669;

Ley 24710: arto 23 inc. 5);

C.A.D.H.: art. 4;

D.U.D.H.: arto 3;

P.I.D.C.P.: arts. 6.2 a 6.6

Carolina Loayza Tamayo (*)

(*) Agradezco a mi asistente del Curso de Derecho Internacional Humanitario, la abogada Viviana Cahuas, por su colaboración en la elaboración del presente comentario.

1. Introducción

La Constitución de 1993 introdujo múltiples cambios en algunos casos de redacción relacionados a la celebración de tratados⁸³⁹, política exterior, etc; y, en otros casos, afectó derechos fundamentales del ser humano, como el derecho a la vida, a las garantías judiciales⁸⁴⁰, etc., violando sus obligaciones internacionales en esta materia.

Uno de estos cambios se refirió a la pena de muerte, que la Constitución de 1979 limitaba su aplicación a la traición a la Patria en caso de guerra exterior. El artículo 140 de la Constitución de 1993 amplió las causales de aplicación de la pena de muerte a los delitos de terrorismo y traición a la Patria, en manifiesta contravención con las obligaciones internacionales asumidas por el Perú, específicamente del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la que nuestro país es Estado Parte.

La pena de muerte es una sanción que se ha aplicado desde tiempos muy remotos y continúa aplicándose en algunos países⁸⁴¹, aunque en los dos últimos siglos ha surgido con fuerza una corriente abolicionista, que tiene en el

⁸³⁹ Nos referimos principalmente al artículo 55 de la Constitución, que respecto al artículo 101 de la Constitución de 1979, suprime la jerarquía superior del tratado frente a ley en caso de conflicto.

Asimismo, al artículo 56, que convierte en regla general la celebración de los tratados sin la exigencia de la aprobación legislativa y como regla excepcional dicha aprobación en los casos establecidos taxativamente por la norma constitucional. Finalmente, nos referimos a la supresión de las normas contenidas en los artículos 105 y 106 de la Constitución de 1979, que consagraban la jerarquía constitucional a los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos, así como a la jerarquía superior de los tratados de integración.

⁸⁴⁰ La Constitución de 1993, al permitir el juzgamiento de personas civiles por la jurisdicción militar, los desvió de su juez natural.

Marqués de Beccaria a uno de sus más importantes precursores⁸⁴². Esta tendencia abolicionista se ha manifestado a través de la celebración de tratados que lo proscriben. En el Sistema Interamericano, el 8 de junio de 1990, durante el Vigésimo Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, se adoptó en la ciudad de Asunción (paraguay) el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, que a la fecha ha sido firmado y ratificado por Brasil, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela, a excepción de Chile⁸⁴³. En el seno de las Naciones Unidas, el 15 de diciembre de 1989, la Asamblea General aprobó el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, por 59 votos a favor, 26 en contra y 48 abstenciones⁸⁴⁴.

La tendencia abolicionista ha sido explicada por Fernando De Trazegnies⁸⁴⁵ en el horror a la muerte que siente el hombre moderno, al afirmar: "Todos somos abolicionistas. Aún los partidarios de la pena de muerte -salvo casos excepcionales- tienen la tendencia a pensar de esta manera: "La pena de muerte es indispensable para mantener la salud social. Pero que la apliquen otros. Yo solo quiero enterarme por

Si bien a la fecha no se ha logrado la abolición definitiva de la pena de muerte en todos los Estados, las normas internacionales -en materia de derechos humanos han establecido las siguientes condiciones para su aplicación⁸⁴⁶.

a. Solo podrá ser aplicada por "los delitos más graves", es decir, aquellos con consecuencias mortales o extremadamente graves,

⁸⁴¹ Según informe de Amnistía Internacional, en la actualidad 35 Estados han abolido la pena de muerte para todos los delitos; 18 países solo la mantienen para delitos excepcionales, como ciertos delitos en tiempo de conflicto armado. Otros 27 Estados y territorios no llevan a cabo ejecuciones.

⁸⁴² Es decir, aproximadamente 80 países -más del 40% del todos los del mundo- han abolido la pena de muerte o no la aplican en la práctica.

⁸⁴³ El Marqués de Beccaria a través de su obra *De los delitos y de las penas* (1764), coadyuvó a que las penas se humanizaran. Asimismo, a que la tortura, la mutilación, la castración y otras penas similares fueran abandonadas, y que la pena de muerte se aplicara cada vez menos frecuentemente hasta casi desaparecer.

⁸⁴⁴ El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte fue suscrito por Brasil el 7 de junio de 1994 y ratificado el 31 de julio de 1996. Chile lo suscribió el 10 de setiembre de 2001; Costa Rica lo firmó el 28 de octubre de 1991 y lo ratificó el 30 de marzo de 1998; Ecuador lo firmó el 27 de agosto de 1990 y lo ratificó el 5 de febrero de 1998; Nicaragua lo suscribió el 30 de agosto de 1990 y lo ratificó el 24 de marzo de 1999; Panamá lo firmó el 26 de noviembre de 1990 y ratificó el 27 de junio de 1991; Paraguay suscribió el 8 de junio de 1999 y ratificó el 31 de octubre de 2000; Uruguay suscribió el Protocolo el 2 de octubre de 1990 y ratificó el 8 de febrero de 1994; y Venezuela suscribió el 25 de setiembre de 1990 y ratificó el 24 de agosto de 1992. Fuente: Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Dicho instrumento requiere de 10 ratificaciones y/o adhesiones para su entrada en vigor, los que aún no se ha producido.

⁸⁴⁵ DE TRAZEGNIES, Fernando. Reflexiones sobre /o pena de muerte. En: "Debate". N° 22. Lima, setiembre de 1983, p. 55.

⁸⁴⁶ Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inter alio

b. Solo podrá ser aplicada observándose las debidas garantías judiciales; en consecuencia: i) la pena de muerte solo puede ser aplicada de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de comisión de los hechos materia de juzgamiento, nul/um crimen sine lege, nul/a poma sine lege; ii) se debe respetar el derecho de toda persona condenada a muerte a apelar ante un tribunal de jurisdicción superior; y, iii) solo puede ser aplicada en cumplimiento de sentencia definitiva de tribunal competente.

c. Se prohíbe aplicar la pena de muerte a menores de edad y a mujeres en estado de gravidez.

d. Se debe respetar el derecho de toda persona condenada a pena de muerte a solicitar el indulto o la conmutación de la pena.

e. No se extenderá su aplicación a los delitos por los cuales no se aplique actualmente⁸⁴⁷.

f. No se aplicará por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

g. No se aplicará a personas mayores de setenta años.

2. La pena de muerte en el Perú

El Perú se caracterizó durante el siglo XX por admitir en su sistema penal la aplicación de la pena de muerte; sin embargo, se puede distinguir dos momentos claramente opuestos. El primer momento se caracterizó por una tendencia hacia la ampliación de las causales de pena de muerte bajo el supuesto de la gravedad de la conducta delictiva y el peligro a la existencia misma del Estado, a partir de la Constitución de 1933 hasta fines de los años setenta; y un segundo momento con marcada tendencia abolicionista, a partir de la Constitución de 1979. Si bien en 1971 se redujo la aplicación de la pena de muerte a dos casos concretos: traición a la patria y rapto o sustracción de menor, poco después se volvió a ampliar sus causales. Es evidente que la situación política del país jugó un rol determinante.

La Constitución peruana de 1933, en su artículo 54, establecía la pena de muerte para los delitos de traición a la patria y de homicidio calificados, y para todos aquellos que señale la ley. El Decreto Ley N° 10976 de 25 de marzo de 1949, que modificó el Código Penal de 1924, estableció la pena de muerte para los delitos de homicidio del ascendiente, descendiente o cónyuge; al que mata por ferocidad, lucro o perfidia o con gran crueldad o con veneno, y asimismo, cuando se emplee un medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas;

para el que practique acto dirigido a someter a la República en su totalidad o en parte a la dominación extranjera o a hacer independiente a una parte de la misma; o al peruano que en el curso de una guerra, tome armas contra la

⁸⁴⁷ Teniendo en cuenta que la Convención Americana sobre Derechos Humanos que contiene tal disposición, el Perú estaría impedido de ampliar las causales de pena de muerte.

República, se aliste en el ejército enemigo o le prestara cualquier ayuda o socorro.

Las causales de aplicación de la pena de muerte fue ampliada mediante Ley N° 12346, que estableció la pena de muerte en caso de sustracción de menores para explotación o pedir rescate y con resultado de muerte. Para la sanción de esta pena se requería la unanimidad de votos. Asimismo, la Ley N° 15590 estableció la pena de muerte para el delito de traición a la patria y el Decreto Ley N° 17388⁸⁴⁸ extendió esta pena a los autores de delitos en determinadas condiciones de raptó, contra el honor y la libertad sexual de menores, y por asalto a mano armada.

La tendencia abolicionista se inicia con el Decreto Ley N° 18968 del 21 de setiembre de 1971. Dicha norma modificó los artículos 151 y 152 del Código Penal de 1924, estableciendo la pena de muerte solo en los casos de traición a la patria, raptó o sustracción de menor con provocación de muerte, excluyendo los demás casos contemplados en el Decreto Ley N° 15590, para los que se fijaba la privación de la libertad. Sin embargo, la reducción de causales para la aplicación de la pena de muerte fue temporal y por un lapso muy breve. Así, mediante Decreto Ley N° 19049 se amplió a quienes causaran la muerte de personas mediante explosivos o bombas, o le causaren heridas o daños graves; por Decreto Ley N° 19910 del 30 de enero de 1973 se estableció la pena de muerte para los que a sabiendas mataran por ferocidad o lucro, para facilitar u ocultar otro delito, con crueldad o por veneno o por fuego, explosivos u otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas. De igual modo, por Decreto Ley N° 20583 del 9 de abril de 1974 se estableció la pena de muerte para quienes hicieran sufrir el acto sexual o análogo a un menor de siete años de edad y mediante Decreto Ley N° 20878 del 3 de diciembre de 1974 se permitió la aplicación de dicha pena a los casos de atentados contra personas por fines políticos.

Es la Constitución peruana de 1979 la que marca un hito en la tendencia abolicionista en nuestro sistema penal, al consagrar que no hay pena de muerte, salvo en caso de guerra exterior. Su artículo 235 dispuso: "No hay pena de muerte sino por traición a la patria en caso de guerra exterior".

La norma constitucional citada, si bien aceptaba la pena de muerte, lo hacía de manera excepcional y restringida al delito de traición a la patria en caso de "guerra exterior"⁸⁴⁹, fundándose en la gravedad del delito que pone en peligro la vida misma de la nación. La Constitución de 1979, en relación al régimen legal anterior, redujo las causales de pena de muerte en el Perú.

En opinión de Enrique Chirinos Soto expresada en su obra La nueva Constitución al alcance de todos que comenta la Constitución de 1979⁸⁵⁰, la pena de muerte carece de legitimidad y de utilidad, porque "la vida como don de Dios, solo puede ser quitada por Dios", y porque "la experiencia ha demostrado que no disminuye la delincuencia". Tal como señala Chirinos Soto;

⁸⁴⁸ Enero de 1969

⁸⁴⁹ Entiéndase conflicto armado internacional que se verifica entre Estados.

⁸⁵⁰ Editorial Andina, Lima, 1980, p. 275.

la tendencia mayoritaria entre los constituyentes de 1978 se inclinó por el abolicionismo en materia de pena de muerte, con excepción del Partido Popular Cristiano-PPC y el FRENATRACA⁸⁵¹. Sin embargo, agrega Chitinos, no hubo inconveniente en acceder al "patriótico reclamo de Fernando León de Vivero, en orden de reservarla para el delito de traición a la Patria, cometido en guerra exterior"⁸⁵².

3. La pena de muerte en la Constitución de 1993

El 5 de abril de 1992, el presidente Alberto Fujimori "disolvió" el Congreso de la República del Perú e intervino el Poder Judicial, cesando a numerosos jueces y fiscales. Estos hechos fueron rechazados por los países miembros de la Organización de Estados Americanos por ser violatorios del sistema democrático de gobierno. Como salida política a esta situación, el presidente Fujimori, en la reunión convocada por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, que se celebró en mayo de 1992 en las Bahamas, asumió el compromiso del retorno a la democracia. Para ello, entre otras medidas, convocó a elecciones para elegir a los miembros del "Congreso Constituyente Democrático" (CCD), que tendría, además de la función propia del Poder Legislativo, la de redactar un nuevo texto constitucional para reemplazar la Constitución Política de 1979.

En el curso de sus actividades, el CCD recibió insistentes pedidos para ampliar las causales de la pena de muerte en el Perú en el caso de delitos de terrorismo y de traición a la Patria y otros delitos graves⁸⁵³. Una de las razones que se expuso para fundamentar este pedido fue que "hay que matar a todos los terroristas para acabar de una vez con tanta violencia"⁸⁵⁴. Resulta evidente que el hecho de haber venido sufriendo la insatiable demanda terrorista fue el origen de tan emotivo pedido o propuesta.

El artículo 140 de la Constitución peruana de 1993 vigente dispone que "la pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada".

La simple lectura de esta norma permite constatar que amplía las causales de aplicación de la pena de muerte, respecto de la Constitución de 1979, a los casos del delito traición a la Patria en caso de guerra, eliminándose la precisión de que se trate de "guerra exterior"⁸⁵⁵. Al eliminarse en la nueva Constitución el término "exterior", la pena de muerte podría ser aplicado a toda situación de

⁸⁵¹ Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos, liderado por Róger Cáceres.

⁸⁵² En aplicación de la norma constitucional, el artículo 79 del Código de Justicia Militar (Decreto Ley N° 23214), estableció la pena de muerte para los casos tipificados de traición a la Patria por guerra exterior. El citado artículo 79 mencionado no hace las salvedades a que se refieren el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíben la abolición de la pena de muerte a menores de edad, a mujeres gestantes, a personas mayores de 70 años, etc. Sin embargo, como quiera que estas normas internacionales forman parte del Derecho nacional, por ser tratados ratificados por la República, y en vigor, los tribunales militares deben observados en cualquier caso.

⁸⁵³ NO A LA PENA DE MUERTE. Podría ser uno de los tuyos. ¡NO MATARÁS! Coordinación de Pastoral de Dignidad Humana de Lima - Callao. Lima, mayo 1993, p. 3.

⁸⁵⁴ *Ibidem*

guerra, es decir de enfrentamiento armado -internacional o interno- y no solamente a la exterior.

Desde nuestro punto de vista, el término guerra que se emplea en el artículo 140 de la Constitución de 1993 refiere indebidamente a un hecho prohibido, no solo por la Carta de Naciones Unidas, sino también por el Derecho Internacional General (Consuetudinario)⁸⁵⁶. La terminología usada en la redacción del citado artículo no solo es anacrónica sino contraria al Derecho Internacional. En efecto, hasta el siglo XIX y aun hasta los primeros años del siglo xx, se admitía la guerra -enfrentamiento armado entre dos o más Estados-, como recurso de la política exterior de los Estados. Hoy, la guerra -el uso de la fuerza armada y aun la amenaza del uso de la fuerza armada-, está prohibida por el Derecho Internacional [artículo 2 (5) de la Carta de las NN. UU], Y su ejercicio constituye un crimen internacional (violación por un Estado de una obligación internacional esencial para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad internacional).

Tal como señala Eduardo Jiménez de Aréchaga: "Hace nada más que seis décadas el empleo de la fuerza por los Estados de guerra] era lícito: la fuerza armada era descrita como un recurso de última instancia que los Estados podían utilizar a su discreción como medio de solución de controversias o para alcanzar otros fines en apoyo de su diplomacia". Es recién a fines del siglo pasado que "los Estados empezaron a buscar nuevas formas de solución de controversias distintas a la guerra, y codificaron las llamadas leyes de la guerra -ius in bell- estableciendo límites a los medios y métodos de combate para mitigar los males de la guerra (Conferencias de la Haya de 1899 y 1907). Fue en el Pacto de la Liga de Naciones o Sociedad de Naciones (1919) que, por primera vez, se introdujo limitaciones al derecho de los Estados a recurrir a la guerra, produciéndose la primera condena a ella como recurso para la solución de controversias en el Pacto Briand Kellog (1928), en el cual los Estados renunciaron a la guerra como instrumento de política nacional en sus mutuas relaciones. Sin embargo, "como estos instrumentos solo prohibían el recurso de la guerra, se sostuvo en el periodo entre las dos guerras mundiales que las medidas coercitivas que no alcanzaran a configurar un estado de guerra, aun si asumieran grandes proporciones, eran lícitos siempre que los participantes declinaran la intención de instituir formalmente el estado de guerra entre ellos"⁸⁵⁷.

⁸⁵⁵ Entiéndase conflicto armado internacional en el contexto de un enfrentamiento armado entre Estados

⁸⁵⁶ ACOSTA ESTÉVEZ, José B. Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la Teoría de los Círculos Concéntricos. En: "Anuario de Derecho Internacional Público". XI, 1995. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. Pamplona, 1995, p. 15. El Tribunal de Nüremberg señaló que "la solemne renuncia a la guerra como instrumento de política nacional involucra necesariamente la proposición de que dicha guerra es ilícita en el Derecho Internacional; y que aquellos que planeen y hagan una guerra tal, con sus inevitables y terribles consecuencias, están cometiendo un delito al hacerlo": (cit. por KELSEN, Hans. Principios de Derecho Internacional Público. El Ateneo. Buenos Aires, 1965, p. 119, N° 28. Con este mismo criterio, la Carta de las NN.UU., al prohibir la amenaza y el uso de la fuerza -armada- en las relaciones entre sus Estados Miembro descarta el recurso a la guerra, y constituye el punto de partida de una nueva etapa del Derecho Internacional que tiene como premisa la solución pacífica de las controversias entre los Estados.

En la actualidad, todas las situaciones de violencia armada entre Estados⁸⁵⁸ o entre un Estado y Movimiento de Liberación Nacional, o entre las fuerzas de un Estado y fuerzas armadas disidentes, o un grupo levantado en armas, han sido calificadas por el Derecho Internacional Humanitario como conflictos armados.

Por ello es recomendable que nuestra Constitución sea modificada para utilizar la expresión de conflicto armado y eliminar el término de guerra, hoy prohibido y repudiado por el Derecho Internacional.

Si asimilamos el término guerra al de conflicto armado, tendremos que este puede ser internacional o interno. En consecuencia, el artículo 140 de la Constitución de 1993 estaría comprendiendo las situaciones tanto de conflictos armados internacionales como de conflictos armados internos para la aplicación de la pena de muerte, lo que supone ampliar la causal de pena de muerte a que se refería la Constitución de 1979, en contravención de sus obligaciones internacionales, como veremos más adelante.

Sin entrar a profundizar respecto al delito de terrorismo, debemos precisar que la conducta tipificada y sancionada penalmente por el Derecho peruano⁸⁵⁹, imponer la pena de muerte a quienes incurrir en esta figura delictiva, también supone una ampliación de las causales de pena de muerte respecto a la establecida en la Constitución de 1979.

Ante la ampliación de la pena de muerte en la Constitución de 1993, la respuesta internacional no se hizo esperar. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁶⁰, y formuló recomendaciones para la adecuación del artículo 140 de la Constitución peruana a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus Informes sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú de los años 1993 y siguientes.

Con el fin del gobierno de Alberto Fujimori, y la instalación del Gobierno de Transición Democrática presidida por Valentín Paniagua, encontramos algunos proyectos que buscan modificar dicha situación. El Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución del 5 de abril de 2002, diseñado por la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, elimina por completo la disposición contenida en el artículo 140. El artículo 1 del proyecto, que versa sobre los derechos de la persona, consagra en primer lugar el derecho a la vida, prohibiendo textualmente la pena de muerte. Dicha norma literalmente señala: "Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral psíquica y física y a su libre desarrollo.

El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (...). Se prohíbe la pena de muerte".

De igual manera, el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución de julio de 2002, dispone en el artículo 2, entre los derechos civiles de las personas, el

⁸⁵⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. El Derecho Internacional contemporáneo. Editorial Tecnos. Madrid, 1980, pp. 108 Y 109.

⁸⁵⁸ Cuatro Convenios de Ginebra de 1949. El Perú es Estado Parte

⁸⁵⁹ Véase Decreto Ley N° 25475 de 06/05/1992

⁸⁶⁰ Opinión Consultiva OC-14.

derecho a la vida, prohibiéndose la pena de muerte, sin ninguna excepción para su aplicación, señalándose que: "(...). Se prohíbe la pena de muerte".

La disposición contenida en el artículo 140 de nuestra Constitución no solo resulta contradictoria a las normas internacionales y a las disposiciones de tratados suscritos por nuestro país, como veremos más adelante, pues la misma es contraria e incompatible con su propio ordenamiento, debido a que el artículo 139, inciso 22 -irónicamente anterior al artículo que versa sobre la aplicación de la pena de muerte establece que el principio del régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Dado esto, no existiría posibilidad alguna de admitir la pena de muerte como sanción a ciertos delitos, pues esta misma norma establece que lo que se desea conseguir para aquellas personas que hayan cometido actos delictivos es su reinserción en la sociedad, pues a través de la eliminación física del delincuente, como pretende la pena de muerte, imposibilita de raíz su eventual reeducación. Por consiguiente, la aplicación de la pena de muerte conllevaría una total incompatibilidad con la política penitenciaria contemplada en nuestra Constitución.

4. La pena de muerte y las obligaciones internacionales del Perú

La pena de muerte es contraria a todo acto de humanidad y sobre todo, contraria a las disposiciones internacionales sobre la materia.

La Constitución de 1993 ha consagrado que los tratados celebrados por el Perú y en vigor forman parte del Derecho peruano(23); en tal sentido, cualquier estudio que se realice sobre la pena de muerte en el Perú debe contemplar ambos sistemas de normas: las internas, que tienen su origen en los órganos del Estado peruano, y las internacionales, específicamente los tratados respecto de los cuales nuestro país ha expresado su consentimiento en obligarse a través de la ratificación, adhesión o cualquier otra forma prevista en el tratado y se encuentren vigentes.

El derecho a la vida es un derecho fundamental de toda persona, y así ha sido reconocido y consagrado en instrumentos universales y regionales, ínter alía, en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la que el Perú es Estado Parte desde el 28 de julio de 1978. Dicha disposición establece:

"1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, esta solo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

(23) Véase artículo 55 de la Constitución de 1993. La Constitución peruana de 1979 consagró similar regla en el artículo 101.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente".

La citada norma, en su párrafo segundo, limita la capacidad de los Estados Parte para la aplicación de la pena de muerte, al establecer que no "(m) se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente".

El artículo 140 de la Constitución de 1993, al extender la pena de muerte a supuestos no contemplados en la legislación peruana precedente, contradice, de forma manifiesta, la norma internacional antes citada.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe Anual de 1993 sobre el Perú, señaló que la última parte del nuevo artículo constitucional que expresa que la pena de muerte se aplicará conforme con "los tratados de los que el Perú es parte obligada", es imposible de armonizar con lo que establece el artículo 4 de la Convención⁸⁶¹. Agregó que la ampliación de la causales de pena de muerte es "(...) aún más grave si se tiene en cuenta que numerosos casos de terrorismo y de traición a la patria se resuelven mediante juicios sumarísimos, y por esta razón existe la posibilidad de que se cometan errores judiciales irreparables y se prive del derecho a la vida a personas inocentes"⁸⁶².

De otro lado, la Comisión Interamericana consideró que respecto a la pena de muerte "es explicable que a la mayoría de los miembros del Congreso Constituyente Democrático, como respuesta emocional a la violencia y terror que en la actualidad afecta a la sociedad peruana, les parezca justificada la aplicación de la pena de muerte en los casos de terrorismo (...) es discutible su eficacia como medio disuasivo para terminar con el terrorismo"⁸⁶³.

El 8 de noviembre de 1993, la Comisión Interamericana solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva respecto a los efectos de la norma interna manifiestamente violatoria de la Convención desde

⁸⁶¹ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Secretaria General, OEA, Washington ne., 1994, p. 543

⁸⁶² CIDH. Ob. cit., p. 544.

⁸⁶³ CIDH. Ob. cit., p. 544.

el punto de vista del Derecho Internacional, y sobre la responsabilidad internacional personal de los agentes y funcionarios del Estado que pongan en ejecución tal norma.

Debemos tener presente que la jurisprudencia de un tribunal internacional en general, y en particular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituida por sus sentencias y opiniones consultivas⁸⁶⁴, no solo sirve para resolver cuestiones jurídicas planteadas en un caso concreto, sino también para aclarar y desarrollar o' el sentido de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de contribuir de ese modo a su observancia por los Estados Parte⁸⁶⁵.

La Corte Interamericana ha afirmado que la labor interpretativa que debe cumplir en el ejercicio de su competencia consultiva: "No solo debe desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia"⁸⁶⁶.

Es en esta perspectiva que los Estados partes en la Convención deben valorar las opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta forma, se garantizará que nuestro país cumpla sus obligaciones internacionales, especialmente en el marco del citado tratado⁸⁶⁷.

La Corte, en su Opinión Consultiva OC-14, consideró que la Comisión, al tener entre sus atribuciones la de formular recomendaciones a los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, tenía legitimidad para presentar la solicitud de opinión consultiva, ya que no pretende ni solicita una expresa declaratoria de compatibilidad entre una ley interna de un Estado y normas de la Convención. En tales circunstancias, agregó "La competencia consultiva de la Corte (...) puede y debe resultar valioso apoyo (...)"⁸⁶⁸.

La Corte, al pronunciarse, señaló que "la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al

⁸⁶⁴ La función consultiva tiene como fin coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que, en ese ámbito, tienen los distintos órganos de la OEA.

Dichas opiniones no resuelven casos litigiosos, sino que establecen criterios de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos.

⁸⁶⁵ CANADO TRINDAD E, Antonio. Excepciones preliminares. En: "Caso Castillo Petruzzi y otros".

CIDH, Sentencia de 4 de setiembre de 1998, voto concurrente, p. 2.

⁸⁶⁶ CIDH. Opinión Consultiva OC-1 Otros Tratados de 24 de setiembre de 1992, párrafo 25

⁸⁶⁷ La suscrita considera que observar los estándares previstos en los tratados de derechos humanos de los que es parte, viabiliza que el Estado cumpla con garantizar el respeto y vigencia de los derechos humanos en nuestro país, lo que constituye el fin supremo de la Carta Magna. Véase artículos 1 y 44 de la Constitución de 1993,

⁸⁶⁸ OC-14, párrafo 25

ratificarse o adherirse a la Convención constituye una violación de esta y que en el evento que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto a individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado".

La Corte precisó que se referiría a la "ley" en su sentido material y no formal⁸⁶⁹, es decir, la norma que el Estado debe dictar en virtud de la obligación que ha asumido para hacer efectivos los derechos y libertades contenidas en la Convención⁸⁷⁰.

Asimismo, puntualizó que la solicitud de opinión conlleva "(...) implícitamente (...) a referirse a la interpretación de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, que establece el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades fundamentales reconocidos en ellos y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción y a adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos tales derechos y libertades"⁸⁷¹. Sobre este último aspecto señaló: "Si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención"⁸⁷², ya que esta es "una de las muchas formas cómo un Estado puede violar un tratado internacional".

De esta manera, tal como la Corte señaló en un pronunciamiento anterior "(...) La Convención prohíbe absolutamente la extensión de la pena de muerte y que, en consecuencia, no puede el Gobierno de un Estado Parte aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna (...)"⁸⁷³.

Si bien la Corte no se pronunció de forma expresa sobre el artículo 140 de la Constitución peruana, quedó claro que un Estado Parte de la Convención no puede ampliar las causales de pena de muerte, como es el caso de nuestro país, ya que ello comporta una violación manifiesta de sus obligaciones en el marco de la citada Convención. Asimismo, la lucha de los Estados contra el delito debe desarrollarse con pleno respeto a los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción y de conformidad con los tratados aplicables⁸⁷⁴.

Con fundamento en la Opinión Consultiva OC-14, la Comisión Interamericana en su Informe correspondiente al año 1996, recomendó al Estado peruano que

⁸⁶⁹ Ob. cit., párrafo 31

⁸⁷⁰ Ob. cit., párrafo 33 in fine

⁸⁷¹ Ob. cit., párrafo 33.

⁸⁷² Ob. cit., párrafo 36. Este es un claro ejemplo de la forma cómo la jurisprudencia de la Corte mediante su interpretación está extendiendo el ámbito material de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente en cuanto a obligaciones positivas de los Estados Parte

⁸⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983 "Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)" solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Parte Resolutiva, pago 44.

⁸⁷⁴ Cfr. CIDH, Caso Bámaca Velásquez. Sentencia del 25 de noviembre de 2000. Serie C N° 70, párr. 174; CIDH, Caso Durand y Ugarte. Sentencia del 16 de agosto de 2000. Serie C N° 68, párr. 69 y CIDH, Caso Castillo Petruzzi y otros, supra nota 68, párrafos 89 y 204.

modifique el artículo 140 de la Constitución de 1993 para adecuarlo con lo establecido en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸⁷⁵; es decir, que cumpla con sus obligaciones derivadas de su calidad de Estado Parte de la citada Convención.

En la jurisprudencia posterior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en la sentencia de fecha 21 de junio de 2002, sobre el caso Hilarie, Constanttne y Benjamín y otros contra Trinidad y Tobago, encontramos que, ya pesar de que la Convención no prolu'be expresamente la aplicación de la pena de muerte, la Corte ha afirmado que las normas convencionales sobre esta deben interpretarse en el sentido de "limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que este se vaya reduciendo hasta su supresión final"⁸⁷⁶.

En este caso en particular, la Corte hace un pronunciamiento de suma importancia en cuanto a la aplicación de la pena de muerte en aquellos Estados donde su legislación lo permite, como el caso de Trinidad y Tobago, y la misma coadyuva para aquellos Estados como el nuestro en cuanto a su ámbito personal de aplicación, pues la Corte coincide que con la afirmación de considerar a todo responsable del delito de homicidio intencional (en el caso de la legislación del Estado de Trinidad y Tobago) como merecedor de la pena capital, se está tratando a los acusados de este crimen no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciado s y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte⁸⁷⁷.

Este mismo concepto resulta aplicable a nuestra legislación, específicamente el artículo 140 de la Constitución, en los delitos de traición de la Patria y terrorismo, donde los autores de dichos actos delictivos serán sometidos a una aplicación ciega de la pena de muerte, a sabiendas que es el juez quien cuenta con la potestad de administrar justicia, según lo establece nuestra Constitución en el artículo 138⁸⁷⁸.

Es por ello que será el juez quien al determinar la pena, no solo tratará sobre la elección de su clase y monto, sino que también versará sobre cuestiones relacionadas al modo de ejecución de la misma, pues resulta ser un acto complejo, donde se prevé explícita o tácitamente criterios que orienten la decisión acerca de cuál es la pena más adecuada para cada caso, proceso en el que se deben clasificar y ponderar distintos tipos de información acerca del hecho y del autor, identificar criterios que orienten la decisión y fijación de

⁸⁷⁵ CIDH. Informe Anual 1996. Secretaria General-OEA, Washington ne., 1997, p.781

⁸⁷⁶ CIDH. Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A N° 3, párrafo 57.

⁸⁷⁷ La Corte Suprema de los Estados Unidos de América estableció que la condena obligatoria a la pena de muerte constituyó una violación de las garantías del debido proceso de la Enmienda XIV y del derecho a no ser sometido a un tratamiento cruel o inusual de la Enmienda VIII, en relación con la Constitución de Estados Unidos de América. Allí, la Corte también indicó que la imposición de la pena de muerte generalmente requiere una consideración de los aspectos relevantes del carácter del acusado y las circunstancias del delito particular. Cfr. Woodson v. North Carolina, 428 US 280, 304 (1976).

⁸⁷⁸ Véase artículo 138 de la Constitución Política peruana de 1993

penas teniendo en cuenta las circunstancias y lograr así la respuesta más equilibrada posible frente al hecho del autor⁸⁷⁹.

Por otro lado, el Estado peruano viene incurriendo en violación del artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 4 del mismo cuerpo normativo, dado que esta disposición -artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos- impone a los Estados Parte la obligación general de adecuar su derecho interno con las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en esta. Las disposiciones de derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas (principio del *effit utile*).

Lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica⁸⁸⁰; y con mucho más razón, se encuentra en la obligación de no expedir leyes que desconozcan esos derechos u obstaculicen su ejercicio, y la de suprimir o modificar las que tengan estos últimos alcances, disposición que es conocida por nuestro Estado, puesto que en varias ocasiones -Casos Loayza Tamayo, Cantoral Benavides, Castillo Petrucci, Barrios Altos, entre otros- ha incurrido en la violación del mencionado artículo, por establecer disposiciones contrarias a las establecidas en la Convención Americana.

5. A manera de conclusión

La imperiosa derogación del artículo en cuestión -artículo 140- de nuestra Carta Magna, parece ser el criterio del texto propuesto para el debate de la Reforma de la Constitución de 1993, que obedece a que dicho texto normativo resulta incompatible con nuestro propio ordenamiento constitucional, el cual sostiene que la política penitenciaria en nuestro país tiene por objeto la rehabilitación, reeducación y reinserción social del condenado, objetivos que no podrán ser alcanzados jamás con la aplicación de la pena de muerte. Asimismo, es respuesta a la necesidad de cumplir con las obligaciones internacionales que nuestro país ha contraído, específicamente en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La no adecuación del artículo 140 materia de esta exégesis a la Convención Americana sobre Derechos Humanos conlleva que el Estado peruano continúe en abierta rebeldía frente al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, violando el principio *pacta sunt servanda* y de buena fe. En este tema, la reinstauración de la democracia y el Estado de Derecho en nuestro país no ha tenido el efecto esperado, por lo que la tarea de ver plasmado en nuestra realidad normativa la desaparición de la pena de muerte reposa en sus órganos legislativos.

DOCTRINA

⁸⁷⁹ ZIFFER, Patricia. El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena. Justicia y Derechos Humanos. Comisión Episcopal de Acción Social. Lima, 1998. pp. 253254.

⁸⁸⁰ Cfr. CIDH, Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros). Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73, párrafo 87.

ACOSTA ESTÉVEZ, José B. Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la Teoría de los Círculos Concéntricos. En: "Anuario de Derecho Internacional Público". XI, 1995. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. Pamplona, 1995; CANSADO TRINDADE, Antonio. Excepciones preliminares. En: "Caso Castillo Petruzzi y otros". CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Secretaría General, OEA, Washington D.C., 1994; DE TRAZEGNIES, Fernando. Reflexiones sobre la pena de muerte. En: "Debate". N° 22. Lima, setiembre de 1983; JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo. El Derecho Internacional contemporáneo. Editorial Tecnos. Madrid, 1980; KELSEN, Hans. Principios de Derecho Internacional Público. El Ateneo. Buenos Aires, 1965; ZIFFER, Patricia. El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena. Justicia y derechos humanos. comisión Episcopal de Acción Social. Lima, 1998.

Casación y última instancia

Artículo 141

Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 99, 100, 139 inc. 1), 140, 147, 173;
C.P.C.: arts. 124,334, 365,378,384 al 400, 401,403,408,412,7" D.M.;
C. de P.P.: arts. 15, 16;
L.O.P.J.: arts. 11,31 al 33, 34 inc. 2), 35 incs. 4) y 6), 132,28"
D.T.F. inc. 1)d,
ine. 2)e; L.O.T.C.: S" y 6" D.T.;
C.N.A.: arto 133;
Ley 24973: arto 26;
Ley 26636: arts. 5 ine 1)a, 50,54,60;
C.A.D.H.: arto 8.1.h;
P.I.D.C.P.: arto 14.5

Juan Monroy Gálvez

Este artículo constituye una manifestación de cuán indispensable es que las normas jurídicas -y más aún las constitucionales- sean claramente demarcatorias de facultades, deberes o ámbitos de actuación, porque de lo contrario terminan siendo perniciosas. Si se aprecia con atención, el primer párrafo de la norma en estudio pretende fijar los ámbitos de actuación de la Corte Suprema, tema de considerable importancia teórica y práctica. Sin embargo, al intentar hacerlo, la norma le incorpora tal cantidad de funciones que la convierte -suponemos sin quererlo- en el órgano jurisdiccional más recargado de todos.

La norma dice que la Corte Suprema actúa en casación o en última instancia. Es decir, que actúa como órgano encargado de establecer las líneas jurisprudenciales del ordenamiento jurídico y, además, de cuidar el empleo de la norma objetiva (función uniformadora y función nomofiláctica, respectivamente), eso y no otra cosa es la función casatoria. Sin embargo, a pesar del elevado y trascendente encargo, inmediatamente después la norma le impone otra función, la de ser órgano de grado, de último grado, aun cuando para eso usa un concepto equívoco ('última instancia').

Pero como la misma norma dispone que esa función de 'última instancia', se dará también en aquellos casos en los que otra Sala Suprema haya sido órgano de primer grado, se concluye que la norma dispone que las funciones de la Corte Suprema pueden ser: actuar como órgano de primer grado; b) de segundo grado y c) como corte de casación. ¿Qué no es la Corte Suprema?

Resulta poco menos que insólito advertir cómo una deficiencia normativa coloca al órgano supremo de la jurisdicción nacional como un órgano emergente que cubre todos los ámbitos de la función jurisdiccional. Si cotejamos esto con lo que ocurre en otros sistemas, como el del Common Law, advertiremos el desperdicio en que se ha convertido la Corte Suprema por culpa de una norma constitucional malhadada.

La última parte de la norma no es otra cosa que el pretexto para establecer una conexión entre el Fuero Militar con la jurisdicción estatal, a la que debió siempre pertenecer la primera como un ámbito de competencia especializada más. La norma comentada afirma el nexo entre el Fuero Militar y la jurisdicción estatal aunque tal relación sea absolutamente circunstancial, episódica y, en los hechos, casi inexistente.

La Corte Suprema revisa en casación los actos de la justicia militar pero, y el 'pero' es importante, solo cuando el Fuero Militar decreta la pena de muerte. Como resulta evidente, el propósito no fue otro 'que permitir la actuación del Fuero Militar como una suerte de 'jurisdicción paralela', lo que en los hechos ocurrió, con las lamentables consecuencias que todos conocemos.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993 Y la jurisdicción militar. En: "Themis". N° 31. Lima, julio 1995; CARRIÓN LUGO, Jorge. El recurso de casación en el Perú. Segunda edición. Editorial Grijley. Lima, 2003; HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Guía de casaciones: Derecho Civil, Derecho Procesal Civil. LEJ. Lima, 2001; QUIROGA LEÓN, Anibal. La casación civil: mito y realidad. Proyecto de ley modificatorio. En: "Derecho". N° 52. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, abril 1999; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge Luis. El recurso de casación en materia laboral. En: "Revista de Iure". N° 2. Lima, 2001; MONROY GÁL VEZ, Juan. Casación civil: la primera sentencia de la Corte Suprema de Justicia. En: "Autos & Vistos: cometarios jurisprudenciales". Gaceta Jurídica. Lima, 1996.

Resoluciones no revisables por el Poder Judicial

Artículo 142

No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 154 incs 2) y 3), 178 inc. 4), 181;
L.O.C.N.M.: arto 2; Ley 26397: arto 2;
C.A.n.H.: arto 25; n.Un.H.: arto 8;
p.1.n.c.p.: arto 2.3

Marianella Ledesma Narváez

1. La actividad de la Administración Pública puede ser materia de cuestionamiento cuando esta es violatoria de derechos e intereses de los administrados. Este cuestionamiento se realiza a través del proceso contencioso-administrativo. En ese sentido, véase el artículo 148 de la Constitución del Estado que dice: "Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa". .

Para Giovanni Priori⁸⁸¹ "el proceso contencioso administrativo es uno de los medios de control del poder, y en particular, una de las formas cómo el órgano jurisdiccional realiza un control de la Administración. Dicho control tiene por finalidad dar efectividad al principio constitucional y a las situaciones jurídicas de los ciudadanos ante cualquier exceso en el uso del poder por parte de la Administración".

Con la revisión en sede judicial se busca garantizar la subordinación de toda la actividad administrativa a la legalidad, sin embargo, dicha revisión se exceptúa en dos supuestos: con las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral y las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificaciones de jueces.

Para Hoyos⁸⁸², el proceso judicial se diferencia del procedimiento administrativo en varios aspectos, como la imparcialidad; la naturaleza de las controversias; las partes procesales; y el inicio del proceso a pedido de parte. Si bien se habla de la judicialización del procedimiento administrativo, en cuanto que se celebran audiencias de intereses en conflicto y se garantizan los derechos de defensa en el procedimiento administrativo, lo cierto es, como dice Cappelletti, que esas características son típicas del proceso judicial; tanto es así, que se habla de la judicialización de los procedimientos no judiciales.

⁸⁸¹ PRIORI POSADA, Giovanni Comentarios a la 4Y del Proceso Contencioso-Administrativo. 2ª edición. Ara Editores, Lima, 2002, pp. 48-49.

⁸⁸² HOYOS, Arturo. El debido proceso. Temis, Bogotá, pp. 93-95

A pesar de que la norma restrinja la posibilidad de la revisión de la jurisdicción, esa restricción no es absoluta. La judicialización conlleva crecientemente el reconocimiento del derecho de defensa y, en algunos casos, del mismo debido proceso en el procedimiento administrativo. Existe una tendencia, como se deja dicho, a la judicialización del procedimiento administrativo no contencioso y sobre todo, al procedimiento administrativo sancionador, que con frecuencia ejerce la Administración Pública.

2. El artículo en comentario ha sido materia de reiterado y uniforme pronunciamiento por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que las resoluciones emanadas por los citados organismos tienen validez constitucional, en tanto las mismas no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, contrario sensu, que si ellas son ejercidas de una forma tal que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquella reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional a través del mecanismo de la revisión.

Véase sobre el particular la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2409-2002-AA/TC de fecha 7 de noviembre de 2002, acción de amparo interpuesta por Diodoro Gonzales Ríos con el Consejo Nacional de la Magistratura. En igual sentido aparece la sentencia recaída en el Expediente N° 0053-2003AA/TC del 18 de marzo de 2003, en la acción de amparo interpuesta por Mercedes Tello Piñeiro con el Consejo Nacional de la Magistratura.

En dichos fallos el Tribunal Constitucional reafirma los siguientes criterios que reproducimos:

"a) El hecho de que una norma constitucional pueda ser analizada a partir de su contenido textual no significa que la función del operador del Derecho se agote, en un encasillamiento elemental o particularizado, con el que se ignore o minimice los contenidos de otros dispositivos constitucionales, con mayor razón si resulta evidente que aquellos resultan siendo no un simple complemento, sino en muchos casos una obligada fuente de referencia por su relación o implicancia con el dispositivo examinado. La verdad, aunque resulte elemental decirlo, es que las consideraciones sobre un determinado dispositivo constitucional solo pueden darse cuando aquellas se desprenden de una interpretación integral de la Constitución, y no de una parte o de un sector de la misma, como parecen entenderlo, de forma por demás errónea, los jueces de la jurisdicción ordinaria.

b) Cuando el artículo 142 de la Constitución establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces, limitación que no alcanza al Tribunal Constitucional por las razones antes mencionadas, el presupuesto de validez de dicha afirmación se sustenta en que las consabidas funciones que le han sido conferidas a dicho organismo sean ejercidas dentro de los límites y alcances que la Constitución le otorga, y no a otros distintos, que puedan

convertirlo en un ente que opera fuera o al margen de la misma norma que le sirve de sustento. En el fondo, no se trata de otra cosa sino de la misma teoría de los llamados poderes constituidos, que son aquellos que operan con plena autonomía dentro de sus funciones, pero sin que tal característica los convierta en entes autárquicos que desconocen o hasta contravienen lo que la misma Carta les impone. El Consejo Nacional de la Magistratura, como cualquier órgano del Estado, tiene límites en sus funciones, pues resulta indiscutible que estas no dejan en ningún momento de sujetarse a los lineamientos establecidos en la norma fundamental. Por consiguiente, sus resoluciones tienen validez constitucional, en tanto las mismas no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, a contrario sensu, que si ellas son ejercidas de una forma tal que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquella reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional efectivo.

En dicho contexto, el Tribunal Constitucional no solo puede, sino que debe ingresar a evaluar el tema de fondo a efecto de determinar si se han vulnerado o no los derechos reclamados, sin que, como contrapartida, pueda alegarse ningún tipo de función exclusiva o excluyente o ningún campo de pretendida invulnerabilidad".

3. Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha reafirmando en varios pronunciamientos que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son revisables en la medida que vulneran derechos constitucionales, precisando las pautas de observancia obligatoria en materia electoral.

El Tribunal considera que las resoluciones de los organismos que la Constitución establece como irrevisables, como es el caso del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) y el Jurado Nacional de Elecciones, ONE) tienen una protección especial, pero no pueden expedirse lesionando derechos fundamentales. En esa medida, el Tribunal podría pronunciarse, de ser el caso, respecto de las lesiones de tales derechos, mas nunca sobre el fondo de las controversias.

Véase el caso del pronunciamiento recaído en el Expediente N° 2366-2003AA/TC emitida el 6 de abril de 2004, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de abril de 2004. Allí, el Tribunal ha establecido pautas de observancia obligatoria como: i) los pronunciamientos sobre tachas de candidatos a gobiernos locales, emitidos por los Jurados Electorales Especiales, no pueden ser definitivos, sino que debe garantizarse la posibilidad de ser recurridos debido a que se trata de un derecho fundamental de gran valía como es el de participación política; ii) la jurisprudencia reiterada y uniforme del máximo órgano electoral, el JNE, son de obligatoria observancia para todas las instancias que imparten justicia electoral; y iii) los procesos penales no impiden a las personas participar de elecciones -conforme a la jurisprudencia del JNE-, pues cuando la ley limita la candidatura de personas que se encuentran con procesos pendientes debe atenderse al principio de la presunción de inocencia.

DOCTRINA

HOYOS, Arturo. El debido proceso. Temis, Bogotá; OVIEDO, Amparo. Fundamentos del Derecho Procesal, del procedimiento y del proceso. Temis, Bogotá, 1995;

PRIORI POSADA, Giovanni: Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. 2ª edición, Ara editores, Lima, 2002.

Organización del Poder Judicial

Artículo 143

El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 37, 99, 100, 138, 146, 147, 154 inc. 3), 155 inc. 1), 159 inc. 2), 179 inc. 1), 205;
C.P.; arto V T.P.;
C de P.P.: art 11;
L.O.P.J.: arts. 3, 25 al 55, 102;
C.A.D.H.: arto 8;
D.U.D.H.: art 10;
P.I.D.e.p.: arts. 23.b y 14.

Fernando Velezmoro Pinto

1. La distinción entre función jurisdiccional y gobierno del Poder Judicial

La norma constitucional bajo comentario consagra la separación funcional en la organización interna del Poder Judicial. En efecto, no existía referencia constitucional alguna antes de 1993 a la diferencia entre las funciones jurisdiccionales y las de gobierno. Sin embargo, ello no suponía que antes de esa fecha la institución no tuviera órganos de gobierno. Lo que ocurría es que dicha organización era consagrada únicamente a nivel legal.

La adopción de tal postura, la de diferenciar en la máxima norma del ordenamiento entre órganos que realizan funciones jurisdiccionales ("administrar justicia") y órganos que ejercen el "gobierno" del órgano que administra justicia, hace suponer que se tratan de instancias distintas cuya titularidad corresponde también a sujetos distintos. Y ello es cierto en parte. Es cierto, en el sentido de que los órganos jurisdiccionales son distintos de los órganos de gobierno: así, compárese a modo de ejemplo el presente artículo con el 144 para notar que Corte Suprema y Sala Plena de la misma son órganos distintos. Por ello mismo, la separación no es del todo cierta, puesto que siendo distintos los órganos que desempeñan la función de gobierno, a su vez, están conformados por jueces y magistrados que desempeñan labores jurisdiccionales.

Pareciera confusa esta situación. Su comprensión conlleva aproximarnos, aunque sea preliminarmente, a la función jurisdiccional tal como se realiza y diferenciarla de aquella de gobierno. La potestad de administrar justicia es ejercida a través del Poder Judicial (artículo 138), sin embargo, el ejercicio de esta función no es realizada colectivamente por todo el Poder Judicial. Cada uno de los órganos judiciales son los titulares de dicho poder. Cada uno de

ellos se basta así mismo para decir el derecho y ejecutarlo. A diferencia del Legislativo y el Ejecutivo, la expresión de la voluntad de dicho poder no es conjunta sino individual. Así, de un lado, mientras que el Poder Legislativo, representado por el Congreso de la República, expresa su voluntad a través de las leyes y resoluciones legislativas por la suma de voluntades singulares (sino por unanimidad, sí por mayoría) y, del otro, el Poder Ejecutivo expresa a través de la concurrencia (por lo menos en el plano formal) entre el Presidente y sus ministros; el Poder Judicial para impartir justicia no necesita concurrencia de todos, ni siquiera de la mayoría de sus componentes.

Del mismo modo que la expresión a favor de un solo congresista (o de varios de ellos sin que alcance el mínimo reglamentario para la aprobación de la iniciativa) no puede originar leyes, tampoco desde el Ejecutivo se aprueban resoluciones únicamente suscritas por el Presidente o por sus ministros separadamente. En cambio, en el Poder Judicial, la sola voluntad de uno solo de sus órganos, sí importa administrar justicia. Cada órgano que integra el Poder Judicial es titular de toda la función jurisdiccional; es decir, por sí mismo, y sin concurso de otros órganos, está facultado para imponer jurisdicción, o sea, para "decir el derecho". Basta la resolución de un solo órgano de los cientos que conforman el Poder Judicial para que el derecho sea "dicho" y ejecutado.

La función jurisdiccional es radicalmente distinta a la de gobierno. Mientras que la primera se desempeña hacia fuera, es decir, hacia las personas y en cierta forma hacia el ordenamiento, la función de gobierno se desempeña hacia adentro, es decir, en la organización institucional del Poder Judicial. Función jurisdiccional comporta imponer jurisdicción, dictar el derecho y ejecutarlo, función de gobierno significa administración y organización de la institución.

Siendo tan distintas las funciones pareciera que nuestro artículo 143 las encargara a órganos distintos. Dijimos que ello es correcto en cierto modo. Los órganos jurisdiccionales son, a tenor del artículo 143, la Corte Suprema y las demás cortes y juzgados. Los órganos de gobierno son, en dicción del artículo 144, la Sala Plena de la Corte Suprema y el Presidente de esta. Ocurre, pues, que el constituyente en vez de designar que las funciones de gobierno recaigan en sujetos distintos a los jueces, hizo partícipes a estos de las labores de gobierno, aunque para tal efecto les haya impuesto su ordenación colectiva. Así, el máximo órgano de gobierno es la Sala Plena de la Corte Suprema, es decir la expresión de voluntad de todos los magistrados supremos; por el contrario, el órgano jurisdiccional máximo es la Corte Suprema dividida en Salas. Con cada una de las Salas (civil, penal, constitucional, etc.) culmina, jerárquicamente hablando, la atribución jurisdiccional, mientras que, por el contrario, con la Sala Plena de la Corte Suprema empieza el gobierno del Poder Judicial.

Por lo mismo se puede decir, concluyentemente, que la función jurisdiccional recae en cada uno de sus órganos individualmente considerados (Juzgados y Salas), mientras que el gobierno es ejercido colectivamente (a través de la Sala Plena de la Corte Suprema) y representa a toda la institución judicial.

2. La organización de la función jurisdiccional

El segundo párrafo del artículo 143 está destinado a enunciar los órganos que ejercen función jurisdiccional en el Poder Judicial. Los órganos de gobierno son descritos, en cierta forma, en el artículo 144.

Esta parte del artículo, la correspondiente a los órganos jurisdiccionales, sí goza de antecedentes en todas nuestras Cartas Políticas⁸⁸³. Todas ellas mencionan la existencia de Cortes Superiores y, desde 1834, coinciden con la actual en señalar además la existencia de una Corte Suprema. Pero el artículo 143 no nos dice nada más. No se sabe ni cuál es su número ni cuáles son sus funciones, ni tampoco cómo se articulan y qué clase de relaciones existe entre ellos.

Al no estar especificados constitucionalmente, la organización inferior ha sido confiada al legislador. Sin embargo, algo se puede deducir respecto de la Corte Suprema, las Cortes y los Juzgados del resto de artículos de la Constitución. De la denominación "suprema" se puede inferir que es el máximo órgano jurisdiccional respecto de las "demás cortes y juzgados" (artículo 143). No obstante, ya en el artículo 142 observamos que se le asigna a la Corte Suprema la función casatoria y también la de ser instancia de fallo cuando los procesos se inicien en la Corte Superior o ante ella misma.

En primer lugar, la asignación de la función de fallar en casación supone una superioridad jerárquica respecto del resto de órganos, en la medida de que sus pronunciamientos tienen por función la unificación de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de la ley. Pero también, al ser instancia de fallo respecto de las cortes superiores, denota superioridad respecto de estas, por lo que asegura el principio de la doble instancia o de apelación ante órgano jurisdiccional con carácter de superior.

Asimismo, se deduce su especial posición por el resto de funciones que se relacionan con otros órganos del Estado. Así, hay referencias a la Corte Suprema en el antejuicio político en el Congreso (artículo 100), en la composición del Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 155, inciso 1) Y el Jurado Nacional de Elecciones (artículo 179, inciso 1).

La referencia a las "cortes y juzgados" es mucho más vaga. A lo sumo, se menciona en el artículo 142 a la Corte Superior como órgano de jurisdicción originaria en los que cabría apelar hacia la Suprema. Del mismo modo, también en el artículo 147 se menciona como requisito para ser vocal de la Corte Suprema, haberse desempeñado como magistrado de la Corte Superior. Respecto de los jueces, su posición inferior se infiere de la multiplicidad de funciones que se le otorga a lo largo de la Constitución, teniendo todas ellas en común la de constituirse como órganos jurisdiccionales que conocen de manera originaria los conflictos jurídicos. Sin embargo, la relación entre Corte Suprema, Cortes Superiores y jueces individualmente considerados ha de articularse bajo ciertos criterios.

⁸⁸³ Véase la reproducción de los correspondientes artículos desde la Constitución de 1823 a la de 1979 en RUBIO, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Volumen 5, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1999, pp. 170-177.

La necesidad de una ordenación y articulación o relación entre los distintos órganos se expresa justamente en el carácter difuso de la función jurisdiccional encargada al Poder Judicial. Cada uno de ellos es titular de la función jurisdiccional, y sin embargo, de manera conjunta constituyen una sola institución, un solo poder.

Como la Constitución no los menciona, salvo en lo expresado líneas arriba, la tarea de ordenación y articulación ha sido encomendada al legislador.

Pues bien, es la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) la que fija los criterios para la ordenación (distribución) y articulación (relación). Así, se fija que la Corte Suprema es un órgano único en toda la República. Las cortes y juzgados se distribuyen en razón de la materia, el territorio y la jerarquía⁸⁸⁴.

Está señalado en la antedicha ley que los órganos jurisdiccionales son:

- a) La Corte Suprema
- b) Las cortes superiores
- c) Los juzgados especializados y mixtos
- d) Los juzgados de paz letrados
- e) Los juzgados de paz

Territorialmente los órganos se distribuyen de la siguiente manera. La Corte Suprema extiende su competencia en todo el territorio de la República. Las cortes Superiores lo hacen en el territorio que comprende el distrito judicial, el cual es una circunscripción o espacio geográfico que no tiene que ver necesariamente con criterios políticos, es decir, no se identifica con el territorio de las provincias o departamentos⁸⁸⁵. Los juzgados especializados y los juzgados de paz letrados extienden por

Igual su competencia en el territorio del distrito judicial al que pertenecen. La diferencia entre uno y otro estriba en elementos materiales y jerárquicos.

El criterio material separa a los órganos jurisdiccionales de acuerdo con la materia que conocen. La distribución por materias atraviesa casi a todos los órganos jurisdiccionales. Así, hay especialización material, de acuerdo con la parcela del orden jurídico en el que se desenvuelve la controversia, en los juzgados especializados, las Salas de la corte superior del distrito judicial e incluso al interior de la propia corte superior. La necesidad de este orden radica en la complejidad de las normas y principios, además de la doctrina jurídica que subyace detrás.

⁸⁸⁴ Con referencia a España, aunque de similar organización que en nuestro país, puede verse a BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Volumen 2, Tecnos, Madrid, p. 443.

⁸⁸⁵ Para muestra se puede apreciar que la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima comprende 5 distritos de Lima Metropolitana y a la provincia de Canta

Finalmente, el criterio de distribución jerárquica está íntimamente relacionado con el de su articulación. En efecto, si bien está fijada la jerarquía entre estos órganos en la relación anotada supra, ello no debe comportar la existencia de una sujeción de los inferiores respecto de sus superiores. Ya dijimos que lo característico del Poder Judicial es que la función jurisdiccional se expresa en cada órgano individualmente considerado. Esta independencia funcional impide que exista una relación de subordinación en la que el órgano inferior tenga que consultar y obedecer al superior sobre la decisión que van a tomar. El conocimiento de los procesos por los superiores jerárquicos son conocidos en una línea de sucesión temporal posterior en la que "revisa" lo fallado por el inferior. La articulación entre inferior y superior, es decir, el mecanismo por el cual el superior puede asumir jurisdicción, es el sistema de recursos⁸⁸⁶, o sea, mediante la impugnación por las partes intervinientes en el proceso de las resoluciones que dictan los órganos inferiores para que sean conocidos por los órganos superiores. Por ello, con razón se puede caracterizar al Poder Judicial de ser una organización "impropiamente jerárquica"⁸⁸⁷.

Si bien existen múltiples órganos no significa que todos ellos son transitables mediante la impugnación de sus resoluciones. Conforme con la normativa internacional, la instancia plural como derecho se traduce únicamente en una doble instancia. Así, en algunos procesos son los jueces especializados los que conocen originariamente para luego transitar hacia las Salas de la Corte Superior. Del mismo modo, el legislador ha fijado casos en los que el proceso se inicie ante la Corte Superior y culmine en la Corte Suprema como instancia de fallo. En [m, lo que no puede confundirse es que la impugnación o el recurso supongan siempre que el proceso sea conocido por un órgano colegiado, es decir, con la participación de más de un juez, así ocurre en los procesos iniciados ante el juez de paz letrado de cuya apelación conoce el juez especializado o mixto. Sin embargo, con independencia del órgano en donde se inicie el proceso, es posible que la Corte Suprema lo conozca mediante la interposición del recurso de casación de acuerdo con los requisitos legalmente establecidos. Y ello es así porque siendo órgano único y de máxima jerarquía, la Corte Suprema debe unificar la jurisprudencia en una sola interpretación de las normas⁸⁸⁸.

3. La reserva de la ley orgánica

El texto del artículo 143 expresa que las cortes y juzgados serán determinados por ley orgánica. Esto implica una verdadera reserva de ley orgánica; es decir, que la instauración de nuevas cortes y juzgados debe ser aprobado por el

⁸⁸⁶ LÓPEZ GUERRA, Luis. El Poder Judicial en el Estado Constitucional. Palestra, Lima, 2001, p. 126.

⁸⁸⁷ Cfr. PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pans, Madrid, 2000, p. 907.

⁸⁸⁸ Aquí cabe una digresión: si bien el artículo 138 expresa que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial, no es este el único órgano constitucional con atribuciones jurisdiccionales. Existen otros órganos que también "dicen el derecho", aunque claro, no interfieren con el Poder Judicial porque sus materias son bien diferenciadas. Así, están el Jurado Nacional de Elecciones (artículo 178, inciso 4) competente en materia electoral y el Tribunal Constitucional, encargado final de los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción de cumplimiento y de inconstitucionalidad.

Congreso en votación agravada, conforme con el artículo 106 de la Constitución. De otro lado, implica que la distribución de cortes y juzgados es una materia a la que el Congreso no puede sustraerse en la medida de que las materias de las leyes orgánicas son indelegables ni a la Comisión Permanente ni al Poder Ejecutivo para que dicte los decretos legislativos (artículos 101 y 104).

Si bien la actual LOPJ que nos rige es un decreto legislativo anterior a la vigencia de la Constitución de 1993, cualquier modificación a la actual configuración de las cortes y juzgados deberá hacerse mediante ley orgánica. No importa que la vigente LOPJ no sea una ley orgánica, ocurre que a partir de la entrada en vigencia de la actual Carta Magna ha adquirido fuerza pasiva de ley orgánica y con ello inmodificable por norma distinta⁸⁸⁹.

DOCTRINA

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Derecho Constitucional. Volumen 2, Tecnos, Madrid; LÓPEZ GUERRA, Luis. El Poder Judicial en la Constitución. Palestra, Lima 2001; PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons, Madrid, 2000; RUBIO, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Volumen 5, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, Lima, 1999.

⁸⁸⁹ Similar criterio fue empleado por el Tribunal Constitucional (fC) al resolver la acción de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos N°s. 895 y 897, por el cual se modificaba parte de la Ley N° 23506, si bien aprobada como ley ordinaria, había adquirido el carácter de orgánica en virtud de la previsión del último párrafo del artículo 200, inciso 6. Cfr. el Expediente N° 00052001-AI/TC Y la Resolución Final del Te.

Presidencia y Sala Plena de la Corte Suprema

Artículo 144

El Presidente de la Corte Suprema lo es también del Poder Judicial. La Sala Plena de la Corte Suprema es el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 143,147, 154.3, 155 inc. 1) y 179 inc. 1);

C.C.: arto 1366; C.P.C.: arto 205;

L.O.P.J.: arts. 73 al 80

Fernando Velezmoro Pinto

1. Introducción

Esta disposición no tiene precedentes en la tradición constitucional peruana. Esto es así porque lo usual en nuestras cartas políticas ha sido abordar el tema del Poder Judicial desde el punto de vista únicamente jurisdiccional, es decir, desde la principalísima función de "decir el derecho". En esa óptica están la mayoría de las normas contenidas en nuestras anteriores Constituciones y los artículos 138 al 142 de la actual. Sin embargo, como más adelante anotaremos, la articulación de un complejo sistema de administración de justicia supone también la adopción de sistemas de organización que permitan justamente realizar de una manera eficiente su función. Pero esta tarea, comúnmente denominada de gobierno del aparato judicial o "administración de la administración de justicia", debe estar dotada de garantías mínimas que impidan al legislador de turno su manipulación con objetivos políticos o de cualquier otra índole.

El estudio de los órganos de gobierno del Poder Judicial supone previamente diferenciarlos de aquellos que cumplen función jurisdiccional.

2. El ámbito jurisdiccional y el ámbito de gobierno del Poder Judicial

La actuación del Poder Judicial se desempeña básicamente en dos ámbitos: el jurisdiccional y el gubernativo. Por el primero, el Estado cumple su función de impartir justicia "diciendo el derecho", o sea, resolviendo conflictos de diverso tipo (intersubjetivo como en el Derecho Civil o Comercial, o puramente formal, como en las acciones de inconstitucionalidad, entre otros, etc.). Por el segundo, el gubernativo, el Poder Judicial se organiza como institución atendiendo a determinados principios para el cumplimiento de ciertas finalidades en el desempeño de su primera labor. En otras palabras, podemos concluir que-el ámbito jurisdiccional se desempeña a nivel externo, es decir, hacia los justiciables o hacia el ordenamiento jurídico y, del otro lado, el ámbito gubernativo se desempeña "hacia adentro", o sea, en lo referido a la organización del aparato judicial para su correcto desenvolvimiento. A cada una de estos ámbitos se corresponden distintos órganos integrantes del Poder

Judicial. Tal diferenciación se encuentra ya en el artículo 143 de la Constitución.

El ámbito jurisdiccional se desarrolla a través del ejercicio individual de la potestad jurisdiccional de los jueces, es decir, de cada uno de los órganos jurisdiccionales, individuales o colectivos, establecidos por la Constitución y las leyes. Pero aun en este ejercicio conjunto de los órganos jurisdiccionales, las garantías propias de la función jurisdiccional se desenvuelven de manera individual por cuanto todos los jueces, pertenezcan o no a órganos colegiados, gozan de autonomía e independencia.

Del mismo modo, cada uno de los jueces está obligado a actuar con imparcialidad (es decir, no tomar "partido" por ninguna de las "partes"). Esta serie de garantías y obligaciones de los jueces, juntamente con los derechos de los justiciables en los procesos, han sido los tópicos que mayor atención han concitado a los constituyentes para su consagración normativa y, consecuentemente, a la doctrina constitucional en tomo a ella.

En una sociedad en la que las relaciones entre los particulares son cada vez más numerosas, y la producción jurídica es abundante, tanto los conflictos interpersonales como los normativos son pues más complejos. Se hace necesaria la instauración de un sistema judicial que combine la oportuna solución a los conflictos sociales sin que por ello se deje de lado la legalidad de su actuación. Estas premisas determinan el establecimiento de una institución con carácter de permanente y que se encuentre organizada de manera tal que no descuide su misión principal de administrar justicia con sujeción a la juridicidad establecida⁸⁹⁰. A esta tarea de organización institucional del Poder Judicial en cuanto tal, se ha venido a llamar gobierno y administración para diferenciada del ámbito jurisdiccional.

Sin embargo tal distinción no convierte al ámbito gubernativo en algo meramente adjetivo, es decir, de escasa relevancia frente a la finalidad mayor de resolución de conflictos sociales; muy por el contrario, la forma de organización del Poder Judicial ha tenido (la historia reciente es muestra ejemplar de ello) y tiene que ver con la función jurisdiccional del Poder Judicial.

3. Gobierno y administración del Poder Judicial

El gobierno y la administración del Poder Judicial importa la estructura por la cual la función jurisdiccional se organiza como servicio público permanente de acuerdo con ciertas finalidades y metas específicas. Lo importante en este tópico es la organización de lo judicial, o como se ha venido a llamar en la doctrina española la "administración de la administración de justicia".

⁸⁹⁰ Es clásica la referencia a Montesquieu sobre la escasa importancia del juez más allá de ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, es decir, como sujeto que individualiza a un caso concreto las disposiciones normativas que tiene carácter general. Sin embargo, este autor también rechazaba la posibilidad de constituir un órgano permanente de administración de justicia que personifique al Poder Judicial de la nación. La cita completa de Montesquieu en LÓPEZ GUERRA, L. El Poder Judicial en el Estado Constitucional. Palestra Editores, Lima, 2001, p. 127

Recogemos aquí la diferencia que usualmente se hace entre gobierno y administración del Poder Judicial⁸⁹¹. Por lo general, al gobierno del mismo se le define como la potestad para establecer sus políticas institucionales, reduciendo el ámbito administrativo a la de su mera ejecución. Vistas así las cosas no parece demasiado relevante detenerse en la administración del Poder Judicial sino más bien en el gobierno en cuanto órganos dotados de cierta discrecionalidad en la adopción de cierto tipo de decisiones institucionales. Esta discrecionalidad debe desenvolverse en el estrecho margen fijado por las leyes, teniendo como contenido un sinnúmero de materias relacionadas con la marcha institucional en su conjunto.

Las tareas de gobierno del Poder Judicial comprenden la fijación de políticas generales, el control de la gestión de los recursos humanos y materiales, la aprobación del presupuesto, el nombramiento y remoción de los jueces, la designación de funcionarios auxiliares. Sin embargo, y no obstante lo anteriormente señalado, hay quienes reducen el ámbito de lo gubernativo a los aspectos de selección, nombramiento, supervisión y remoción de magistrados⁸⁹², en clara coincidencia con el criterio establecido por la Constitución española de 1978 que circunscribe el gobierno del Poder Judicial a la instauración del órgano encargado de la designación, inspección y sanción de los jueces⁸⁹³, dejando así fuera del ámbito gubernativo al resto⁸⁹⁴ de funciones ya señaladas, que si bien están relacionadas con el quehacer jurisdiccional no se identifican con ella.

Como se ve, de nuevo en el contexto español, lo administrativo no es meramente aplicativo.

4. El gobierno del Poder Judicial en el Perú

Si como hemos dicho el gobierno del Poder Judicial comprende tanto la designación y remoción de los magistrados, como el establecimiento de metas institucionales y de gestión corporativa, en el Perú se ha optado por un modelo mixto del gobierno. En efecto, el artículo 154 de nuestra Constitución establece como funciones del Consejo Nacional de la Magistratura las de seleccionar, nombrar, ratificar a magistrados de todas las instancias, así como aplicar sanción de destitución a los jueces supremos. En vista de ello, las funciones de

⁸⁹¹ Una serie de definiciones de lo gubernativo y lo administrativo en el ámbito del Poder Judicial se encuentra en: EGUIGUREN, E, SILES, A., GONZALES, G. y ESPINOSA-SALDAÑA, E.. Gobierno y administración del Poder Judicial. De la función jurisdiccional y sistema de carrera judicial Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2002, pp. 23-28, en especial la p. 26

⁸⁹² Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Gobierno y administración del Poder Judicial, citado por Eguiguren et al., Ob. cit, p. 28.

⁸⁹³ Cabe asimismo señalar que en el contexto español el "gobierno" del Poder Judicial, es decir la institución de la selección, inspección y sanción de los magistrados, se encuentra en un organismo autónomo fuera de la estructura propiamente judicial denominada Consejo General del Poder Judicial. Véase a este respecto a BANDRÉS, J.M. Poder Judicial y Constitución. Bosch, Barcelona, 1987, pp. 35-44, quien además diferencia entre gobierno del Poder Judicial, (ya señalado) y organización y gobierno de la administración de justicia. En la misma óptica léase a RODRÍGUEZ, C.

⁸⁹⁴ El Poder Judicial en la Constitución. Bosch, Barcelona, 1980, pp. 133-151. De otro lado, también es importante aclarar que en nuestro país tales funciones son ejercidas complementariamente entre el Consejo Nacional de la Magistratura y el Poder Judicial.

inspección y aplicación de medidas disciplinarias distintas a la destitución de los jueces de todos los niveles, así como la destitución de magistrados de instancias intermedias e inferiores queda reservada al propio Poder Judicial. Por otra parte, la función de dirección institucional (decisión, planeación y ejecución) queda en manos del propio Poder Judicial.

Queda claro, entonces, que una serie de funciones de gobierno están en manos del Poder Judicial, y otras, en menor medida pero de suma importancia, en manos del Consejo Nacional de la Magistratura, con lo que el gobierno del Poder Judicial es compartido con órganos externos a él.

El artículo 143 de nuestra actual Constitución establece la estructura básica del Poder Judicial: la existencia de órganos que ejercen la función jurisdiccional y órganos que ejercen su gobierno al interior de él. Dentro del mismo artículo se enuncia a los órganos jurisdiccionales empezando por la Corte Suprema, las demás cortes y juzgados de acuerdo con su ley orgánica. Lo aconsejable hubiese sido que, en el mismo artículo a renglón seguido, se enumeren sus órganos de gobierno, pero no ocurrió así.

El texto del artículo 144 hace referencia únicamente al presidente del Poder Judicial y a la Sala Plena de la Corte Suprema, y allí se detiene. Nada dice de si estos son órganos de gobierno o si les cabe también función jurisdiccional, especialmente si omite diferenciar entre la Corte Suprema y la Sala Plena de la misma. Un ejercicio deductivo nos indicará que si en el artículo 143 se ha enunciado que al Poder Judicial lo componen órganos jurisdiccionales y de gobierno, especificando quienes integran al primero de ellos, los otros órganos que se mencionen en la Constitución asumirán las funciones de gobierno, más aún si tal mención se realiza en el artículo siguiente.

Dicho esto, el artículo 144 tampoco deja entrever a los demás órganos del gobierno, como sí lo hace en el campo jurisdiccional al establecer en el 143 la existencia de cortes y juzgados, es decir, de órganos colegiados e individuales, distintos a la corte suprema. Menos aún señala siquiera cuáles son las competencias mínimas de los dos órganos de gobierno enunciados.

Lo único que dice el texto bajo comentario es que existe un órgano máximo de deliberación al interior del Poder Judicial, el cual es la Sala Plena de la Corte Suprema y por debajo de él, lógicamente, se encontraría al presidente del Poder Judicial.

La Constitución deja, pues, al desarrollo legislativo, léase Ley Orgánica del Poder Judicial, el establecimiento del resto de órganos de gobierno del Poder Judicial, así como las competencias que a cada una de ellas se les asigne. Establece únicamente una sola regla: la primacía de la sala Plena como órgano máximo en todos los ámbitos de deliberación. Y a esta regla es la única a la que está sujeto el legislador⁸⁹⁵.

⁸⁹⁵ Al establecer mediante el artículo 144 que el presidente de la corte suprema lo es también del Poder Judicial, el constituyente únicamente ha querido establecer dos cosas: que, como ya se ha dicho, un órgano de gobierno recaiga en alguien que desempeñe labor jurisdiccional y, segundo, que ha de existir un órgano de gobierno denominado presidencia. Como ya lo dijimos, estas consideraciones no importan una regla significativa al legislador porque no permite

Pero el constituyente peruano no ha querido desligar la función de gobierno interno del Poder Judicial de quienes ejercen función jurisdiccional. En otras palabras, según el texto constitucional, son los propios jueces quienes se gobiernan. Comparten pues funciones jurisdiccionales y funciones de gobierno. Es más, nuestro artículo en comentario se vale de los órganos jurisdiccionales señalados en el artículo anterior para instituir los órganos de gobierno. Así: "El Presidente de la Corte Suprema lo es también del Poder Judicial. La Sala Plena de la Corte Suprema es el órgano máximo (...)"

A nivel infraconstitucional, mediante el Decreto Legislativo N° 767, Ley Orgánica del Poder Judicial (IUO aprobado por ns. N° 017-93-JUS), se ha establecido que la Sala Plena de la Corte Suprema está integrada por todos los vocales titulares o provisionales de distintas salas supremas, así como los vocales del Consejo de Gobierno del Poder Judicial⁸⁹⁶, el Jefe de la Oficina de Control Interno y el vocal administrativo.

Las funciones asignadas a la Sala Plena de la Corte Suprema según su ley orgánica son, en resumen, las siguientes: a) ejercer el derecho de iniciativa legislativa, acordar la interposición de demanda de inconstitucionalidad; b) elegir al Presidente de la Corte, al jefe de la Oficina de Control Interno y al vocal administrativo; c), elegir al representante ante el Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones; d) aprobar la política general y el plan de desarrollo del Poder Judicial, e) aprobar el Reglamento general del Poder Judicial; f) supervisar a los órganos jurisdiccionales de apoyo y otras dependencias, etc.

El Consejo de Gobierno, establecido en el marco de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es un petit comité de la Corte Suprema, ya que todos sus miembros provienen directa o indirectamente de ella. Son funciones asignadas al Consejo de Gobierno las siguientes: a) proponer a la Sala Plena la política general y el plan de desarrollo del Poder Judicial, b) elaborar el anteproyecto de presupuesto, c) proponer a la Sala Plena la creación de nuevas salas superiores, así como su reubicación, etc.

Por su parte, el presidente del Poder Judicial es el Presidente de la Corte Suprema, a su vez preside la Sala Plena y el Consejo de Gobierno, representa al Poder Judicial, dispone la ejecución de los acuerdos de Sala Plena y del Consejo de Gobierno, etc.

5. La experiencia pasada y perspectivas

distinguir ni las funciones que debe tener ni la relación con el resto de órganos de gobierno, cuestión que sí se ha establecido cuando habla de la sala plena de la corte suprema como órgano máximo de deliberación. De otro lado, a pesar de esta amplitud que tiene el órgano legislativo para la configuración del gobierno del Poder Judicial, la única regla impuesta por el constituyente de 1993 ha sido varias veces quebrantada, como oportunamente anotaremos.

⁸⁹⁶ Según la misma norma el mencionado Consejo está integrado por el Presidente de la Corte Suprema, el vocal Jefe de la Oficina de Control Interno, y el vocal administrativo, así como dos miembros elegidos por la Corte Suprema. Si se tiene en cuenta de que el Jefe de la Oficina de Control Interno es un vocal supremo y la vocalía administrativa está dirigida por un vocal supremo, no es difícil observar que la Sala Plena y el Consejo de Gobierno del Poder Judicial están íntegramente conformados por magistrados supremos.

A partir del autogolpe de 1992, el Poder Judicial sufrió una notable injerencia política tanto desde el Ejecutivo como del Legislativo, que supuso el quebrantamiento no solo de la independencia judicial consagrada en el artículo 139 sino de su propia configuración gubernativa.

Como habíamos adelantado, no obstante ser mínima la regla que establece el artículo 144 de la Constitución en referencia a los órganos de gobierno del Poder Judicial, fue violada en múltiples oportunidades. Se expidieron una serie de decretos leyes por los cuales la Comisión Ejecutiva (nuevo nombre para el Consejo de Gobierno) asumió las funciones de "formular y ejecutar la política general y el plan de desarrollo del Poder Judicial", así también la de "crear y suprimir distritos judiciales (o circunscripciones jurisdiccionales), salas de cortes superiores y juzgados", así como su reubicación y la aprobación del Reglamento General del Poder Judicial.

Como puede apreciarse, la aprobación de esta norma supuso el traslado de atribuciones que antes eran propias de la Sala Plena hacia el Consejo de Gobierno (o Comisión Ejecutiva) del Poder Judicial, lo cual importó, en buena cuenta, que sea este y no aquel el órgano máximo en determinadas competencias señaladas en el párrafo precedente. Tal ejercicio equivale, pues, a una abierta violación al artículo 144 de la Constitución que establece que la Sala Plena de la Corte Suprema es el órgano máximo de deliberación en todos los ámbitos de gobierno del Poder Judicial.

y es que tal vaciamiento del contenido de no solo la autonomía del Poder Judicial sino de su propia jerarquía gubernativa tenía por finalidad influir en lo estrictamente jurisdiccional de manera indirecta y solapada, puesto que muchas veces se crearon salas y juzgados con jueces especialmente adeptos al régimen y que sentenciaron controvertidos casos políticos. Queda así demostrada la importancia de diseñar correctamente los órganos de gobierno del Poder Judicial, no solo a nivel legislativo sino también constitucional.

Por ello, la configuración de los órganos de gobierno debe de excluir cualquier atisbo de injerencia política, sin que por ello se descuide la atenta observación de la realidad presente en la que son los propios órganos jurisdiccionales quienes ejercen, de una manera u otra, las funciones de gobierno del Poder Judicial, trayendo consigo no pocos problemas.

No debe olvidarse que el gobierno del Poder Judicial es una función eminentemente organizativa en la cual hay que aprobar planes y cumplir metas de gestión institucional. El manejo de estas materias por parte de los propios jueces no parece ser el más aconsejable, habida cuenta que el propio espíritu corporativo hace esperar cierta complacencia al momento de supervisar y sancionar de parte de los órganos de dirección a sus propios colegas. Del mismo modo, la opción por la consagración de un autogobierno, (aunque no de manera total, ciertamente) atenta también contra la especialización de los jueces quienes a la vez que atienden cuestiones jurisdiccionales tendrán que atender cuestiones organizativas y administrativas.

DOCTRINA

BANDRÉS, J.M. Poder Judicial y Constitución. Bosch, Barcelona, 1987;
EGUIGUREN, E, SILES, A., GONZALES, G. y ESPINOSA-SALDAÑA, E.
gobierno y administración del Poder Judicial. Organización de la función
jurisdiccional y sistema de carrera judicial. Fondo Editorial Pontificia
Universidad Católica del Perú - PUCP, Lima, 2002; GARCÍA BELAUNDE,
Domingo. Gobierno y administración del Poder Judicial; LÓPEZ GUERRA, Luis.
El Poder Judicial en el Estado Constitucional. Palestra Editores, Lima, 2001;
RODRÍGUEZ, C. El Poder Judicial en la Constitución. Bosch, Barcelona, 1980.

Presupuesto del Poder Judicial

Artículo 145

El Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 78, 80, 82, 102.4, 143, 144, 160, 162;
L.O.P.J.: arts. 2, 76 inc. 8), 82 inc. 2), 117 al 119 Y 121;
L.O.M.P.: arto 30;
P.I.D.C.P.: arto 1.2;
P.I.D.E.S.C.: arts. 1.2 y 25

Hugo Sivina Hurtado

1. Introducción

El artículo bajo comentario se encuentra inserto en el Capítulo VIII "Poder Judicial" del Título IV; denominado "De la Estructura del Estado", de la Constitución Política de 1993; y recoge un tema de crucial importancia para la vida nacional, el cual es la garantía del imperio de la ley a través del funcionamiento de una institución cuya intervención reviste el carácter de definitivo. De allí, pues, que la dotación de los suficientes medios económicos para cumplir a cabalidad su cometido resulte el punto final de una reflexión y decisión seria sobre qué clase de justicia queremos para nuestro país.

Así, si concebimos que los peruanos, a pesar de las inveteradas crisis económicas que padecemos, necesitamos un aparato de justicia moderno, eficiente, garantista, y sobre todo independiente; y que la justicia, como valor, tiene un correlato económico según el cual se torna en bien público⁸⁹⁷, pues entonces no hay duda de que las leyes de presupuesto deben reflejar las cantidades que el Poder Judicial necesita y solicita.

Encontramos, pues, que el tema presupuestal es consustancial y base para la sostenibilidad de la independencia del Poder Judicial frente a los otros Poderes del Estado. La historia de nuestro país registra por lo menos un caso de intento de doblegar al Poder Judicial por designio del gobernante de turno. Así sucedió, por ejemplo, en el año 1921, cuando en el régimen de Augusto B.

⁸⁹⁷ "Una característica de dichos bienes reside en que, una vez que han sido ofrecidos, sus beneficios se reparten o distribuyen entre todos los miembros de la comunidad, hayan contribuido o no a sufragar los costes de fabricación del bien. Nadie puede ser excluido. Dos buenos ejemplos de este tipo de bienes son el mantenimiento de la ley y del orden interior por la policía y el Poder Judicial, y la defensa nacional". BURNINGHAM, David y otros. Economía. Ediciones Pirámide S.A., Madrid, 1996, p. 54. Ver también: FINOT, Iván. Descentralización en América Latina: teoría y práctica. Serie Gestión Pública N° 12. Ilpes. Santiago de Chile, 2001, pp. 46-47. INSTITUTO APOYO. Economía para todos. Texto y guía de consulta. Editorial Bruño, Lima, 1997, p. 120.

Leguía se suspendió el pago de los haberes de los vocales de la Corte Suprema⁸⁹⁸.

2. Antecedentes

El artículo bajo comentario tuvo su antecedente mediato en el artículo 238 de la derogada Constitución Política de 1979, cuyo texto fue el siguiente:

"Artículo 238.- La Corte Suprema formula el proyecto de presupuesto del Poder Judicial. Lo remite al Poder Ejecutivo para su inclusión en el proyecto de Presupuesto General del Sector Público. Puede sustentarlo en todas sus etapas.

El Presupuesto del Poder Judicial no es menor del dos por ciento del presupuesto de gastos corrientes para el Gobierno Central".

Su fórmula definitiva se obtuvo sobre la base de la propuesta estipulada en el artículo 164 del Proyecto presentado por la Comisión de Constitución al Pleno del Congreso Constituyente Democrático, cuyo texto fue el siguiente:

"Artículo 164.- El Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo. Lo sustenta en esa instancia y ante el Congreso"⁸⁹⁹.

3. Análisis comparativo

Entre los tres textos transcritos, el de la derogada Constitución Política de 1979 (artículo 238), el del proyecto constitucional (artículo 164), y el de la actual Carta Política (artículo 145), advertimos marcadas diferencias.

Así, mientras en el primero se encarga a la Corte Suprema formular y presentar el proyecto, en los dos siguientes se hace referencia a la presentación por parte del Poder Judicial. En aquel texto, la Corte Suprema, a través de las salas correspondientes, era el órgano que realizaba su labor propia jurisdiccional, y también, por intermedio de la Sala Plena, es decir, de la totalidad de sus integrantes reunidos, se pronunciaba sobre asuntos de gobierno como Poder del Estado. En el texto vigente, al referirse expresamente al Poder Judicial-mas no a la Corte Suprema, que es uno de los órganos que lo conforman- deja abierta la posibilidad de que su formulación y aprobación sea por otros órganos⁹⁰⁰.

La segunda es que en el texto constitucional de 1979 se establece un valor mínimo para el presupuesto del Poder Judicial, equivalente al dos por ciento del presupuesto de gastos corrientes⁹⁰¹ del gobierno central, lo que no ocurre ni en la Constitución Política actual ni en el proyecto que le sirvió de basé).

⁸⁹⁸ PAREJA PAZ SOLDÁN, José. Derecho Constitucional peruano y /o Constitución de 1979. Tomo I. Editorial Ital Peru S.A., Lima, 1980, p. 404

⁸⁹⁹ El texto ha sido tomado de TORRES Y TORRES-LARA, Carlos. El centro del debate constitucional en 1993. Tomo 11, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2000, p. 511

⁹⁰⁰ El inciso 4 del artículo 82 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, TUO LOPJ), prescribe que la propuesta del proyecto corresponde a la Gerencia General, y su aprobación y ejecución, luego de sancionado legalmente, al Consejo Ejecutivo.

Aquello es un hito en la historia de los textos constitucionales peruanos. Decimos en "los textos"⁹⁰² desde que, durante los años que estuvo vigente dicha Carta Política, jamás se cumplió tal precepto⁹⁰³. En concordancia con esta prescripción, de fijar un porcentaje mínimo indiscutible, el primer párrafo del artículo 238 ordenaba la remisión del proyecto al Poder Ejecutivo "(...) para su inclusión en el proyecto de Presupuesto General del Sector Público". Es decir, el Poder Ejecutivo solo debía servir para consolidar el presupuesto general, sin alterar las cifras proporcionadas por el Poder Judicial.

Encontramos también una sutil diferencia -la tercera- entre los textos del vigente artículo 145 y el de su antecedente inmediato, el artículo 164 del proyecto. En este se prescribía que la propuesta alcanzada por el Poder Judicial al Poder Ejecutivo debía ser sustentado ante este y ante el Congreso; lo que, en la práctica, de haber prosperado, hubiera obligado a una doble gestión de sus tentación con el correspondiente riesgo a verse doblemente expuesto a un recorte en los estimados de ingresos y gastos, a gusto tanto de los funcionarios sectoriales como de los técnicos y políticos del Congreso.

4. Análisis exegético

⁹⁰¹ El concepto "gasto corriente" puede entenderse como aquel que la Administración realiza regularmente y que, por tal motivo, el contravalor pagado se consume de inmediato. Por oposición existen los llamados "gastos de capital", los cuales significan inversión, durabilidad, transformaciones y modernizaciones. Ejemplos del primer tipo son el pago de remuneraciones, beneficios sociales, adquisición de material para el funcionamiento diario de la burocracia, entre otros. Estos rubros pueden cambiar por una decisión jurídico política, con la consecuente variación de los valores que se hallen referidos a los "gastos corrientes". Cfr.: CASTILLO c., Luciano. Finanzas públicas. 3ª edición. Empresa Editora Alternativa E.I.R.L., Lima, 1982, pp. 111-112

⁹⁰² En la sesión del Pleno del Congreso Constituyente Democrático del 26 de julio de 1993, el congresista Henry Pease sustentó la conveniencia de establecer en el texto constitucional un porcentaje mínimo para el presupuesto del Poder Judicial. Dijo: "Nuestra propuesta dice 'el tres por ciento' y lo plantea como mínimo. ¿Y por qué sostenemos que es indispensable? Porque no va a haber autonomía, aunque pueda venir aquí el Presidente de la Corte Suprema". En la misma sesión, al fundamentar su posición sobre el mismo tema, la desafortunada congresista Martha Chávez dijo:

"Señor Presidente: como quiera que se ha hablado también de la necesidad de un porcentaje para el presupuesto del Poder Judicial, convengo en lo que señalé también en la oportunidad debida en la Comisión de Constitución: no es necesario incluir estos porcentajes, porque, si no, al hacerlo tendríamos que también repetir lo mismo para otros sectores tan o más importantes que el Poder Judicial, entre ellos, por ejemplo, el sistema electoral, las Fuerzas Armadas, el sector Salud, el sector Educación.- Si anduviéramos fijando porcentajes en la Constitución, evidentemente, no necesitaríamos tener un Ministro de Economía y Finanzas y las cosas se resolverían simplemente con los porcentajes que señala la Constitución, cosa que no es, desde ningún punto de vista, técnico o posible." C& TORRES y TORRES-LARA, Carlos. Ob. cit. en la nota 3; pp. 459 Y 464, respectivamente.

⁹⁰³ En la sesión del Pleno del Congreso Constituyente Democrático del 26 de julio de 1993, el ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia y entonces congresista, César Fernández Arce, expuso lo siguiente: "¿Cuál es el presupuesto que ha tenido el Poder Judicial? Hagamos una revisión de números: en el año 1969, el presupuesto del Poder Judicial era el 1,03%; año 1970, 0,63%; año 1980 -año en el que entró en vigencia la Constitución que establecía un porcentaje no menor al 2%-, 0,34%; año 1981, 0,69%; año 1982, 1,70%; año 1983, 0,81%; año 1984, 0,72%; año 1985, 0,54%; año 1986, 0,90%; año 1991, 2%. Este dos por ciento nunca pudo entregarse como correspondía al Poder Judicial. Las partidas no venían oportunamente, de tal manera que no cumplían su cometido." Cfe. TORRES y TORRES-LARA, Carlos. Ob. cit. en la nota 3, p. 453.

Las ideas expuestas en los párrafos que anteceden nos dan un buen impulso para dar inicio al análisis exegético del artículo bajo estudio, cuyo texto reproducimos nuevamente solo por razones didácticas: "Artículo 145.- El Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso".

Una primera aproximación al significado jurídico de esta prescripción la obtenemos del estudio de sus verbos rectores: presenta y sustenta. Efectivamente, ambos son de la primera conjugación (sus infinitivos terminan en ar), se encuentran en tiempo presente del modo indicativo, y describen un hacer de una "tercera persona", en este caso, el Poder Judicial. Además, la prescripción constitucional se cumple en dos etapas, una de ellas, la primera, ante el Poder Ejecutivo, y la otra ante el Congreso de la República.

Con estos datos podemos afirmar lo siguiente:

El proyecto de presupuesto que el Poder Judicial "presenta" ante el Poder Ejecutivo debe ser incluido en sus propios términos y sin modificación alguna, en el texto del proyecto que, a su vez y por mandato del artículo 78 de la Constitución Política, envía el Poder Ejecutivo al Congreso de la República. Esta conclusión tiene sentido si consideramos la primera acepción del verbo "presentar", según el Diccionario de la Real Academia: "Hacer manifestación de una cosa, ponerla en la presencia de alguien". A nuestro entender, el texto constitucional es claro en cuanto a que el límite formal y material de la acción que ordena es poner en conocimiento del Ejecutivo el monto de los ingresos y gastos calculados para un año calendario. Debo agregar, aunque parezca obvio, que ni por asomo esta parte del artículo manda, prescribe o permite la observación o rebaja de lo presupuestado, tal como en la práctica se hace⁹⁰⁴. Conviene recordar, en abono de esta tesis, el cambio habido entre el texto del proyecto y la versión definitiva. En aquel se prescribía no solo la presentación sino también la sustentación ante el Poder Ejecutivo, extremo que no fue acogido finalmente⁹⁰⁵.

Corresponde ahora el análisis de la segunda etapa en el cumplimiento de la prescripción constitucional bajo estudio. Esta fase se realiza ante el Congreso de la República y consiste en sustentar el proyecto de presupuesto previamente presentado ante el Poder Ejecutivo. A nivel constitucional, esta

⁹⁰⁴ Al fundamentar el proyecto de la Comisión de Constitución, en la sesión del Pleno del Congreso Constituyente Democrático del 26 de julio de 1993, el extinto Congresista Carlos Torres y Torres Lara dijo lo siguiente: "Igualmente, habría que señalar la importancia del artículo 164 (145 de la Constitución de 1993), relativo a la necesidad de proveerle al Poder Judicial los recursos presupuestarios necesarios. (...) Pero lo que se quiere es darle mayor autonomía al Poder Judicial, y en ese sentido se establece, mediante este artículo, que el propio Poder Judicial, a través de su Presidente, sustenta su pliego ante el Congreso. De tal manera que, independientemente de la opinión que pueda tener el Poder Ejecutivo sobre el presupuesto del Poder Judicial, lo cierto es que las autoridades del Poder Judicial acudirán al Congreso para sustentar lo que consideran que es deseable en materia presupuestaria.(.. .)". Cfr. TORRES Y TORRES-LARA, Carlos. Ob. cit. en la nota 3, p. 451.

⁹⁰⁵ En el apartado 3. Análisis comparativo, hemos advertido esta sutil pero importante diferencia en los textos

prescripción debe entenderse en armonía con la contenida en el primer párrafo del artículo 80⁹⁰⁶.

Valiéndonos nuevamente del Diccionario de la Real Academia, advertimos que en su cuarta acepción, sustentar significa "Defender o sostener determinada opinión". Con este antecedente podemos concluir, de manera preliminar, que la defensa de un proyecto de presupuesto no obliga al receptor -en este caso, el Congreso- a recogerlo y hacerlo suyo, pudiendo este modificarlo y adecuarlo con las reales necesidades del país. Esto por un lado.

Sin embargo, en la medida de que el primer párrafo del artículo 79 de la Constitución niega expresamente a los congresistas la posibilidad de crear y aumentar el gasto público, salvo en lo que a su propio presupuesto se refiere⁹⁰⁷, válidamente nos preguntamos si la aprobación de una ley de vigencia anual por la que se autorizan gastos públicos, casi siempre mayores que los del periodo anterior, es arreglada a la letra y al espíritu de la Constitución; o si lo que esta quiere es que el Congreso tome nota de las razones técnicas y políticas que motivaron al Gobierno a proyectar un determinado presupuesto -incluido en sus propios términos el del Poder Judicialen tanto y en cuanto es atributo del Presidente de la República "administrar la hacienda pública", tal como prescribe el inciso 17 del artículo 118 de la Constitución Política, y apruebe el proyecto tal cual, sin posibilidad de corregido o rectificarlo⁹⁰⁸.

DOCTRINA

BURNINGHAMM, David y otros: Economía. Madrid, Ediciones Pirámide S.A., 19%; CASTILLO c., Luciano. Finanzas Públicas. 3° edición, Empresa Editora Alternativa E.I.R.L., Lima, 1982; FINOT, Iván. Descentralización en América Latina: teoría y práctica. Santiago de Chile, Ilpes, serie Gestión Pública N° 12, 2001;

INSTITUTO APOYO. Economía para todos. Texto y guía de consulta. Editorial Bruño, Lima, 1997; PAREJA PAZ SOLDÁN, Ja;É. Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979. Tomo 1, Editorial Ital Peru S.A., Lima, 1980; TORRES Y TORRES LARA, Carlos. El centro del debate constitucional en 1993. Tomo 11, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2000.

⁹⁰⁶ Constitución Política de 1993. "Artículo 80.- Sus tentación del Presupuesto Público.- El Ministro de Economía y Finanzas sustenta, ante el Pleno del Congreso, el pliego de ingresos. Cada ministro sustenta los pliegos de egresos de su sector. El Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación y el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones sustentan los pliegos correspondientes a cada institución. (. . .)".

⁹⁰⁷ Constitución Política de 1993. "Artículo 79.- Restricciones en el gasto público.- Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar Gastos Públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto. (...)".

⁹⁰⁸ Tómese nota, en este sentido, que el segundo párrafo del artículo 80 de la Constitución Política de 1993 sanciona una eventual inoperancia del Congreso en caso este no apruebe el texto de la autógrafa de la ley de presupuesto en un plazo que vence el 30 de noviembre, en cuyo caso entra en vigencia el proyecto del Poder Ejecutivo, que lo promulga mediante decreto legislativo. Sobre la posibilidad de enmienda del proyecto por parte del Congreso, véase: CASTILLO c., Luciano. Ob. cit. en la nota 5, p. 34.

Artículo 146

Exclusividad de la función jurisdiccional

La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo. Los jueces solo perciben las remuneraciones que les asigna el Presupuesto y las provenientes de la enseñanza o de otras tareas expresamente previstas por la ley.

El Estado garantiza a los magistrados judiciales:

1. Su independencia. Solo están sometidos a la Constitución y la ley.
2. La inamovilidad en sus cargos. No pueden ser trasladados sin su consentimiento.
3. Su permanencia en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función. Y 4. Una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 24, 40, 139 inc. 2), 154, 159;

C.P.; arts. 385,395,401;

C.P.C.: arto 56;

L.O.P.J.: arts. 2, 3, 4, 16, 17, 184 inc. 8), 186, 187, 188, 196,217,222,245;

L.O.M.P.:arts. 18, 20, 58, 59;

C.A.D.H.: artso 8.1, 11;

D.U.D.H.: arts. 10, 23 inc. 3);

P.I.D.C.P.: arts. 7 inc. a)ii, 1401;

P.I.D.E.S.C.: art. 11.1

Javier Adrián Coripuna

1. Introducción

El artículo 146 de la Constitución complementa lo establecido por el artículo 139 incisos 1) Y 2) de la misma en lo que se refiere a los principios de independencia y exclusividad de la función jurisdiccional. Estas disposiciones están referidas a dos ámbitos de los referidos principios. De un lado, los incisos 1) Y 2) del artículo 139 "proclaman" la independencia y exclusividad de la función jurisdiccional y de otro, el artículo 146 establece un conjunto de "garantías" que pretenden asegurar tales principios.

Las diferentes disposiciones contenidas en el artículo 146 constituyen el parámetro que con mayor idoneidad puede reflejar el grado de independencia judicial que debe existir en el ordenamiento jurídico peruano, de manera tal que se podrá sostener que una organización jurisdiccional como la peruana es independiente cuando:

- a) sus integrantes puedan administrar justicia sin interferencias de los poderes Ejecutivo, Legislativo u órgano constitucional alguno; b) no puedan ser cambiados de cargo sin su consentimiento; c) no puedan ser removidos de la

función judicial sin existir causa justificada; y d) puedan recibir una remuneración acorde con la alta misión que desarrollan.

Sobre el particular, cabe mencionar, sin recurrir a un extenso análisis histórico sobre el grado de independencia judicial que ha existido en nuestro país, que en su mayoría, los intentos de lograr una "reforma" del Poder Judicial no han sido sino el pretexto ideal para una sistemática y clara interferencia política en la función jurisdiccional. A manera de ejemplo y tomando como parámetro el conjunto de garantías referido en el párrafo precedente, es pertinente mencionar que en el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori se vulneró abiertamente el principio de independencia judicial.

Así en lo que se refiere a la no interferencia del Poder Ejecutivo, el Congreso de la República de entonces, contando con mayoría oficialista, aprobó la Ley N° 26546 del 21 de noviembre de 1995, mediante la cual se creó la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial como organismo encargado del gobierno y dirección del Poder Judicial, la misma que tenía como Secretario Ejecutivo -y Titular del Pliego del Poder Judicial- a un oficial en retiro de la Marina de Guerra del Perú, con lo cual se evidenció la interferencia del Poder Ejecutivo en el gobierno del Poder Judicial.

En lo que se refiere a la garantía de permanencia y de inamovilidad, cabe precisar, respecto de la primera, que a los pocos días de producido el golpe del 5 de abril de 1992, el denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional expidió los Decretos Leyes N°s. 25442, 25443, 25446, 25471, 25491, 25529, 25563, 25580, mediante los cuales se cesó arbitrariamente a 134 magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público; y respecto de la segunda, que debido a la existencia de una mayoría de magistrados "provisionales", se posibilitó el traslado de aquellos magistrados que no cedían ante las presiones del régimen instaurado, haciéndose evidente la violación de las garantías de permanencia e inamovilidad judicial. Finalmente, en lo que se refiere a las remuneraciones de los magistrados, se debe mencionar que pese a la existencia de recursos económicos provenientes de créditos otorgados por organismos internacionales, no se incrementó significativamente las remuneraciones de los jueces a un nivel que les asegure un nivel de vida acorde con las funciones que desempeñan. .

Seguidamente analizaremos las referidas garantías procurando, en la medida de lo posible, consignar los antecedentes que de estas existan en los textos constitucionales precedentes.

2. La función jurisdiccional es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo

Algunos de sus antecedentes se encuentran en la Constitución de 1826, que en su artículo 97 establecía que "los Tribunales y Juzgados no ejercen otras funciones que la de aplicar leyes existentes"; en la Constitución de 1920, en cuyo artículo 149 preveía que "los Miembros del Poder Judicial no podrán ser

nombrados por el Poder Ejecutivo para desempeñar ningún cargo político, exceptuándose a los Magistrados de la Corte Suprema que podrán ser nombrados Ministros de Estado"; en la Constitución de 1933, que disponía en su artículo 226 que "los miembros del Poder Judicial no pueden desempeñar ningún cargo que dependa de la elección del Congreso, ni de nombramiento del Poder Ejecutivo, ni de ninguna otra autoridad o corporación administrativa. Se exceptúa los cargos diplomáticos, los de la enseñanza universitaria, las comisiones codificadoras o de reforma de las leyes, la delegación del Perú en congresos conferencias internacionales o científicos, y las funciones de árbitro o de abogado en los tribunales de arbitraje internacional en que se controvierta algún derecho del Perú", y en la Constitución de 1979, que preveía en su artículo 243 que "La función judicial es incompatible con toda otra actividad pública o privada, excepto la docencia universitaria. Los magistrados están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga".

En cuanto a la Constitución de 1993 y sin perjuicio del comentario que se haya efectuado sobre el artículo 139 inciso 1) de la Constitución (principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional) y sobre el primer párrafo del artículo 138 (la potestad de administrar justicia se ejerce por el Poder Judicial), cabe mencionar que el principio de exclusividad tiene dos vertientes: una vertiente negativa, contenida en el párrafo bajo comentario, conocida también como "exclusividad en sentido propio", según la cual, quienes se encargan de administrar justicia no pueden desempeñar otras funciones diferentes a esta; y, una vertiente positiva, contenida en los mencionados artículos 139 inciso 1) Y 138, primer párrafo, de la Constitución, conocida también como "reserva de jurisdicción", según la cual solo el Poder Judicial es el encargado de ejercer la administración de justicia. Esta reserva de jurisdicción a favor del Poder Judicial tiene 3 excepciones; la primera, prevista en el referido inciso 1) del mencionado artículo 139 según la cual se reconoce la existencia de una "jurisdicción militar"; la segunda, prevista en el artículo 178 inciso 4) que establece que el Jurado Nacional de Elecciones administra justicia en materia electoral; y la tercera, prevista en el artículo 201, según la cual el Tribunal Constitucional se constituye en el órgano de control de la Constitución.

Sobre el principio de exclusividad, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N° 0017 -2003-AI/TC, que aquel "(H) es directamente tributario de la doctrina de la separación de poderes, en virtud de la cual las diversas funciones jurídicas del Estado deben estar distribuidas en órganos estatales disímiles y diferenciados, siendo también distintos los funcionarios jurisdiccionales a quienes se ha confiado su ejercicio. En ese sentido, el principio de exclusividad afecta, de un lado, al estatus jurídico de los magistrados y, por otro, al orden funcional del órgano de la jurisdicción ordinaria (...). De acuerdo con el primero, los jueces que forman parte del Poder Judicial están dedicados única y exclusivamente a ejercer la jurisdicción, esto es, a ejercer funciones de naturaleza judicial, de modo que el ejercicio de la función que se les confía a los jueces y magistrados es incompatible con cualquier otra actividad pública y privada, con la única excepción de la docencia universitaria, y siempre que ella se ejerza fuera del horario de trabajo judicial, como precisa el artículo 146 de la Norma Suprema (...). De acuerdo con el segundo, solo el Poder Judicial ejerce la función jurisdiccional del

Estado, sin que algún otro poder público pueda avocarse el ejercicio de dicha función. Así, es el Poder Judicial, en principio, el único de los órganos estatales a quien se ha confiado la protección jurisdiccional de las situaciones subjetivas y de los intereses y bienes jurídicamente relevantes, no pudiéndose establecer ninguna jurisdicción independiente (artículo 139 inc. 1), o que otros órganos realicen el juzgamiento de materias confiadas a él ya sea por comisión o por delegación, o por órganos jurisdiccionales de excepción o comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación [incs. 1) Y 3), arto 139 de la Constitución] (...). [U]na de las] excepciones al principio de exclusividad y unidad, está representada por la existencia de la denominada jurisdicción militar. Asimismo, debe advertirse que los principios de unidad y exclusividad judicial tampoco niegan la existencia de jurisdicciones especializadas, como las confiadas al Tribunal Constitucional o al Jurado Nacional de Elecciones" [FFJJ 116 a 120].

Como ya se ha adelantado, la disposición que ahora analizamos constituye la vertiente negativa del principio de exclusividad de la función jurisdiccional. Al decretar: "La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada" está estableciendo que en el desarrollo de la actividad jurisdiccional los jueces solo pueden realizar esta función, no pudiendo laborar en ninguna otra actividad, ya sea para el Estado o para particulares, es decir, que un juez, a la vez que administra justicia, no puede desempeñar empleos o cargos retribuidos por la administración pública o por entidades particulares. La finalidad de esta disposición se encuentra relacionada con el principio de imparcialidad de la función jurisdiccional, toda vez que se busca evitar que el juzgador al resolver un determinado caso se parcialice en defensa del interés de una entidad pública o privada. Por ello, si la función jurisdiccional se atribuye a un juez es, básicamente, para garantizar que la aplicación del Derecho y la interpretación de la normas la realice una autoridad que no se comprometerá con los intereses del caso concreto sino con la defensa de la Constitución y la ley expedida conforme a esta.

Al establecer que la "docencia universitaria" constituye una excepción al principio de exclusividad de la función jurisdiccional, la disposición que comentamos ha previsto una permisión en el sentido de que los jueces, además de administrar justicia, puedan ejercer la docencia universitaria. La finalidad de esta excepción se encuentra en el fomento de la función docente en el ámbito universitario, pues cuando el juez resuelve los casos sometidos a su conocimiento adquiere cierto nivel de experiencia que resultaría importante en el mejor desarrollo de la enseñanza universitaria.

Esta excepción se encuentra relacionada con el artículo 40 de la Constitución, que establece, entre otras cosas, que ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

Al respecto, cabe destacar que si bien es permitido al juez realizar función docente además de la función jurisdiccional, resulta incompatible con el ejercicio de esta, el hecho de que el juez-docente pueda participar en aquellos

procesos judiciales en los que existan intereses de la universidad en la que desempeña la docencia.

Por otra parte, al establecer que el ejercicio de la docencia universitaria se desarrolle "fuera del horario de trabajo", la disposición que comentamos busca evitar que el desarrollo de la docencia universitaria afecte el despacho judicial.

Finalmente, teniendo en cuenta que las disposiciones constitucionales deben ser interpretadas armónicamente como integrantes de un único cuerpo normativo, es pertinente mencionar que este primer párrafo del artículo 146 de la Constitución no puede ser interpretado desconociendo lo previsto en el artículo 2 inciso 8) de la Constitución, que establece, entre otras previsiones, que toda persona tiene derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. Conforme a ello, no serían incompatibles con el ejercicio de la función jurisdiccional, todas aquellas actividades en las que el juez manifieste su libre creación intelectual, técnica y científica, siempre y cuando esta se desarrolle al margen de la función jurisdiccional y sin afectar los principios que rigen la administración de justicia.

3. Los jueces solo perciben las remuneraciones que les asigna el presupuesto y las provenientes de la enseñanza o de otras tareas expresamente previstas por la ley

Esta disposición se encuentra directamente relacionada con la disposición antes comentada, pues en la medida que los jueces se encuentran prohibidos de desempeñar otras funciones que no sean aquellas relativas a la función jurisdiccional, salvo la docencia, no podrán recibir ninguna remuneración que no sea aquella que le asigna el Presupuesto de la República por el trabajo judicial desempeñado, o de ser el caso, la respectiva contraprestación por la labor de enseñanza universitaria realizada.

Al disponer que los jueces pueden recibir las remuneraciones de "otras tareas expresamente previstas por la ley", la Norma Fundamental está estableciendo la posibilidad de que los jueces puedan recibir otros ingresos tales como aquellos provenientes del ejercicio de su libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, pues, por poner un ejemplo, al publicar una investigación sobre el derecho fundamental el juez natural podrá percibir los ingresos que como derechos de autor le corresponde, conforme a las leyes respectivas.

4. Garantías de la función jurisdiccional

4.1. El Estado garantiza a los magistrados judiciales: su independencia. Solo están sometidos a la Constitución y la ley (artículo 146 inciso 1)

Algunos de los antecedentes de la garantía de independencia que el Estado debe asegurar a los jueces se encuentran contenidos en las Constituciones de 1834 y 1867, en su artículo 127, y las Constituciones de 1839, 1856, 1860, 1867, 1920 Y 1933, en sus artículos 129, 130, 129, 127, 155 Y 228,

respectivamente, que establecían que ningún poder ni autoridad puede avocarse juicios pendientes ante otro poder u otra autoridad, ni sustanciarlos, ni hacer revivir procesos fenecidos; y finalmente, la Constitución de 1979 establecía en su artículo 242 inciso 1) un texto similar al que contiene la Constitución de 1993, debiendo destacar, además, que esta Constitución de 1979, preveía en su artículo 233 inciso 2) como garantías de la administración de justicia: "La independencia en su ejercicio. Ninguna autoridad puede avocarse causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones.

Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada ni cortar procedimientos en trámite ni modificar sentencias ni retardar su ejecución".

Teniendo en cuenta el rol fundamental que la Constitución otorga a la garantía de la independencia judicial, esta se constituye propiamente como una "garantía institucional". Como tal, puede ser entendida como aquella técnica que permite proteger a determinadas instituciones a las que se considera como componentes esenciales del ordenamiento jurídico y cuya preservación es indispensable para asegurar la efectiva vigencia de los principios constitucionales. Sobre la "garantía institucional" el Tribunal Constitucional ha sostenido que esta aparece como una "(...) fijación constitucional dotada -reconociblemente- de una eficacia reforzada (...) con una función fundamental y propia de ordenación de la comunidad constituida (...)" [Expediente N° 0005-2004-AI/TC FJ 11].

La garantía institucional de la independencia judicial contenida en la disposición que ahora comentamos se circunscribe a asegurar que los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional no se encuentren sometidos a ninguna entidad ya sea pública o privada, es decir, que no se encuentren sujetos, desde un punto de vista externo, a los intereses del Poder Ejecutivo, de cualquier entidad del Estado o de entidades tales como partidos políticos, sindicatos, medios de comunicación o ciudadanos en general, y desde un punto de vista interno a la voluntad de otros órganos jurisdiccionales o de órganos administrativos de gobierno existentes al interior de la organización jurisdiccional.

Sin perjuicio del comentario que se haya efectuado sobre el artículo 139 inciso 2) de la Constitución, seguidamente analizaremos estos dos puntos de vista con la sola finalidad de verificar la relación existente entre la garantía institucional de la independencia judicial y otros derechos o garantías, pues si bien es cierto que los jueces se encuentran protegidos contra todo tipo de injerencias en el ejercicio de la función jurisdiccional, también lo es que los ciudadanos tienen derecho a la libertad de expresión respecto de la actuación de los jueces y a criticar las resoluciones que estos adopten (ámbito que se relaciona con el punto de vista externo), y además, que dentro de la organización jurisdiccional existen mecanismos como aquel del precedente judicial, según el cual un mismo órgano judicial está obligado a seguir los precedentes establecidos por él mismo o a seguir la interpretación de derechos que puedan hacer las máximas instancias jurisdiccionales (ámbito que se relaciona con el punto de vista interno).

En cuanto al primer ámbito, es pertinente precisar que en los sistemas democráticos actuales no es admisible que los jueces se encuentren desvinculados de la variada realidad social en la cual desarrollan su actividad, ni pretender que sus decisiones sean exceptuadas de la crítica. La garantía institucional de la independencia judicial frente al Poder Ejecutivo implica que este clásico detentador de poder no deba ejercer ningún tipo de influencias en las decisiones que deben adoptar los jueces, ya sea creando órganos administrativos que pretendan suplantar a los órganos de gobierno de la organización jurisdiccional o modificando discrecionalmente el presupuesto que esta formule, o ejerciendo presión sobre los jueces para obtener un determinado interés, por más loable que fuese este, entre otros ejemplos.

La garantía institucional de la independencia judicial frente a los medios de comunicación o ciudadanos en general se encuentra relacionada con la "crítica social", con el control de que la función jurisdiccional se encuentre amparada por la Constitución y por la ley expedida conforme a esta, y además, con que esta función proteja efectivamente los derechos fundamentales. Respecto de la aludida "crítica social", se ha sostenido que: "Es por esta vía, mucho mejor que a través de las sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial" [FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Trotta, Valladolid, 1995, p. 602].

Pese a reconocerse la importancia de la crítica social realizada sobre las decisiones de los jueces, como parte de un legítimo ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento contenidos en el artículo 2 inciso 4) de la Constitución, y del derecho de formular análisis y críticas de las resoluciones judiciales, contenido en el artículo 139 inciso 20) de la Norma Fundamental, no se puede justificar que este ejercicio incida arbitrariamente en la actuación de los jueces en los respectivos procesos judiciales, toda vez que en tales procesos también pueden encontrarse comprometidos los derechos fundamentales de las partes, o derechos tales como aquellos a obtener una respuesta ajustada a Derecho o a que la misma sea expedida por un juez independiente e imparcial (tal como lo reconoce además el artículo 8 apartado 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sin descontar que también se puede afectar el derecho fundamental al honor en el caso del juez.

Por ello, será el caso concreto el ámbito en el que deberá buscarse el equilibrio necesario entre los derechos en juego, pues no se podrá lograr una delimitación a priori en virtud de que en abstracto no existe una relación jerárquica entre derechos fundamentales. En consecuencia, será la doctrina jurisprudencial la encargada de establecer progresivamente, en el caso concreto, el contenido específico y los límites de los derechos fundamentales del mencionado artículo 2 inciso 4) de la Constitución, así como su correcta posición de derecho fundamental. En tal cometido, será el principio de proporcionalidad reconocido en el párrafo final del artículo 200 de la

Constitución el mecanismo que servirá para distinguir entre aquella crítica que coadyuve a la conformación de una opinión pública libre, de aquella crítica ofensiva y ultrajante que tienda a buscar un interés ilegítimo, ya sea que esta crítica se ejercite antes o después de concluir un proceso judicial.

En cuanto al segundo ámbito (aquel relacionado con el punto de vista interno de la garantía institucional de la independencia judicial), cabe precisar que en el ejercicio de la función jurisdiccional los jueces son independientes respecto a todos los órganos jurisdiccionales o de gobierno de la organización jurisdiccional. Desde este punto de vista se prohíbe a los órganos jurisdiccionales superiores corregir la aplicación o interpretación de las normas jurídicas realizada por los jueces de otras instancias o dictarles cualquier tipo de instrucciones que pretendan influir en su decisión, salvo, cuando medie un recurso impugnatorio interpuesto por las partes del proceso judicial.

Si bien al momento de resolver un caso no existe subordinación o dependencia entre los órganos jurisdiccionales de las diferentes instancias, no puede desconocerse el rol que desempeñan en la correcta interpretación de las disposiciones que componen el ordenamiento jurídico, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la República (que de acuerdo al artículo 141 de la Constitución, falla en casación o en última instancia), como del Tribunal Constitucional (que de acuerdo al artículo 201 se constituye en el órgano de control de la Constitución, y que de acuerdo al artículo 204, puede, dejar sin efecto aquellas leyes que declare inconstitucionales). Al respecto, entendiendo que determinados pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales -básicamente superiores- van a constituir precedentes vinculantes, ya sea cuando autovinculen al mismo órgano (precedente horizontal) como cuando vinculen a los órganos jurisdiccionales inferiores (precedente vertical), cabe preguntarse: ¿la doctrina del precedente vinculan te vulnera la garantía institucional de la independencia judicial en su ámbito interno?

La respuesta a esta interrogante es negativa, toda vez que, en general, la doctrina del precedente vinculante (que tiene su fundamento en el principio de igualdad en la aplicación de la ley que se desprende del artículo 2 inciso 2 de la Constitución) al imponerle al juez la obligación de seguir los precedentes establecidos en casos iguales resueltos con anterioridad, tiene por finalidad proporcionar previsibilidad, certeza e igualdad en la aplicación del Derecho. Por ello, la existencia de una regla que constituya precedente vinculante en casos sustancialmente iguales constituye un límite a la garantía institucional de la independencia judicial, pues la capacidad autodeterminativa que tiene el juez para resolver un caso conforme a la Constitución y a la ley expedida conforme a esta, se verá limitada por la obligación de resolver conforme al precedente judicial vinculante existente. De lo contrario, casos sustancialmente iguales podrían ser resueltos -por jueces independientes- de tantas formas que terminaría ocasionando desconcierto e incertidumbre entre los propios jueces y sobretodo entre los ciudadanos que ven comprometidos sus derechos fundamentales en el proceso judicial, hecho que no puede ser tolerado en un Estado constitucional de derecho.

Asimismo, es pertinente mencionar que es posible que los jueces puedan apartarse de la jurisprudencia vinculante siempre y cuando existan razones sustantivas que justifiquen tal separación. En este punto se muestra la decisiva importancia que tiene la argumentación jurídica en el ámbito jurisdiccional, pues solo aquella decisión judicial que se encuentre debidamente justificada gozará de la legitimidad necesaria para renovar el precedente vinculante instaurado.

De otro lado, respecto del extremo en el que la disposición comentada se refiere a que los jueces "Solo están sometidos a la Constitución y la ley", cabe precisar que esta disposición refuerza la sujeción de los jueces a la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, por lo que estos se encuentran obligados a interpretar y aplicar las leyes y reglamentos según las disposiciones constitucionales, y además, de acuerdo a lo antes sostenido sobre el precedente judicial, a seguir la interpretación que de las disposiciones constitucionales realice el Tribunal Constitucional, y de ser el caso, de aquellas interpretaciones que pudiera realizar el Poder Judicial en uso del control difuso de constitucionalidad.

Precisamente, teniendo en cuenta el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, que establece que de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la primera, la denominada sujeción de /os jueces a la ley debe ser entendida como el sometimiento a una ley expedida conforme a la Constitución y no a aquella en la que el legislador se extralimite en sus funciones. En otros términos, toda ley que vulnere los derechos fundamentales o principios de la Constitución, aunque manifieste su contenido de un modo "claro y expreso", debe ser inaplicada en el caso concreto, sin que ello amerite algún tipo de responsabilidad por tal hecho, siendo que, por el contrario, sí podría incurrir en responsabilidad aquel juez que omita inaplicar una ley que contravenga la Constitución, cuando del propio caso se desprenda que la ley a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.

Respecto a la independencia de los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional y la vinculación del juez a las leyes constitucionales, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N° 0015-2001-AI/TC, que "(...) observa con mucha preocupación que, cuando en ejercicio pleno e irrestricto de la función jurisdiccional, los jueces han efectuado el control judicial de constitucionalidad de las leyes y, en consecuencia, no aplicaron por inconstitucionales diversas disposiciones legislativas (...) el Estado ha iniciado acciones penales contra dichos magistrados, por la supuesta comisión del delito de prevaricato. (...) Sobre el particular, el Tribunal Constitucional recuerda que cuando el artículo 418 del Código Penal sanciona el acto de dictar una resolución o expedir un dictamen "contrarios al texto expreso y claro de la ley", evidentemente hace alusión a una ley constitucionalmente válida. Y es que los jueces y fiscales están obligados a aplicar la ley conforme a su texto claro y expreso, siempre que se encuentre conforme con la Constitución (y en esto los asiste toda sentencia del Tribunal Constitucional), y a no aplicada en el supuesto contrario" [FJ 71].

En general, respecto a la disposición comentada, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N° 0023-2003-AI/TC, que "(...) la independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional (...) El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso (...)". [FFJJ 28 Y 29].

Finalmente, es pertinente precisar que dentro de las funciones otorgadas al :Ministerio Público por el artículo 159 inciso 2) de la Constitución, este órgano debe "velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia", por lo que frente a vulneración de la garantía institucional de la independencia judicial, los jueces pueden dirigirse al :Ministerio Público, sin perjuicio de los derechos que les faculte la ley respectiva.

4.2. El Estado garantiza a los magistrados judiciales: la inamovilidad en sus cargos. No pueden ser trasladados sin su consentimiento (artículo 146 inciso 2)

Como algunos de los antecedentes de la garantía de inamovilidad de los jueces podemos mencionar la Constitución de 1820, que disponía en su artículo 97 que "los jueces son inamovibles, y de por vida, si su conducta no da motivo para lo contrario conforme a ley", y la Constitución de 1979, que establecía en el inciso 2) de su artículo 242 -que en la Constitución vigente se convirtió en los incisos 2) Y 3) del artículo 146- que "el Estado garantiza a los magistrados judiciales: (...) 2. Su permanencia en el servicio hasta los setenta años y la inamovilidad en sus cargos, mientras observan conducta e idoneidad propias de su función. Los magistrados no pueden ser ascendidos ni trasladados sin su consentimiento (...)".

En su mayoría, nuestros textos constitucionales han consagrado la garantía de inamovilidad, salvo la pasajera Constitución de 1856 (que duró tan solo 4 años) que estableció en su artículo 125 que "son amovibles los miembros del Poder Judicial, y la ley fijará la duración de sus empleos". Sobre el establecimiento de la mencionada amovilidad o separabilidad se sostuvo lo siguiente: "Litigantes perdidos convirtieron la tribuna parlamentaria en pregón de improperios contra los proyectos magistrados de la Corte Suprema, poniéndolos en parangón con los salteadores de caminos; y por el prurito de reformarlo todo, la innovación pasó: en adelante, los jueces iban a quedar a merced de las venganzas políticas y personales; el Gobierno que se creyera desairado, el litigante malicioso que atribuiría a injusticia y venalidad del juez la pérdida de su pleito, harían estallar sobre él todo el furor de su cólera y despecho; y no le quedaría más refugio, para conservar su puesto, que, adular a los unos, complacer a los

otros y contemporizar con todos (...)" [SILVA SANTISTEBAN, José. Curso de Derecho Constitucional. Librería de A. Bouret, Paris, 1874, pp. 361-362].

La garantía institucional de la inamovilidad judicial establecida en la disposición bajo comentario constituye un elemento indispensable para asegurar la independencia de los jueces. Posee un contenido mínimo expreso, que se encuentra constituido por la prohibición de que el juez sea removido arbitrariamente del cargo que desempeña o que sea trasladado del mismo sin su consentimiento.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N° 0023-2003-AljTC que la garantía institucional de la inamovilidad de los jueces "(...) previst[a] en el inciso 2 del artículo 146 de la Constitución (...) no solo determina el estatus jurídico de los jueces, sino que debe entenderse, a su vez, como una garantía de justicia para el administrado, indispensable para reforzar la independencia judicial en un Estado Democrático. Es por ello que importa tomar en cuenta dos aspectos: a) Prohibición de separación de la carrera judicial, salvo proceso sancionatorio y/o sometimiento a la ratificación judicial [y] b) Prohibición de traslados forzosos de un puesto judicial a otro. Con ello, se busca la estabilidad del juez en el cargo y que la carrera judicial esté exenta de cualquier influencia política, conservando la debida especialidad y conocimiento que amerita el cargo, finalidad que no podría verificarse con las separaciones o traslados no justificados ni establecidos en norma alguna, y mucho más cuando provengan de un órgano distinto, como el Poder Ejecutivo. Por ello no cabe aceptar la existencia de garantías "temporales" de inamovilidad, pues para preservar la real vigencia de la independencia judicial, a la cual se vincula, es necesario que se trate de una garantía permanente.

Además, debe considerarse que ejercer un puesto de manera interina acarrea la inseguridad jurídica y la inestabilidad profesional, afectando el correcto desempeño de las labores encomendadas (...)"

4.3. El Estado garantiza a los magistrados judiciales: su permanencia en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función (artículo 146 inciso 3)

Dentro de sus antecedentes destacan la Constitución de 1826 que en su artículo 98 establecía que "Durarán los Magistrados y Jueces tanto cuanto duren sus buenos servicios". La de 1828, en su artículo 104 que "Los jueces son perpetuos, y no pueden ser destituidos sino por juicio y sentencia legal". La de 1834, en su artículo 108 que "la duración de los Jueces es en razón de su buen comportamiento, y no podrán ser destituidos sino por juicio y sentencia legal". Y la Constitución de 1979 que en el inciso 2) del artículo 242 establecía que "el Estado garantiza a los magistrados judiciales: (...) 2. Su permanencia en el servicio hasta los setenta años (...) mientras observan conducta e idoneidad propias de su función (...)"

La garantía institucional de la permanencia en el servicio de los jueces tiene una relación directa con aquella de la inamovilidad judicial, exigiendo que los jueces puedan mantenerse en su cargo en modo continuado, permitiéndole a

estos la estabilidad y seguridad necesarias para el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional.

Sobre la disposición bajo comentario, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2209-2002-AAJTC, que "(...), no hay duda de que dicho precepto constitucional reconoce un derecho a todos aquellos que tienen la condición de jueces y miembros del Ministerio Público. Se trata del derecho a permanecer en el servicio Judicial), mientras observen conducta e idoneidad propia de la función. Sin embargo, este derecho tiene dos límites constitucionales muy precisos: Uno de carácter interno, que se traduce en el derecho a permanecer en el servicio, entre tanto se observe conducta e idoneidad propias o acorde con la investidura de la función que se ejerce; y otro de carácter temporal, este derecho a permanecer en el servicio no es intemporal o hasta que se cumpla una determinada edad, sino está determinado en el tiempo. Esto es, por 7 años, luego de los cuales, la permanencia en el servicio de los jueces o miembros del Ministerio Público se encuentra sujeta a una condición: que sea ratificado por el Consejo Nacional de la Magistratura.

(...) Lo que quiere decir que la garantía de la permanencia en el servicio judicial se extiende por espacio de 7 años, dentro del cual el juez o miembro del Ministerio Público no puede ser removido, a no ser que no haya observado conducta e idoneidad propia de la función o haya cumplido los 70 años, al que antes se ha hecho referencia. Una vez transcurridos los 7 años, el derecho de permanecer en el cargo se relativiza, pues, a lo sumo, el magistrado o miembro del Ministerio Público solo tiene una expectativa de poder continuar en el ejercicio del cargo, si es que logra sortear el proceso de ratificación (...). [FFJJ 10 Y 11].

4.4. El Estado garantiza a los magistrados judiciales: una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión

y jerarquía (artículo 146 inciso 4)

Respecto de sus antecedentes cabe mencionar que la Constitución de 1979, contenía en su artículo 242 inciso 3 un texto similar a aquel contenido en la Constitución vigente.

Entendiendo que la remuneración es la contraprestación por el trabajo efectivamente realizado, esta disposición tiene por finalidad que la contraprestación que el juez reciba por la función jurisdiccional desarrollada sea una de tal nivel que le asegure una vida digna, de manera que se evite que el juez, al encontrarse prohibido de ejercer otra labor que no sea la jurisdiccional-salvo la docencia-, pueda ceder ante presiones de las partes de un proceso judicial, más aún que como lo ha precisado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0023-2003-AI/ TC, "(...) la función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo" [FJ 7].

DOCTRINA

FERRAJONI, Luigi. Derecho y razón. Trotta. Valladolid, 1995; SIL V A
SANTISTEBAN, José. Curso de Derecho Constitucional. Librería de A. Bouret
Paris, 1874.

Requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema

Artículo 147

Para ser Magistrado de la Corte Suprema se requiere:

1. Ser peruano de nacimiento;
2. Ser ciudadano en ejercicio;
3. Ser mayor de cuarenta y cinco años;
4. Haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 30, 52, 138, 143, 146, 151, 154 inc. 1);

C.C.: arto 2030;

L.O.P.J.: art. 177,178, 180,181;

L.O.M.P.: arto 39

Hugo Sivina Hurtado

1. Introducción

De la simple lectura del artículo 147 de la Constitución peruana vigente se advierte que en cuatro incisos establece los requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema. De este modo continúa una tendencia iniciada por nuestro constitucionalismo desde 1823, como se verá en su momento.

Para una mejor comprensión del tema, consideramos pertinente en primer lugar recurrir al Derecho Constitucional comparado, con la finalidad de establecer si en otras constituciones ha sido preocupación del constituyente incluir los requisitos para acceder al más alto cargo de un Poder del Estado; en segundo lugar, para una comprensión histórica del tema, resulta conveniente abordar los antecedentes en nuestro constitucionalismo. Posteriormente, se efectuará un análisis exegético del artículo en comentario, sin dejar de lado por supuesto, la interpretación sistemática de la Constitución, apoyados a la vez en la normativa infraconstitucional.

Finalmente se consigan las propuestas que se plantean para una reforma constitucional, tarea que en su oportunidad abordé en mi condición de Presidente del Poder Judicial y Presidente de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), y las conclusiones.

2. Requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema en el Derecho Constitucional comparado

Es muy útil recurrir al Derecho Constitucional comparado, pues nos permite establecer si para el Poder Constituyente de otros países, un tema adquiere tal relevancia que merece ser consagrado en un Texto Constitucional. Sabemos que en el constitucionalismo actual generalmente las constituciones son

rígidas, lo que implica una garantía que determinados aspectos que rigen la vida de un país se encuentren incorporados en la constitución, de este modo, se evitan los cambios continuos a través de leyes, que en algunos casos siendo ordinarias, se aprueban con votaciones minoritarias.

Una mirada a las constituciones de otros países, en especial de nuestro ámbito, nos pone en evidencia que ha sido preocupación del constituyente incluir en el capítulo respectivo al Poder Judicial los requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema. Esta preocupación tiene una explicación en los países de nuestro continente, donde rige un presidencialismo fuerte, porque el Poder Judicial en muchas oportunidades se ha encontrado sometido al Poder Ejecutivo. Por ello no debe llamarnos la atención que una tendencia actual del constitucionalismo iberoamericano sea el de establecer nuevos mecanismos para la selección y nombramiento de magistrados. Es el caso de los denominados Consejos de la Judicatura -llámese Consejo de la Magistratura- en Argentina⁹⁰⁹, Consejo Nacional de la Magistratura en Perú, entre otros.

La tendencia común es la de incorporar los requisitos para ser magistrados supremos en las diversas constituciones. Entre ellas figuran las Constituciones de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela⁹¹⁰.

Analizados los dispositivos pertinentes de las citadas constituciones, aparece que los requisitos comunes son los siguientes:

2.1. Edad

En el caso de Argentina se requiere una edad de 30 años, y en el de Venezuela más de 30 años de edad. Paraguay, Panamá, México y Bolivia exigen la edad de 35 años, mientras que Costa Rica y República Dominicana requieren ser mayor de 35 años. El Salvador y Uruguay requieren de 40 años, resultando que Perú y Ecuador son los países que mayor número de años exige: 45 años.

2.2. Nacionalidad

Se advierte que la mayoría de las constituciones requiere la nacionalidad de origen; sin embargo, la Constitución de Costa Rica permite el requisito de naturalización, salvo el caso del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien deberá ser costarricense por nacimiento; y Uruguay, que requiere de la

⁹⁰⁹ Germán Bidart Campos, efectuando una interpretación sistemática de la Constitución de Argentina, concluye que el Consejo de la Magistratura no es un órgano "extrapoderes" que esté fuera del Poder Judicial, sino que "orgánicamente" lo integra. Agregando, que no obstante, la "función" de administrar justicia en causas de competencia del Poder Judicial sigue privativamente reservada a la Corte y los tribunales inferiores según surge del artículo 108. Ver: BIDART CAMPOS, Germán.

⁹¹⁰ Manual de la Constitución reformada. Tomo IB, Ediar, Buenos Aires, p. 371. Ver artículos 111,117,232,159,128,176, 207,307, 95,161,201,258,65,235 Y 212, respectivamente.

ciudadanía natural en ejercicio, o legal con 10 años de ejercicio y 25 años de residencia en el país.

2.3. Profesión y tiempo de ejercicio

Todas las constituciones establecen como requisito el ser abogado, pero difieren en el número de años de ejercicio. Así, Argentina requiere un ejercicio de 8 años, siendo el número más común 10 años, como es el caso de Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Panamá, Nicaragua, Paraguay y Uruguay. República Dominicana lo fija en 12 años y Ecuador en 15 años, al igual que nuestro país.

En algunos casos se opta por los años de ejercicio en la profesión de abogado o de magistrado, es el caso de Colombia, que requiere haber desempeñado durante 10 años cargos en la rama judicial o en el Ministerio Público, Costa Rica que es un caso singular, pues establece la fórmula de 10 años de ejercicio de abogado o 5 años si se tratare de funcionario judicial. En igual sentido El Salvador, que exige haber desempeñado una magistratura de segunda instancia durante 6 años o una judicatura de primera instancia durante 9 años, mientras que Ecuador opta entre 15 años de abogado, o de magistrado, o de cátedra universitaria.

2.4. Otros requisitos adicionales

Además de los requisitos comunes, algunas constituciones establecen determinados requisitos que es interesante mencionar. Tal es el caso de Costa Rica, Honduras y El Salvador, que establecen el requisito de "pertenecer al estado seglar"; Ecuador que exige el requisito de "tener título de doctor en jurisprudencia", al igual que Paraguay que exige "poseer título universitario de Doctor en Derecho". Por su parte, Bolivia exige "haber cumplido los deberes militares"; y finalmente Bolivia, Colombia, México, que en distintos términos requieren que los aspirantes a magistrado de la Corte Suprema no hayan sido condenados a pena privativa de libertad corporal, excluyendo los delitos políticos o culposos.

3. Antecedentes en nuestro constitucionalismo

Desde la primera Constitución (1823), el constituyente optó por consagrar los requisitos para acceder al más alto cargo en el Poder Judicial. Así, revisados los textos constitucionales de 1823, 1826 Y 1828, establecieron los requisitos relativos a la edad, el de ser ciudadano en ejercicio, y el del ejercicio del cargo en el grado inmediatamente inferior o el ejercicio de la abogacía; sin embargo, cuando entra en vigencia la

Constitución de 1933 ya no se regulan los requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema, hasta 1979 en que nuevamente son establecidos.

En efecto, la Constitución de 1979 en el artículo 244 regula lo relativo a los requisitos para acceder a la más alta jerarquía de la Magistratura judicial,

tendencia que continúa en la Constitución vigente, pero con dos diferencias: La edad se disminuye de 50 a 45 años; y se reducen de 20 a 15 años el requisito de haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica.

4. Análisis exegético del artículo 147 de la Constitución

Como ya se dijo, siguiendo una tendencia de nuestro constitucionalismo, el artículo 147 de la vigente Constitución consagra los requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema, los que tienen que ver con la nacionalidad de origen⁹¹¹; la ciudadanía en ejercicio⁹¹², la edad de 45 años, y el ejercicio de la función como magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o el ejercicio de la abogacía o de la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.

La regulación de estos requisitos debe ser entendida en su real dimensión, pues resulta que a otros altos funcionarios de la Nación se les exige el cumplimiento de estos requisitos. Así el artículo 158 de la Norma Fundamental establece que el nombramiento de los miembros del Ministerio Público está sujeto a. requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría; y el artículo 201 establece que para ser miembro del Tribunal Constitucional se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema⁹¹³.

Además, esta disposición constitucional debe ser concordada con lo dispuesto por el artículo 151 de la Norma Fundamental, y que atañe en especial a los jueces de carrera, pues el último párrafo de este dispositivo establece: "Es requisito indispensable para el ascenso la aprobación de los estudios especiales que requiere dicha Academia".

5. Conclusiones

a) Consideramos que debe incluirse el requisito: "Tener conducta intachable", requisito que está relacionado con el tema de la ética judicial, y que estando a la luz de los graves casos de corrupción al interior del Poder Judicial, en el cual se han visto implicados magistrados del más alto nivel, resulta ser de obligatoria observancia.

⁹¹¹ Solo podrá ser vocal supremo el ciudadano nacido en Perú. Conforme al artículo 52, primer párrafo: "Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad". En tal sentido, una interpretación literal de la norma excluye los otros dos supuestos; luego no podrán ser magistrados supremos los ciudadanos extranjeros que puedan adquirir la nacionalidad por naturalización o por opción.

⁹¹² Una interpretación sistemática de la Constitución nos remite a los artículos 30,31 Y 32, por lo que se requiere que el candidato a vocal supremo se encuentre inscrito en el Registro correspondiente; y estar en capacidad de ejercicio. Por tanto, no podrá ser candidato aquel cuyo ejercicio de la ciudadanía se encuentre suspendido, por una de las tres causales que establece el artículo 33 de la Norma Fundamental: por resolución judicial de interdicción, por sentencia con pena privativa de la libertad y por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos.

⁹¹³ En igual sentido el artículo 156 referido a los requisitos para ser miembro del Consejo Nacional de la Magistratura, los que no se exigen como es lógico a los dos miembros elegidos entre los demás colegios profesionales del país.

b) En respeto al principio de igualdad y de no discriminación, no debe exigirse a los magistrados de carrera el curso de ascenso en la Academia de la Magistratura, pues resulta irrazonable que postulantes ajenos al Poder Judicial accedan al más alto cargo sin llevar un curso y por el contrario al juez de carrera se le exija.

En este sentido estamos de acuerdo con la propuesta efectuada por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú⁹¹⁴. La labor de la Academia estará orientada a reforzar la formación de quienes ya han sido seleccionados como magistrados y a su perfeccionamiento constante, considerando que no debe invertirse en la formación de discentes, que quizás nunca accedan a la carrera judicial.

c) Debe respetarse el ejercicio provisional de la magistratura en el grado inferior, a efecto de acceder al cargo, pues no compartimos la idea de que se requiera el ejercicio de diez años de titular. La experiencia del vocal superior que provisionalmente ocupa el cargo de vocal supremo debe ser considerada, como en efecto ocurre actualmente con el artículo 147 de la vigente Constitución.

d) Finalmente consideramos que debe implementarse cuanto antes una ley de la carrera judicial, con un adecuado sistema de selección -en el que se debe ponerse especial cuidado en regular los requisitos, incapacidades, prohibiciones e incompatibilidades-; capacitación permanente; estricto cumplimiento al cuadro de antigüedad y de méritos; y con un sistema que garantice de manera efectiva los derechos de los magistrados.

DOCTRINA

BillART CAMPOS, Germán. Manual de la Constitución reformada. Tomo III, Edíar, Buenos Aires; MINISTERIO DE JUSTICIA. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Lima, 2001.

⁹¹⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Lima, 2001, p. 68.

Proceso contencioso administrativo

Artículo 148

Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 138, 139 incs. 1), 3) y 6), 143;

C.P.C.: arts. 540 al 545;

L.O.P.J.: arts. 23, 42 inc. e);

L.O.M.P.: arto 86;

Ley 25593: arto 66;

Ley 26636: arto 4 inc. 1) e);

Ley 26850: arto 54;

Ley 26979: arto 16.2;

Ley 27584;

D.Leg. 708: arto 43 ine. g);

D.Leg. 709: arto 11;

D.Leg. 803: arts. 16-A, 18;

D.L. 25735: 1 a nc.;

C.A.D.H.: arto 25;

D.UD.H.: arto 8;

P.I.D.C.P.: arto 2.3

Jorge Danós Ordóñez

El precepto constitucional objeto de este comentario consagra el proceso contencioso administrativo como un mecanismo para el control judicial de la legalidad de la actividad de la administración pública, mediante el cual los ciudadanos pueden acudir ante el Poder Judicial cuestionando las decisiones administrativas que los afecten.

El citado precepto tiene como antecedente inmediato el artículo 240 de la Constitución de 1979, que fue la primera que en nuestro país otorgó específicamente rango constitucional al proceso contencioso administrativo como instrumento procesal puesto a disposición de los ciudadanos para solicitar al Poder Judicial el control de la actividad administrativa contraria al ordenamiento jurídico.

La redacción sucinta del precepto constitucional objeto de este comentario muchas veces ha generado que no se tome conciencia de la importancia que para nuestro sistema jurídico representa la existencia del proceso contencioso administrativo como una garantía esencial del Estado de Derecho, porque constituye un mecanismo creado para controlar que la administración pública actúe subordinada al marco jurídico que regula su actividad (la Constitución, las leyes y los reglamentos), permitiendo a los ciudadanos acudir a otro Poder del

Estado (el Judicial) demandando que evalúe si las actuaciones de la administración son contrarias o no a derecho.

De lo expuesto se puede apreciar que la consagración a nivel constitucional del proceso contencioso administrativo cumple los siguientes objetivos: (i) Garantiza el equilibrio entre los poderes del Estado, porque permite que lo decidido por las entidades y órganos que conforman la administración pública, o que ejercen funciones administrativas, en cualquiera de sus tres niveles de Gobierno, es decir nacional, regional y local, pueda ser revisado a pedido de los interesados por otro poder distinto y autónomo como lo es el Poder Judicial; (ii) Refuerza el principio de legalidad que fundamenta a la administración pública, porque conforme a la arquitectura constitucional, toda acción administrativa debe sujetarse al ordenamiento jurídico preestablecido, razón por la que se confiere al Poder Judicial la potestad de verificar en sede jurisdiccional la legalidad de las actuaciones administrativas impugnadas; (iii) Consagra el derecho subjetivo de los particulares para poder cuestionar ante el Poder Judicial todas las decisiones administrativas que les afecten, demandando la satisfacción jurídica de sus pretensiones contra la administración pública, lo que constituye un verdadero derecho a la tutela judicial efectiva frente a la administración, que también está amparado por los tratados internacionales que sobre derechos humanos ha refrendado nuestro país; (iv) Correlativamente establece una tácita reserva constitucional para que el control jurisdiccional de la legalidad de la actividad administrativa se realice exclusivamente a través del proceso contencioso administrativo, como el proceso ordinario destinado especialmente al control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa y no mediante otros procesos (de orden civil, etc.), a excepción de los procesos constitucionales destinados a la tutela de los derechos fundamentales que sirven también subsidiariamente para el control de las acciones administrativas (amparo, hábeas data, proceso de cumplimiento, etc.⁹¹⁵; (v) Al consagrarse el proceso contencioso administrativo se impide que el legislador pueda aprobar normas que excluyan determinadas actuaciones administrativas del ámbito del citado proceso declarándolas exentas o inmunes a un eventual control jurisdiccional (se proclama la universalidad del control); que se restrinja irrazonablemente el acceso de los particulares ante la justicia para iniciar el citado proceso; que se reduzcan las potestades de la magistratura en orden a ejercer sin restricciones el control jurídico de la administración o, finalmente; que se desnaturalice el cauce establecido legalmente impidiendo a los particulares acceder a la tutela jurisdiccional respecto de la administración pública.

En este punto conviene enfatizar que el proceso contencioso administrativo, no obstante estar expresamente consagrado en la Constitución, no participa de la naturaleza de los procesos constitucionales establecidos en el artículo 200 del texto constitucional, por las siguientes razones: (i) Su objeto directo no es el control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, ni tampoco la sola protección de los derechos constitucionales, porque mediante el proceso

⁹¹⁵ Artículo 3 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo N° 27584.- Exclusividad del proceso contencioso administrativo.- Las actuaciones de la administración pública solo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se puedan recurrir a los procesos constitucionales

contencioso administrativo los particulares afectados pueden cuestionar todo tipo de actuaciones administrativas por cualquier motivo de contrariedad al derecho, enjuiciando tanto la inconstitucionalidad como la ilegalidad de las actuaciones administrativas impugnadas, y asimismo demandar el reconocimiento de derechos incluso de origen legal y no solo constitucional; (ii) A diferencia de los procesos constitucionales para la tutela de los derechos fundamentales que son remedios extraordinarios para la protección inmediata o de urgencia de los citados derechos amenazados o vulnerados, sometidos a plazos de tramitación muy breves y carentes de etapa probatoria, el proceso contencioso administrativo es un proceso ordinario, específico y preferente para el control jurídico de las decisiones administrativas, en cuyo trámite las partes pueden actuar con amplitud los medios probatorios; (iii) Mientras que en los procesos constitucionales cabe la posibilidad que los demandantes puedan acudir en último grado ante el Tribunal Constitucional en caso el Poder Judicial no estime sus demandas, el proceso contencioso administrativo se tramita exclusivamente ante las instancias del Poder Judicial; (iv) Finalmente, conforme al penúltimo párrafo del artículo 200 de la Constitución, se ha establecido una reserva a ley orgánica para la regulación del trámite de los procesos constitucionales, requisito formal que no se aplica para el proceso contencioso administrativo que puede ser objeto de regulación por una ley ordinaria.

En el Derecho comparado existen dos grandes sistemas para el control jurisdiccional de la administración pública: (i) El que considera la creación de un ente especializado, ajeno incluso a los órganos jurisdiccionales ordinarios, como es el caso del Consejo de Estado en Francia; y (ii) El sistema adoptado por los países en los que se crea una jurisdicción especializada, dedicada al control jurisdiccional de la administración, pero formando parte de la estructura del Poder Judicial. En el Perú, la ubicación del artículo 148 de la Constitución que consagra el proceso contencioso administrativo dentro del capítulo dedicado al Poder Judicial indica que nuestro ordenamiento opta por el sistema judicialista para el diseño de los mecanismos de control jurisdiccional de la actuación de la administración pública⁹¹⁶, razón por la cual la legislación de desarrollo ha previsto la creación de jueces y salas especializadas en lo contencioso administrativo, atendiendo a que los asuntos que podrían ser ventilados en los procesos contencioso administrativos, por su diversidad y carácter complejo, componen un conjunto muy amplio y heterogéneo de materias que requieren de magistrados con suficiente especialización, pues las técnicas y los principios propios del Derecho Administrativo y del Derecho Público, en general, son diferentes a las del Derecho Privado y no es fácil acertar en su interpretación y aplicación por quienes carecen de especialización en las mencionadas ramas del Derecho.

Es importante resaltar que si bien el precepto constitucional materia de este comentario se refiere a "las resoluciones administrativas" como objeto del

⁹¹⁶ He trabajado el tema en: El proceso contencioso administrativo en el Perú. En: "Derecho Procesal". 11 Congreso Internacional. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima, 2002, p. 350.

También se puede leer en: www.biddingcom.br/lev_iber/artyculos.html.

proceso contencioso administrativo, cabe tener presente que la consagración constitucional del citado proceso en nuestra opinión tiene dos efectos: (i) El proceso contencioso administrativo no está concebido exclusivamente como un "proceso al acto", que restringe las potestades de los jueces a solo determinar la validez o no del acto impugnado, como si se tratase de una segunda instancia simplemente revisora del procedimiento tramitado en sede administrativa, porque en concordancia con el derecho a la tutela jurisdiccional consagrado por el numeral 3) del artículo 139 de la Constitución y los tratados internacionales de los que el Perú es parte, lo correcto es que el contencioso administrativo se configure como un proceso que tiene por objeto no solo la declaración judicial de invalidez de las actuaciones administrativas contrarias al ordenamiento jurídico, sino también el restablecimiento para el particular de las situaciones ilegítimamente perturbadas por la administración pública, por lo que el verdadero objeto del proceso es lo que el demandante pretende ante los tribunales ("la pretensión"), y el papel del acto administrativo impugnado (las denominadas "resoluciones") se reduce a un mero presupuesto de procedibilidad, no pudiendo condicionar este último el alcance de las potestades judiciales; (ii) El control a través del proceso contencioso administrativo debe implicar la plena justiciabilidad del universo de las actuaciones de la administración pública, y no solo de los actos administrativos expresos, por lo cual debe incluir a la inercia o el comportamiento omisivo de la administración cuando constituya violación de un deber legal, y las meras actuaciones materiales o actividades de ejecución de las entidades administrativas sin estar precedidas de un acto administrativo que le sirva de cobertura.

Conforme al artículo 148 de la Constitución, la condición que deben reunir los actos administrativos para ser cuestionados ante el Poder Judicial es que causen estado, es decir, que agoten o pongan fin a la vía administrativa porque fijan de manera definitiva la voluntad de la administración, constituyendo la manifestación final de la acción administrativa respecto de la cual no es posible la interposición de otro recurso administrativo, debiendo entenderse que ello ocurre cuando se ha llegado al funcionario superior con competencia para decidir en definitiva sobre el acto impugnado, por lo que únicamente su pronunciamiento podría ser objeto de cuestionamiento ante el Poder Judicial⁹¹⁷. Las reglas sobre la forma como el particular puede cumplir dicho requisito están establecidas en el artículo 218 de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444, la que ha regulado los recursos y los actos mediante los cuales el particular puede entender por agotada la vía administrativa, a fin de acceder a la tutela judicial mediante el proceso contencioso administrativo.

En cuanto al desarrollo legal del precepto constitucional objeto de este comentario, recién el 17 de abril del año 2002 entró en vigencia la Ley Reguladora del proceso Contencioso Administrativo N° 27584, publicada en el diario oficial el 7 de diciembre de 2001, la que constituye la primera ley que en

⁹¹⁷ He analizado los conceptos "causar estado" y "agotar la vía administrativa" como sinónimos en: Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones que causan estado. En: "Ius et veritas" N° 16, Lima, 1988, p. 151 L en la "Revista de la Academia de la Magistratura". N° 1, Lima, 1998, p. 209. También en: El proceso contencioso administrativo en materia tributaria. En: "Themis" N° 41, Lima, 2000

nuestro ordenamiento jurídico ha sido dictada para regular específicamente el proceso contencioso administrativo⁹¹⁸.

La citada ley fue aprobada por el Congreso sobre la base de un proyecto elaborado por una Comisión designada para dicho propósito por el Ministerio de Justicia, mediante Resolución Ministerial N° 174-2000-JUS la que preparó un texto que fuera difundido por el diario oficial en una separata especial publicada el 5 de julio de 2001, acompañado de una prolija exposición de motivos cuya lectura recomendamos a quienes quieran profundizar en el estudio de la materia.

La nueva ley, en concordancia con el artículo 148 de la Constitución, diseña al contencioso administrativo como un proceso de plena jurisdicción, o como la doctrina administrativa le denomina "de carácter subjetivo", de modo que el juez no se puede limitar a efectuar un mero control de la validez de los actos administrativos, sino que tiene encomendada la protección y la satisfacción de los derechos e intereses de los demandantes afectados por actuaciones administrativas⁹¹⁹. Entre las pretensiones que los demandantes pueden formular en el proceso se encuentran: que se declare la nulidad, total o parcial, o la ineficacia del acto administrativo cuestionado, el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines; la declaración de contrario a derecho y el cese de toda actuación material que no se sustente en un acto administrativo y que se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo (artículos 5 y 38).

La citada ley, a la vez que proclama la universalidad del control jurisdiccional de toda actuación administrativa en ejercicio de potestades reguladas por el Derecho administrativo, en virtud de lo establecido por el artículo 148 de la Constitución, establece con fines meramente ilustrativos una relación de actuaciones impugnables que comprende obviamente en primer lugar a los actos administrativos, al silencio, la inercia o cualquier otra omisión formal de la administración pública, a la simple actuación material de la administración sin cobertura formal, a las actividades de ejecución de actos administrativos que transgredan el marco legal (ejem.: excesos en el procedimiento de cobranza coactiva), a las actuaciones sobre el personal dependiente de la administración pública ya sea bajo el régimen de la carrera administrativa o el régimen laboral privado y a las controversias sobre la ejecución de los contratos suscritos por la

⁹¹⁸ Sobre el tema: PIORI POSADA, Giovanni E Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. 2ª edición. Ara Editores, Lima, 2002. También: HUAPA YA TAPIA, Ramón. Estructura del proceso contencioso administrativo en la Ley N° 27584. Tesis de bachiller inédita, Universidad de Lima, Lima, 2004. DIEZ SÁNCHEZ, Juan José. Comentarios en torno a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo del Perú En: la obra colectiva promovida por la Asociación Peruana de Derecho Administrativo titulada "Derecho Administrativo", que recoge las ponencias presentadas al Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo celebrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú en abril de 2004. Jurista Editores, Lima, 2004, pp. 167 Y ss.

⁹¹⁹ Sobre el tema: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. El nuevo proceso contencioso administrativo peruano: ¿Principio del fin de nuestro amparo alternativo? En: "Normas Legales". Tomo 319, Volumen n, Lima, diciembre 2002, pp. 1 Y ss. También publicado en: "Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso". Ara Editores, Lima, 2003, pp. 253 Y ss.

administración pública cuando no sea obligatorio el sometimiento a la vía arbitral, como es el caso de casi todos los contratos administrativos suscritos al amparo de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones (artículo 4).

En cuanto a los órganos jurisdiccionales encargados de resolver el proceso contencioso administrativo, la ley consagra la creación de jueces de primera instancia y de salas de la Corte Superior, especializados en lo contencioso administrativo, lo cual garantizará mayor efectividad en las técnicas de control jurisdiccional de la administración pública. Se establece que el proceso deberá iniciarse en la mayor parte de casos ante el juez especializado en la materia y sus resoluciones pueden apelarse ante la respectiva sala especializada de la Corte Superior. La Corte Suprema cumple un rol exclusivamente casatorio (artículos 8 y 9). Mediante la Ley N° 27709 se ha modificado el texto del artículo 9 para establecer que respecto de actuaciones realizadas por algunos tribunales administrativos y determinados organismos constitucionales, el proceso se inicia por excepción ante la sala especializada de la respectiva Corte Superior, cuya resolución puede apelarse ante la Corte Suprema, la cual curiosamente resuelve también en vías de casación.

Asimismo se establece que el contencioso administrativo es el cauce procesal para aquellos supuestos excepcionales en que las leyes administrativas (artículo 202.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444) facultan a la administración pública para demandar ante el Poder Judicial la declaración de nulidad de sus propios actos administrativos declarativos de derechos a favor de un particular, cuando se ha vencido el plazo para declarar su nulidad de oficio en sede administrativa⁹²⁰.

La ley exige que la administración pública, para hacer uso de la citada facultad de interponer demanda contenciosa administrativa contra sus propios actos, emita previamente una resolución motivada en la que se identifique el vicio de legalidad en que incurre el acto administrativo en cuestión y el agravio que produce al interés público (artículo 11). En tal caso tendrá la calidad de demandado el particular que podría ser perjudicado por la eventual declaración judicial de nulidad del acto administrativo que le reconoce derechos (artículo 13).

La nueva ley establece el plazo de tres meses como regla general para interponer la demanda. En los procedimientos administrativos en que media silencio administrativo u otras formas de inactividad formal de la administración pública, el plazo que tiene el interesado para formular la demanda es de seis meses, contados a partir de la fecha en que vence el plazo establecido para que la administración se pronuncie (artículo 17).

Respecto del requisito del agotamiento de la vía administrativa impuesto por la Constitución para la procedencia del proceso contencioso administrativo, su cumplimiento debe atenderse a lo preceptuado por el artículo 218 de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444, pero en caso de duda razonable sobre la procedencia de la demanda o falta de precisión del marco

⁹²⁰ Sobre el tema: MORÓN URBINA, Juan- Carlos. El proceso de lesividad; el contencioso promovido por /o Administración. En: "Proceso & Justicia". Revista de Derecho Procesal. Editada por la asociación civil Taller de Derecho N° 3, Lima, pp. 30 Y ss

legal respecto del agotamiento de la vía, los respectivos órganos jurisdiccionales deben guiarse por el principio de favorecimiento del proceso (artículos 18, e inciso 3 del 2).

En cuanto al cauce procesal, la regla general es que el proceso contencioso administrativo se trámite por la vía del proceso abreviado y que sea de aplicación supletoria el Código Procesal Civil (artículo 25 y Primera Disposición Final). Únicamente cuando se formule como pretensión que el juez ordene a la administración pública el cese de cualquier actuación material que no se sustente en un acto administrativo previo o que enmiende su inercia cuando está obligada realizar una actuación, se tramita por la vía del proceso sumarísimo (artículo 22).

Aunque pareciera que la ley, a contracorriente de las modernas tendencias en la materia, restringe la actividad probatoria en el contencioso administrativo exclusivamente a las actuaciones realizadas en el procedimiento administrativo, por la vía de prohibir la incorporación al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en la etapa prejudicial (artículo 28), los demás dispositivos que regulan el régimen de los medios probatorios en la ley no responden a dicha óptica, porque han sido reproducidos textualmente del proyecto original que se basaba en una premisa diametralmente distinta que proclamaba el carácter amplio y abierto de la actividad probatoria en el proceso contencioso administrativo.

La ley establece de manera expresa que en los casos en que la actuación administrativa impugnada sea una sanción administrativa, en virtud del principio constitucional de presunción de inocencia, la carga de probar los hechos que configuran la infracción corresponde a la entidad administrativa demandada (artículo 30).

En consonancia con los principios constitucionales del debido proceso y la tutela jurisdiccional, las medidas cautelares son admitidas con amplitud en la nueva Ley del Proceso Contencioso Administrativo, pueden solicitarse antes de iniciado o dentro del proceso, de conformidad con las normas del Código Procesal Civil (artículo 35). Se establece que son especialmente procedentes las medidas de innovar y de no innovar (artículo 37). Aparte de los requisitos típicos que se requiere para su otorgamiento (peligro en la demora y verosimilitud del derecho) se exige adicionalmente que exista adecuación entre la medida cautelar solicitada con la pretensión que está llamada a asegurar (artículo 36).

La Ley del Proceso Contencioso Administrativo fortalece las potestades de los jueces para velar porque los funcionarios de la administración pública cumplan las sentencias recaídas en los procesos contencioso administrativos (artículos 40 y 41).

Sin embargo, en cuanto a la ejecución de sentencias que condenen al Estado a pagar sumas de dinero, mediante la Ley N° 27684 se ha sustituido el texto del artículo 42 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo introduciendo reglas que relajan el cumplimiento o ejecución de las citadas sentencias por parte de la administración pública, mediante el establecimiento de topes

presupuestales, de plazos dilatados para cumplir y estableciendo otras normas que como lo ha señalado el Tribunal Constitucional hasta en tres sentencias son incompatibles con los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad.

DOCTRINA

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. El proceso contencioso administrativo en el Perú. En:

"Derecho Procesal". II Congreso Internacional. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, 2002. También en: [www bidding caro br / ev ibero/ artigas html](http://www.biddingcaro.br/ev/ibero/artigas.html); DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones que causan estado. En: "Ius et veritas" N° 16, Lima, 1988; DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. El proceso contencioso administrativo en materia tributaria. En: "Themis" N° 41, Lima, 2000. DIEZ SÁNCHEZ, Juan José. Comentarios en torno a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo del Perú. En: "Derecho Administrativo", Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo celebrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Jurista Editores, Lima, 2004; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. El nuevo proceso contencioso administrativo peruano: ¿Principio del fin de nuestro amparo alternativo? En: "Normas Legales". Tomo 319, Volumen II, Lima, diciembre, 2002. También en: "Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso". Ara Editores, Lima, 2003; HUAPAYA TAPIA, Ramón. El objeto del proceso contencioso administrativo en la Ley N° 27584. Tesis de bachiller inédita. Universidad de Lima, 2004; MaRÓN URBINA, Juan Carlos. El proceso de lesividad: el contencioso promovido por la Administración. En: "Proceso & Justicia". Revista de Derecho Procesal. Editada por la Asociación Civil Taller de Derecho N° 3, Lima; PIORI POSADA, Giovanni F. Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. 2da. edición, Ara Editores, Lima, 2002.

Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas

Artículo 149

Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 ine. 19), 89, 139 ine. 8), 143, 149;
C.P.P.: arto 18 ine. 3); Ley 24656: arts. 1 y ss.;
D.U.D.H.: art~ 10;
P.I.D.C.P.: arto 14.1;
Convenio 169 de la OIT: arto 8

Ronald Cárdenas Krenz

La consagración del derecho de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, para ejercer funciones jurisdiccionales en su territorio aplicando el derecho consuetudinario, constituye un reconocimiento a un cierto pluralismo jurídico existente en nuestro medio, en el que los derechos de las comunidades constituyen una especie de subsistemas jurídicos.

Existe un derecho oficial, formal, de carácter occidental, de raíces romanogermánicas. No obstante, su aplicación no es homogénea; al lado o al margen de ese derecho, conviven, en diversas zonas del país, otros "derechos" de distinta naturaleza, compuestos por: normas de origen estatal (vigentes o que han perdido vigencia pero que son funcionales o se aplican por la costumbre o por imposición de las autoridades); estatales recreadas, re formuladas o reinterpretadas a partir de la propia realidad y necesidades locales; costumbres locales (no necesariamente de larga data); adoptadas expresamente por el grupo; impuestas directa o indirectamente por los sectores dominantes; convicciones e ideas vigentes en el entorno; el sentido común y el criterio de los encargados de resolver los conflictos.

Este derecho no estatal (autónomo, derivado o reinterpretado) en diversos casos, inclusive, es, no solo tolerado o respetado sino también aplicado por autoridades estatales como los jueces de paz, las autoridades políticas o la policía, quienes hasta resuelven conflictos de su respectiva jurisdicción para los cuales legalmente no tienen competencia.

Nuestro derecho es -como ya lo señalara Racso a principios de siglo-, un derecho transplantado, formado aferentemente, en forma exógena, resultado

de un proceso artificial de adaptación y que padece de "anemia demótica"⁹²¹. El Estado nacional constituido luego de la independencia se basó en ciertas formas jurídicas demoliberales europeas tomadas prestadas (y mal copiadas todavía), por una clase criolla poco imaginativa, en vez de establecer la base jurídica para la edificación de una sociedad democrática⁹²².

Todo este proceso se agrava -siguiendo a Hurtado Pozo⁹²³ cuando el Estado receptor no divulga la ideología y las concepciones jurídicas consagradas en ese derecho, ni organiza la infraestructura mínima para su aplicación.

De esta manera, tenemos un sistema etnocéntrico que no se corresponde con nuestra realidad pluricultural. Resultan latentes en la sociedad peruana formas de marginación y tensiones internas que se expresan en el Derecho y que han derivado en que comunidades andinas y nativas sean discriminadas y, muchas veces, explotadas, a lo largo de la historia. Frente a ello, el artículo 149 de la Constitución, al reconocer el derecho de las comunidades a aplicar su derecho consuetudinario; y el inciso 19 del artículo 2 de la Carta Magna constituyen avances legales muy importantes con relación a la situación descrita.

El derecho consuetudinario tiene en el Perú una especial importancia como fuente de derecho, cuya trascendencia no se limita a las comunidades de la selva, a las comunidades campesinas o a los pueblos jóvenes.

Vale reiterar que no todos los casos sometidos a la justicia no formal, o popular, se resuelven conforme a la costumbre. No todo derecho extra-legal es derecho consuetudinario. De hecho, tampoco existe "un" derecho consuetudinario peruano, sino varios, lo que se corresponde con nuestra naturaleza pluricultural.

Como bien observa Figallo, las comunidades campesinas fueron sometidas a una clandestinidad jurídica hasta su reconocimiento recién en 1920; no obstante, ellas pudieron sobrevivir y desarrollar un derecho consuetudinario, constituyendo una institución sui generis recreada por los pueblos andinos.

Sin perjuicio de lo expuesto, como hemos detallado en otro trabajo⁹²⁴, el derecho consuetudinario peruano presenta en general las siguientes características:

⁹²¹ MIRO QUESADA DE LA GUERRA, asear (RACSO). La nacionalización del Derecho y la extensión universitaria. En: "Ius et Praxis", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Lima, 1984, p. 127.

⁹²² GARCÍA SAYÁN, Diego (editor). Derechos humanos y servicios legales en el campo. Comisión Andina de Juristas-Comisión Internacional de Juristas. Lima, 1987, p. 10.

⁹²³ HURTADO POZO, José. La ley importada: recepción del Derecho Penal en el Perú. Centro de Estudios Derecho y Sociedad. Lima, 1979.

⁹²⁴ CÁRDENAS KRENZ, A. Ronald. La costumbre como fuente del Derecho Civil peruano, conflicto entre Iry y realidad social Tesis de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 223

Pluralidad de expresiones (en función de nuestra diversidad cultural, étnica y racial).

Diferentes niveles de evolución y desarrollo.

Dinamismo⁹²⁵.

Supervivencia intensa y riqueza.

Flexibilidad (lo que de alguna manera ha influido en su adaptación a distintos tiempos).

Racionalidad propia.

Parece perfectamente aplicable al caso peruano lo que Magdalena Gómez⁹²⁶ presenta respecto a México: Los conflictos se resuelven en forma más pronta y expeditiva a nivel de las comunidades y, al hacerlo, se fija la reparación del daño de modo que las partes queden reconciliadas y conformes, lo que no ocurre con la penalización del indígena conforme al derecho positivo, en que se convalida la ruptura con su comunidad.

Las comunidades campesinas se rigen por su propio derecho por cuanto este obedece a una cosmovisión muy distinta y completamente ajena, y sus normas resultan inaplicables o insuficientes en el contexto local. Empero, esto no debe tomarse en forma absoluta.

No es pues el derecho campesino necesariamente un derecho aparte y absolutamente independiente. De hecho, no hay fronteras impenetrables entre el derecho consuetudinario y el estatal, a pesar de sus diferencias sustantivas, procesales y lógicas; por el contrario, anota Wray⁹²⁷, a lo largo de la historia han habido mecanismos de mutua recepción y resistencia.

Las propias comunidades apelan a veces al derecho oficial por cuanto este penetra entre los campesinos con distinta intensidad, por decisión voluntaria de una o ambas partes en conflicto, por cuanto se trata de problemas con otras comunidades o individuos foráneos, o cuando las cuestiones son tan graves

⁹²⁵ Ambía constata en la comunidad de Amaru: "cuando hablamos de Derecho Consuetudinario, no siempre resulta exacto pensar en un consuetudinarismo inmemorial. No. Una concepción de esta naturaleza es errada, puesto que las normas que rigen la conducta de los hombres en determinado núcleo humano nacen justamente respondiendo a sus intereses para luego ser observados mayoritariamente, o que después de haber cumplido su misión dejan de ser eficaces (...) Es decir, pueden desaparecer después de un periodo de tiempo en que dejan sentir su fuerza. Y eso ¿por qué?

Debido a que las costumbres son manifestaciones dinámicas del contexto cultural de una sociedad y que andan a tono con el desarrollo humano" (AMBÍA, Abel. El ayllu en el Perú actual Pukara, Lima, 1989, p.69).

⁹²⁶ GÓMEZ, Magdalena. La defensoría jurídica de presos indígenas. En: STA VENHAGEN, Rodolfo. "Entre la ley y la costumbre. El Derecho consuetudinario indígena en América Latina". Instituto Indigenista de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México D.F., 1990, p. 380

⁹²⁷ WRAY, Alberto. Derecho, costumbre y comunidad En: GARCÍA SAYÁN, Diego (editor). Ob. cit., p.220.

que las autoridades locales deciden transferidas a instancias estatales⁹²⁸. A ello puede agregarse, en general, todas aquellas situaciones en que los mecanismos locales no son suficientes. Existe; en estos términos, lo que Sierra⁹²⁹ llama una multifuncionalidad de la ley para dar cuenta de un fenómeno en donde "la apropiación legal de lo positivo funciona para ejecutar, amenazar, legitimar, pero también para sancionar y establecer límites".

Es de notar que cuando los campesinos tienen cierto conocimiento del derecho oficial, este es manejado como un recurso y las autoridades comunales apelan a él para respaldar o hacer prevalecer sus atribuciones y decisiones al interior de la comunidad⁹³⁰.

De esta manera, derecho oficial y consuetudinario pueden llegar a complementarse, habiendo -de alguna manera- un servicio mutuo entre dos racionalidades distintas, aunque ello no implica la eliminación real del conflicto⁹³¹.

La cosmovisión andina es diferente a la cosmovisión occidental. Tiene una lógica distinta y se expresa en infinidad de maneras: La idea incaica del trabajo como una fiesta y no como un castigo. El sentido del espacio y del tiempo que puede hacer que el "aquicito nomás" del poblador serrano signifique horas para el desprevenido costeño. La vinculación casi existencial del indígena para con la tierra. El aprecio a la autoridad de los viejos. La naturaleza del padrinzago⁹³². La idea misma de la administración de justicia. El significado del ayni. El propio concepto de la muerte que traído de los andes se manifiesta en los cementerios populares de Lima y hace que familias en pleno se reúnan con sus parientes fallecidos para celebrar⁹³³, pudiendo mencionarse inclusive costumbres tan ajenas a nosotros como en la comunidad de Q'ero, en el Cusco, en la que cuando el dueño de casa sale, suele dejar la llave al alcance del viajero que pueda llegar de noche o para que, si surge una tempestad, pueda entrar en la casa y usarla como suya, con la condición de dejar todo en orden.

Un dato interesante es que en las comunidades alto andinas se considera que las mismas normas que rigen entre los hombres rigen en su relación con la

⁹²⁸ BRANDT, Hans JÜtgen. Justicia popular: nativos campesinos. Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, 1987, p. 136

⁹²⁹ SIERRA, María Teresa. Lenguaje y prácticas jurídicas indígenas. En: STAVENHAGEN, Rodolfo. Ob. cit., p. 254.

⁹³⁰ BRANDT, Hans Jürgen. Ob. cit., p.162

⁹³¹ GAMARRA HURTADO, Rubén. Funcionamiento del sistema legal y de la administración de justicia en las zonas rurales de Bolivia. En: GARCÍA SAYÁN, Diego (editor). Ob. cit., p.110

⁹³² El padrinzago constituye un concepto por analizar muy interesante. En las comunidades que aparentemente es general), el significado de ser padrino es inclusive mayor que el de ser hermano, lo que se explica, en pocas palabras, en que la condición de padrino es un compromiso que uno asume por voluntad propia, no por cuestión natural como ocurre con los lazos de parentesco; por ello, en caso del fallecimiento de los padres;" la responsabilidad por los hijos debe ser asumida por los padrinos

⁹³³ Sobre el tema, véase la investigación realizada por el historiador TAMAYO HERRERA, José titulada La muerte en Lima.

naturaleza; por ello, cuando se falta a los padres, se está atentando contra el orden natural y, consecuentemente, el castigo de la naturaleza afecta a toda la comunidad⁹³⁴. En esta perspectiva, el adulterio se castiga no solo porque compromete a la sociedad sino a toda la naturaleza; por eso, se chicotea al adúltero no solo para restablecer el equilibrio social sino también cósmico⁹³⁵.

En la Comunidad Campesina de Kaccllaraccay -refieren Revilla y Price- los conflictos que resuelve la asamblea "se asientan en un documento que es entregado a las dos partes, y se lleva la relación de ellos en un cuaderno". Sin embargo, al cabo de un año, dicho cuaderno se destruye, pues según los comuneros, "así primará la palabra y el respeto"⁹³⁶.

Básicamente, se advierte en las comunidades la subsistencia histórica de una ideología basada en la reciprocidad, la cual funciona como fuente de derecho, en el sentido de que constituye una norma general que se da no solo en el trabajo agrícola y el intercambio de herramientas, sino que se aplica en todas las instancias de la vida: bodas, entierros, construcciones, etc.⁹³⁷. La reciprocidad como categoría jurídico-antropológica básica ha sido también destacada por Ana María Tamayo⁹³⁸, quien describe varios ejemplos de aplicación y analiza su naturaleza jurídica, características y alcances⁹³⁹.

Sin embargo, cabe advertir con Modesto Gálvez⁹⁴⁰, a nivel de nuestras comunidades campesinas, cierta amenaza contra el sentido de la reciprocidad, motivada por la ocurrencia de nuevos procesos locales: parcelación, difusión de relaciones monetario-mercantiles, cuestiones demográficas, la expansión de la economía en general, el desarrollo de las telecomunicaciones, la acción del Estado, la actividad política, la reforma agraria, la reducción del espacio comunal, el servicio militar, etc., junto a distintas formas de agresión cultural. La comunidad -anota Elmer Arce-⁹⁴¹, ha asimilado, aunque no totalmente, una serie de valores "externos", readecuando algunos y aceptando otros, acaso como una estrategia de resistencia pasiva.

En cuanto a las rondas campesinas, a las que también se refiere la norma, tienen un origen bastante reciente (1977 aproximadamente) y nacen para la autoprotección comunal del abigeato y del robo en general, específicamente en

⁹³⁴ GÁLVEZ, Modesto. El Derecho en el campesinado andino del Perú En: GARCÍA SAYÁN, Diego. (editor). Ob. cit., p. 237

⁹³⁵ RUBIO CORREA, Marcial. Costumbres y usos en el Código Civil En: "Revista del Foro", N° 1, Año Lxxv. Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1988, p. 289

⁹³⁶ *Ibidem*, p. 165

⁹³⁷ PLAZA, Odando y FRANCKE, MarjJ. Formas de dominio, economía y comunidades campesinas. Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO), Lima, 1981, p. 82

⁹³⁸ TAMAYO FLORES, Ana María. Derecho en los andes. Un estudio de antropología-jurídica. Cepar. Lima, 1992, p. 48.

⁹³⁹ Sobre el tema de la reciprocidad, estimamos -con cargo a una posterior investigación- que el concepto se corresponde perfectamente con el de simetría que viene desarrollando Francisco Miró Quesada Cantuarias a nivel filosófico como categoría fundamentalmente importante para el entendimiento de la ciencia y del hombre

⁹⁴⁰ GÁLVEZ, Modesto. Ob. cit., pp. 238-239

⁹⁴¹ ARCE, Elmer. Comunidad campesina: antigua nueva imagen. En: "Socialismo y Participación". N° 28

Cajamarca, aunque fueron creándose en diversas regiones del país, especialmente de la sierra.

Sus tareas, que se han ido ampliando con el transcurso del tiempo, están referidas a diversos aspectos del desarrollo local, entre ellos administrar justicia, resolviendo casos sobre abigeato pero también otros tipos de problemas entre los pobladores (familia, tierras, incumplimiento de contratos, etc.), gozando de una mayor autoridad y respeto que las autoridades estatales. El derecho que aplican se basa en las normas locales, la tradición, etc.

En noviembre de 1987, el gobierno promulgó la Ley de Rondas Campesinas (Ley N° 24571), reglamentada mediante Decreto Supremo N° 12-88-IN, norma cuya constitucionalidad de sus disposiciones fue cuestionada en su momento por considerarse contraria a la libertad de asociación y por facultar a los ronderos a efectuar detenciones.

Las Rondas Campesinas actualmente se rigen por la Ley N° 27908, General de Rondas Campesinas, en la que se señalan importantes avances con respecto al tema, tales como el reconocimiento de su personalidad jurídica y su inscripción en los Registros Públicos y el derecho a la no discriminación en el ejercicio de sus derechos colectivos.

En cuanto a las Comunidades Nativas, cuyos grupos más grandes serían los campos, los aguar unas y los cocamillas, existiendo un total de 63 grupos étnicos, en ellas también, y a veces hasta en forma más dramática, resulta evidente la ineficacia, insuficiencia y hasta muchas veces desconocimiento del derecho oficial: ocupan tierras del Estado sin tener título alguno y la transfieren según sus propios procedimientos, cazan y pescan sin licencia, tienen su propia normativa familiar y sucesoria, etc.

Existe en estas comunidades, por cierto, la idea de Derecho, de modo que sus normas no consuetudinarias no son cumplidas por inercia sino conscientemente.

Como dice John Tuggy⁹⁴², no es cierto que los grupos indígenas vivan en anarquía -sin ley, sin justicia, viviendo y muriendo a su capricho-. Tienen ley, tienen justicia, solo que sus leyes y sus costumbres son distintas a las nuestras.

En el caso de las comunidades aculturadas se observa un progresivo cambio de un derecho consuetudinario no escrito, basado en la tradición, a uno acordado y escrito. Los conflictos se empiezan a resolver ya no automáticamente sino acudiendo a las autoridades oficiales⁹⁴³.

En cuanto a las formas de justicia, a nivel de las comunidades nativas, ocurre algo similar que con las comunidades andinas. Tienen una justicia de carácter

⁹⁴² TUGGY, John. Justicia tribal entre los Candoshi (páginas sueltas). En: "Revista Peruana de Historia del Derecho y Ciencias Sociales", 1957, p.16.

⁹⁴³ BRANDT, Hans Jürgen. Ob. cit., p. 47

tradicional y otra que usa los principios y criterios de la sociedad nacional-como señala Ochoa⁹⁴⁴, ambos interactúan entre sí o se separan radicalmente.

A nivel de estas comunidades se aplica también el denominado mecanismo de la "no decisión" para resolver los conflictos. Las sanciones tienen carácter educativo, buscan la conciliación y la compensación de los daños, mas no la mercantilización.

No podemos concluir este comentario sin hacer referencia a la importancia del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada en el diario El Peruano con fecha 05 de diciembre de 1993.

Por último, es importante precisar que el artículo 149 limita la aplicación del derecho consuetudinario a que no violen los derechos fundametales de las personas, poniendo un límite a la aplicación de dicho derecho. Sin embargo, aun cuando la norma debe considerarse como otro limitante a la propia Constitución del Estado, dada la naturaleza de la misma, constituye una delicada responsabilidad de la jurisprudencia determinar los límites efectivos de hasta donde puede llegar la aplicación del derecho consuetudinario.

DOCTRINA

AMBÍA, Abel. El ayllu en el Perú actual; ARCE, Elmer. Comunidad campesina: antigua y nueva imagen. En: "Socialismo y Participación" N° 28, Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación. Lima, 1984; BRANDT, Hans Jurgen.

Justicia popular; CARDENAS KRENZ, A. Ronald. La costumbre como fuente del Derecho Civil peruano, conflicto entre ley y realidad social. Tesis de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Lima, 1990; GÁLVEZ, Modesto.

El Derecho en el campesinado andino del Perú. En: GARCIA SAYAN, Diego (editor) "Derechos humanos y servicios legales en el campo". Comisión Andina de Juristas - Comisión Internacional de Juristas, Lima, 1987; GAMARRA HURTADO, Rubén. Funcionamiento del sistema legal y de la administración de justicia en las zonas rurales de Bolivia. En: GARCIA SAYAN, Diego (editor) "Derechos humanos y servicios legales en el campo". Comisión Andina de Juristas - Comisión Internacional de Juristas, Lima, 1987; GÓMEZ, Magdalena. La defensoría jurídica de presos indígenas. En: STA VENHAGEN, Rodolfo. "Entre la ley y la costumbre. El Derecho consuetudinario indígena en América Latina". Instituto Indigenista de Derechos Humanos, México, 1990; HURTADO POZO, José. La ley importada: recepción del Derecho Penal en el Perú. Centro de Estudios Derecho y Sociedad, Lima, 1979; MIRO QUESADA DE LA GUERRA, Oscar (RACSO).

La nacionalización del Derecho y la extensión universitaria. En: "Ius et Praxis". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de

⁹⁴⁴ OCHOA, Nancy. Apuntes sobre la noción de justicia entre MS Ch'!Yahllita. En: Varios autores. "Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional". Lima, CAAAP-SER, 1993, p. 200.

Lima, 1984; OCHOA, Nancy. Apuntes sobre la noción de justicia entre los Chayahuita. En:

Varios autores. "Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional". CAAAP-SER, Lima, 1993; PLAZA, Orlando y FRANCKE, Marfil. Formas de dominio, economía y comunidades campesinas. Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO), Lima, 1981; RUBIO CORREA, Marcial. Costumbres y usos en el Código Civil. En: "Revista del Foro", N° 1, Año LXXV, Colegio de Abogados de Lima, 1988; SIERRA, Maria Teresa. Lenguaje y prácticas jurídicas indígenas. En: STA VENHAGEN, Rodolfo. "Entre la ley y la costumbre. El Derecho consuetudinario indígena en América Latina". Instituto Indigenista de Derechos Humanos, México, 1990; TAMAYO FLORES, Ana María. Derecho en los Andes. Un estudio de antropología jurídica; TUGGY, John. Justicia tribal entre los Candoshi (Páginas sueltas). Revista Peruana de Historia del Derecho y Ciencias Sociales, 1957; WRAY, Alberto. Derecho, costumbre y comunidad., En: GARCIA SAYAN, Diego (editor) "Derechos humanos y servicios legales en el campo".

Comisión Andina de Juristas - Comisión Internacional de Juristas, Lima, 1987.

CAPÍTULO IX

DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

Consejo Nacional de la Magistratura. Nombramiento de jueces y fiscales

Artículo 150

El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular.

El Consejo Nacional de la Magistratura es independiente y se rige por su Ley Orgánica.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 31, 39, 91 inc. 2), 99,139 inc. 17), 142, 154a 157, 158, 182, 183, 201;

L.O.P.J.: arts. 17, 180 al 183;

L.O.M.P.: arto 48;

Ley 26397;

C.A.D.H.: arto 23. Le;

D.U.D.H.: arto 21.2;

P.I.D.C.P.: arto 25.e

Javier de Belaunde López de Romaña

1. Introducción

La Constitución ha establecido el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) como un órgano independiente cuyo propósito es particularmente trascendente en el sistema de justicia. El artículo 150 precisa dos funciones fundamentales, que son las que definen su rol, la selección y nombramiento de jueces; no obstante, el diseño constitucional se completa en el artículo 154, en el cual apreciamos que el CNM ratifica a jueces y fiscales cada siete años y que también tiene determinadas y relevantes funciones disciplinarias.

En virtud del carácter independiente del CNM y de su integración apolítica (artículo 155), la Constitución le ha asignado, asimismo, la atribución de designar a los Jefes de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y del Registro Nacional de Identificación y de Estado Civil (RENIEC) (artículos 182 y 183).

La Constitución de 1993 ha consagrado un sistema de selección y nombramiento de jueces y fiscales que no tiene precedente en la República, al encargar ambas funciones a plenitud a un órgano independiente de los poderes

Ejecutivo y Legislativo. Se aparta así de los sistemas previstos en nuestras anteriores Constituciones y también de los vigentes en América Latina que, con diversas variantes, establecen el nombramiento por los poderes Ejecutivo o Legislativo o por el propio Poder Judicial.

2. Independencia y sistema de selección y nombramientos judiciales

Hoy resulta indiscutible exigencia del Estado de derecho, la autonomía del Poder Judicial y la independencia de los jueces y fiscales para ejercer la función que le es propia. Forma parte también de un consenso la convicción de que el sistema de selección y nombramientos y, más integralmente, la configuración de la carrera judicial son esenciales en la generación de condiciones reales para esa independencia.

Gorki González lo dice bien: "En relación con el Poder Judicial, se puede asumir que la independencia del juez es parte del núcleo constitucional de su institucionalidad:

no es posible predicar la existencia de la función judicial en un Estado constitucional, sin jueces atribuidos de independencia. De este modo, la carrera judicial se instituye como el espacio desde el cual se define las garantías que sostienen la independencia judicial, que habilitan la discrecionalidad creativa del magistrado y que vinculan su compromiso con la protección de los derechos fundamentales que son el sustento del Estado constitucional"⁹⁴⁵.

No hay en la Constitución un tratamiento sistemático de la carrera judicial.

Podemos decir más, a nivel legislativo tampoco lo encontramos; a tal punto que podemos afirmar que, en estricto, no existe en el Perú un sistema de carrera judicial, lo que resulta muy expresivo de una definición, al menos, imprecisa del rol de juez en el sistema político.

Es interesante la precisión que nos hace en ese sentido el profesor Peña: "(...) la carrera judicial y el sistema de nombramientos que lleva asociado esa misma carrera, es una cuestión que depende estrictamente del lugar que asignemos a los jueces al interior del sistema político y legal. La carrera judicial, pues, no es una cuestión jurídica y políticamente inocente que pueda ser resuelta con ánimo desaprensivo (. . .) La carrera judicial expresa o trasunta el lugar que asignamos a los jueces al interior del Estado. Así, por ejemplo, la inexistencia de una carrera judicial-o sea, la inexistencia de reglas claras referidas a la selección y promoción de sus miembros- favorece que los jueces queden entregados a los caprichos del poder; que sea, como lo muestran la experiencia de países latinoamericanos, un instrumento de poder y no, como debiera ocurrir, un límite de ese poder"⁹⁴⁶.

Cuando hablamos de carrera judicial, ¿de que hablamos? Podemos decir con Rico y Salas que "[s]egún algunos autores, las principales características que definen una carrera judicial son: mecanismos de selección y nombramiento de

⁹⁴⁵ GONZÁLEZ, Gorla. La carrera judicial en el Perú: estudio analítico y comparativo. En: "Pensamiento Constitucional". N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, p. 332.

⁹⁴⁶ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. Sobre la carrera Judicial y el sistema de nombramientos. En: Academia de la Magistratura/Revista, N° 1, Lima, enero, 1998, p. 10

los nuevos jueces, el sistema de destino y ascensos y un régimen de retribución económica. A estos rasgos conviene añadir una formación especializada del personal y la existencia de normas deontológicas sobre la profesión⁹⁴⁷.

La identificación de la falta de una auténtica carrera judicial y de un sistema de selección y nombramiento idóneos, como una de las causas de la falta de independencia en la función jurisdiccional tiene muchos años en nuestro país⁹⁴⁸. En ese contexto, se puede apreciar que el artículo 150 de la Constitución, si bien se ocupa solo de la selección y nombramiento de jueces, importa un significativo avance, en tanto se ha definido un ámbito orgánico y funcional de no interferencia de los poderes políticos con la justicia.

3. Antecedentes del Consejo Nacional de la Magistratura actual

Sobre el sistema de selección y nombramiento de jueces existen diversas opciones y viejas polémicas. Cuatro han sido las posiciones básicamente sustentadas: el nombramiento por otros poderes del Estado; la selección y nombramiento por organismos técnicos autónomos; el nombramiento por el mismo Poder Judicial; la elección popular. Así, en el Derecho comparado, sobre estas bases encontramos muy diversos y variados procedimientos de ingreso a la judicatura. Sagüés⁹⁴⁹, por ejemplo, ha identificado treinta y cuatro medios distintos para la selección de magistrados.

En el Perú, desde los inicios de la República hasta la Constitución de 1993, con algunas variantes, la selección y nombramiento de jueces profesionales estuvo confiada a los poderes Legislativo y Ejecutivo. No obstante, constituyen importantes antecedentes del actual sistema y del actual CNM, tanto el Consejo Nacional de Justicia creado durante el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980), como el Consejo Nacional de la Magistratura contemplado en la Constitución de 1979.

El nombramiento de jueces por los poderes Legislativo y Ejecutivo tiene el sustento teórico de una forma indirecta de elección popular. Si la justicia se imparte a nombre de la nación, los poderes elegidos por el pueblo eligen a los jueces, transfiriendo así parte del poder recibido en la elección popular. Así, estos sistemas, conferirían una gran legitimidad a la judicatura.

Esta ha sido, a grandes rasgos, la construcción teórica que sustentó nuestras Constituciones Políticas hasta la Constitución de 1993⁹⁵⁰. Paralelamente, una

⁹⁴⁷ RICO, José María y SALAS, Luis. Carrera judicial en América Latina. Centro para la Administración de Justicia, San José, 1990; pp. 8-9

⁹⁴⁸ De estos problemas han dado cuenta diversos autores. A propósito del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, conocido como "Proyecto Alzamora": BELAUNDE L. de R., Javier de. Objetivos del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial En: CATAFORA, BELAUNDE, LINARES, Y MANCHEGO. "Nueva estructura del Poder Judicial". Edimssa. Lima, 1988; pp. XI Y ss.

⁹⁴⁹

⁹⁵⁰ Encontramos interesantes aproximaciones históricas en GARCÍA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Universidad de Lima, Lima, 1998, pp. 420 Y ss. RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 222. GONZÁLES, Gorla. Ob. cit, P. 305.

creciente crítica social y académica identificó en este sistema una de las causas más importantes de la politización del Poder Judicial y de su falta de independencia frente al poder político, no importando la diferencia de gobiernos civiles o militares⁹⁵¹. Con ella vino el reclamo de la instauración de sistemas que garantizaran la idoneidad profesional de los jueces y que dejaran de lado la elección por preferencias políticas.

Domingo García Belaunde da cuenta de que un órgano como el CNM responde a una vieja aspiración, ubicando en 1915 y 1927 los primeros antecedentes en textos de Bernardino León y León y Enrique Eche copar⁹⁵², para luego recordar que en 1931 la Comisión Villarán -comisión ad hoc encargada de elaborar un anteproyecto de Constitución- contempló un Consejo de Justicia dentro de un sistema sui géneris de selección que terminaba en el Senado.

No obstante, es durante un gobierno de facto que se da el primer paso en la generación de un órgano técnico encargado de la selección de jueces. Tenía vigencia formal la Constitución de 1933, pero ella estaba supeditada al Estatuto del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada en virtud del golpe de Estado de octubre de 1968. En ese contexto se promulga en 1969 el Decreto Ley N° 18060 que proclama un proceso de reorganización judicial y en su artículo 9 crea el Consejo Nacional de Justicia (CNJ). Este tenía como principal función la selección de magistrados en todos los niveles, con excepción de los jueces de paz no letrados. El CNJ proponía para su nombramiento al Poder Ejecutivo una sola persona, fruto del proceso de selección por concurso⁹⁵³. El CNJ estuvo integrado inicialmente por diez personas (dos delegados del Poder Ejecutivo, dos del Poder Legislativo, dos del Poder Judicial, uno de la Federación Nacional de Colegios de Abogados y dos de las Facultades de Derecho (programas Académicos, según denominación de entonces) de las dos universidades nacionales más antiguas⁹⁵⁴. Este mecanismo, si bien en un

⁹⁵¹ "El control político sobre los jueces se ejerce a través de los mecanismos de nombramiento, ascenso y destitución. Esto explica por qué quienes detentan el poder político se han reservado siempre tales atribuciones, para ser ejercidas de modo directo o indirecto. Nuestra historia constitucional da cuenta de cómo se ha plasmado el control sobre los jueces, como una constante que ha regido al país en 160 años de vida republicana. Basadre ha examinado con atención esa constante constitucional", P ÁSARA, Luis. Jueces, justicia y poder en el Perno Ceds, Lima, 1982, p. 103.

⁹⁵² GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El Poder Judicial en la encrucijada. Ara Editores, Lima, 2004; pp. 55-56.

⁹⁵³ ZOLEZZI, Lorenzo. El Consejo Nacional de la Magistratura. En: Revista "Derecho PUCP". N° 49, 1995, p. 126, recuerda que "desde la creación del Consejo, hasta 1976, el Ejecutivo nombró siempre a los magistrados propuestos por aquél, pero en noviembre de 1976 se produjo una primera discrepancia. Un vocal supremo elegido por el Consejo no fue nombrado por el gobierno y en su lugar se nombró a uno que no había concursado". Zolezzi cita el trabajo de un ex miembro del CNJ, quien afirma: "Este incalificable atropello que motivó la renuncia del presidente y vicepresidente del Consejo ha puesto en evidencia la necesidad de que no solo la elección, sino también el nombramiento, deba recaer exclusivamente en el organismo especializado creado por la ley para estos efectos" (DELGADO BARRETO, César. Consejo Nacional de la Magistratura. En: Revista "Derecho PUCP", N° 35, 1981, p. 55).

⁹⁵⁴ El mismo Zolezzi afirma: "Si bien es cierto que el gobierno podía asegurar un control del Poder Judicial con este sistema, es necesario aclarar que los integrantes del consejo, y en particular sus presidentes, fueron reputados juristas que siguieron concitando respeto intelectual y popular después de instaurada la democracia en 1980" (ZOLEZZI, Lorenzo. Ob. cit., p. 125).

principio respetó la independencia de los nombramientos, luego se vio afectado por la interferencia del Ejecutivo.

Posteriormente, a su creación se ampliaron las facultades del CNJ, sumándose a las de selección, la evaluación periódica de los magistrados, así como facultades disciplinarias.

Sin duda, el contexto de un gobierno dictatorial no fue el mejor para experimentar este sistema. El nombramiento de un vocal supremo distinto al seleccionado por el CNJ y luego lamentables excesos en el ejercicio de la función disciplinaria, desprestigiaron totalmente al CNJ].

Restaurada la democracia, la Constitución de 1979 estableció el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) como un órgano técnico en el proceso de selección, pero no le dio facultades de nombramiento. El CNM proponía y era el Presidente de la República quien nombraba los jueces. El Senado ratificaba los nombramientos de los vocales de la Corte Suprema. Respecto a los jueces de paz, la Constitución guardó silencio, quedando a la definición legal.

El CNM estuvo integrado por siete miembros. Lo presidía el Fiscal de la Nación, y lo integraban dos representantes de la Corte Suprema, uno de la Federación Nacional de Colegios de Abogados, uno del Colegio de Abogados de Lima y dos representantes de las facultades de Derecho de la República. La misma Constitución contemplaba la existencia de los Consejos Distritales de la Magistratura en cada sede de Corte. Así el Consejo Nacional proponía el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, y los Consejos Distritales el de los magistrados de primera instancia y demás cargos de inferior jerarquía.

En materia de facultades disciplinarias, fruto del movimiento pendular que venía de la negativa experiencia del CNJ, la Constitución de 1979 confirió las facultades disciplinarias sobre los jueces al Poder Judicial. Así, el CNM podía recibir denuncias sobre magistrados de la Corte Suprema, calificadas y cursarlas al Fiscal de la Nación ~i había presunción de delito y a la propia Corte Suprema para la aplicación de medidas de carácter disciplinario.

El debate constitucional fue rico en propuestas, pero si bien se aceptó la conformación de un órgano técnico como el CNM y un proceso de selección por concurso, primó otra vez la sus tentación teórica clásica para la selección y nombramiento⁹⁵⁵.

⁹⁵⁵ "Siendo la función judicial una actividad inherente al ejercicio del poder soberano del pueblo, debe este, en todo caso, ser el origen primario de los nombramientos judiciales. De allí que para la elección de los vocales de la Corte Suprema, la ponencia proponga la intervención conjunta de los poderes legislativo y ejecutivo (...) Lo importante es que los magistrados de la Corte Suprema reciban su investidura de los representantes del pueblo (...). Se afirma que la intervención de los poderes políticos tiñe la elección de los magistrados de posiciones partidistas. Es posible, pero inevitable."(ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Diario de Debates de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente de 1978. Tomo II, Anexos y Ponencias, p. 169).

La Constitución de 1979, a pesar de su indudable legitimidad, rigió en una década de profunda crisis social, económica y política, que conllevó una crisis de gobernabilidad en un contexto de violencia. En ella la ya grave situación del sistema de administración de justicia se ahondó extremadamente. La desconfianza ciudadana alcanzó índices enormes. En lo referente a los nombramientos judiciales, al final de los 80 se consolidó una severa crítica sobre la politización de los mismos y la opinión pública volvió sus ojos críticos, nuevamente hacia un sistema que mantenía en los políticos la designación de los jueces. Dentro de la judicatura se fue consolidando un grupo crítico que, entre otros aspectos, puso en relieve la perniciosa influencia del poder político en el ejercicio de la función jurisdiccional⁹⁵⁶.

4. El debate y la configuración orgánica y funcional del CNM en la Constitución de 1993

Al denominado Congreso Constituyente Democrático, convocado después del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, llegaron diversas propuestas sobre la selección y nombramiento de magistrados. Quizás la más consistente provino de la Corte Suprema, la que con algunos retoques remitió un Anteproyecto de Reforma Constitucional del Poder Judicial, elaborado por una comisión de juristas que, asumiendo que el Congreso Constituyente era el mejor camino de salida política a la indeseable situación a la que llevó el auto-golpe, propuso una normativa sobre administración de justicia, con contenidos realmente innovadores⁹⁵⁷.

En relación con el Consejo Nacional de la Magistratura, entre otras cuestiones, cabe destacar que se diseñó un órgano integrado por personas ajenas a la función política (no hay representantes ni del Poder Ejecutivo ni del Legislativo). No solo participa en la selección, sino nombra a los jueces y fiscales supremos. Los de inferior jerarquía son nombrados por los Consejos Distritales de la Magistratura. Asume la función disciplinaria. Supervisa la Academia de la Magistratura, así como los estudios de actualización y perfeccionamiento que de manera periódica necesariamente deben realizar todos los jueces y fiscales.

Este Anteproyecto puso pues en debate una propuesta para que la selección y nombramiento de jueces y fiscales sea hecha por el propio CNM. No habría intervención de los poderes políticos ni en la conformación del CNM, ni en el nombramiento. Esta propuesta mereció el apoyo del Colegio de Abogados de Lima y de amplios sectores de opinión.

⁹⁵⁶ Carlos Ernesto Giusti, un juez paradigmático, afirmaba al responder una entrevista: "Existe, pues, una forma de nombramiento que permite controlar al magistrado. Y como se trata de una decisión política, el político de turno tratará de designar como magistrado a aquel que le merezca confianza". Asimismo señalaba: "Mientras sepan que su futuro como magistrados, que sus eventuales nombramientos o promociones dependen del político de turno (quien puede ejercer contra ellos algún tipo de venganza a la hora de hacer alguna designación), las cosas seguirán igual" (Los políticos quieren controlar el Poder Judicial, entrevista a Carlos Ernesto Giusti Acuña, Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima. En: "Justicia". N° 3, Lima, agosto de 1990, p. 28)

⁹⁵⁷ El referido Anteproyecto, así como la Exposición de Motivos ha sido publicado por GARCÍA BELAUNDE, Domingo en: El Poder Judicial en la encrucijada. Ob. cit., pp. 85 Y ss.

No obstante, una revisión del debate constitucional nos permite apreciar las hondas cavilaciones de los constituyentes en esta materia. Una sucesión de propuestas y reconsideraciones muestran un arduo debate entre un sistema como el que finalmente triunfó: un órgano técnico selecciona y nombra; y por otro lado, amparados en la construcción teórica antes señalada, la propuesta de mantener, con variantes, el esquema de 1979: el CNM evalúa y selecciona, pero los poderes políticos nombran. El debate muestra no solo la resistencia de algunos sectores a aceptar un sistema sin intervención de los poderes políticos, sino el enorme peso que tuvo en ese momento una opinión pública adversa a un sistema (como el vigente desde 1979) que más allá de su consistencia teórica, había demostrado en la práctica su inconveniencia para alcanzar estándares razonables de independencia en los nombramientos judiciales y que, además, reclamaba el renunciamiento de los políticos a intervenir en el Poder Judicial⁹⁵⁸.

Así, podemos definir que la Constitución ha establecido un doble sistema para la selección y nombramiento de jueces: a) para los jueces profesionales, el nombramiento por un órgano técnico, el CNM; b) para los jueces de paz, elección popular, abriendo la posibilidad de que por ley se extienda este sistema a un grado de la justicia profesional, los jueces de primera instancia.

Por otro lado, ha precisado que el CNM se encarga de la selección y nombramiento. Es decir el artículo 150, como ya dijimos, aborda dos aspectos de la carrera judicial. Es decir el "primer momento", que en realidad es un proceso complejo en el cual se distinguen las siguientes fases: a) evaluación, b) selección, c) formación; y d) designación⁹⁵⁹.

La evaluación busca valorar, de acuerdo con ciertos criterios y perfiles, los conocimientos y aptitudes de quienes pretenden un cargo judicial. La selección importa el cumplimiento de determinados requisitos y la identificación, sobre la base de la evaluación, de quien se considera el más idóneo para el cargo. La formación, ocupa diversos lugares en el proceso, dependiendo de su propósito. Suele entenderse como la capacitación para la asunción del cargo. La designación o nombramiento es el acto jurídico por el cual el candidato elegido es nombrado para el desempeño del cargo⁹⁶⁰.

⁹⁵⁸ En este sentido es interesante, por demostrativa, la intervención del congresista Enrique Chirinos Soto a propósito de uno de los pedidos de reconsideración del articulado sobre el CNM: "En el proyecto original la mayoría, como homenaje a la opinión pública -a una opinión pública a mi modo de ver, equivocada- abdica de la potestad que tiene el Congreso de ratificar los nombramientos de vocales supremos efectuados por el Presidente de la República; es decir el mismo sistema que en los Estados Unidos de Norteamérica, sistema que allá ha producido una Corte Suprema independiente pero aquí no.

Por consiguiente, el quid del asunto no está, definitivamente, en el sistema de nombramiento. Entonces, ¿qué hace la mayoría? La mayoría se rinde a la opinión pública, se rinde a los sectores de oposición (...) y nos trae un texto en que esa facultad se confía al Consejo Nacional de la Magistratura, que, de todas maneras va a ser una oligarquía de abogados, que va a tener el máximo poder del Estado: el de ratificar el nombramiento y -uno más grave- ratificar a los vocales supremos cada cinco años, en sus cargos o no. De manera que esta entidad oligárquica va a tener el poder de hacer y deshacer jueces". CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Diario de los debates. Debate Constitucional Pleno 1993. Publicación oficial. Tomo II, Lima, pp. 1382-1383

⁹⁵⁹ GONZALES, Gorki: Ob. cit., p. 260

⁹⁶⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro: Ob. cit., p. 25

Pues bien, las fases a), b) y d), corresponden al CNM. La c), como veremos, a la Academia de la Magistratura. De este modo se ha consagrado en el Perú un sistema de ingreso a la judicatura exento de la intervención tanto del Poder Ejecutivo como del Legislativo, los que tampoco tienen presencia en la conformación orgánica del CNM (artículo 155).

Cuando la Constitución precisa que el CNM es independiente, remarca su principio de autonomía. García Toma lo precisa así: "En este sentido el CNM no depende de ningún órgano de poder. Sus miembros, denominados consejeros, no deben obediencia a ningún funcionario o autoridad que sea ajeno al propio CNM. Sus decisiones solo se sujetan al mandato imperativo de la Constitución y a su ley orgánica (Ley N° 26397)"⁹⁶¹.

En el diseño constitucional llama la atención que no se haya contemplado la existencia de Consejos Distritales de la Magistratura, como sí lo hizo la Constitución de 1979 y como lo proponía el proyecto de la Corte Suprema. Más aún, en el proyecto que llega de la Comisión de Constitución y de Reglamento al Pleno del Congreso Constituyente Democrático se proponía la existencia de dichos Consejos Distritales⁹⁶². Este proyecto fue votado y aprobado⁹⁶³. No obstante, como resultado de las diversas reconsideraciones el texto inicial de lo que hoy es el artículo 150, mutó y llegó nuevamente al Pleno sin los consejos distritales. Cuando se suscitó debate al respecto, se interpretó que su existencia dependería de su ley orgánica⁹⁶⁴, lo que nos parece discutible.

El Congreso instalado el 2001 viene propiciando un debate para reformar la Constitución. Consideramos imprescindible tener en cuenta que el CNM, como otros órganos contemplados en la Constitución, sufrieron el proceso de desconstitucionalización que caracterizó la década del 90, en la cual el gobierno autoritario mantuvo la vigencia formal de la Constitución, pero la vació de contenido a través de leyes. La limitación de funciones del CNM, las acciones y leyes que propiciaron la desestabilización de la magistratura mediante el mantenimiento de la provisionalidad, las normas que impidieron que el CNM seleccionara y nombrara jueces, hacen imposible una evaluación objetiva del desempeño en los hechos del diseño constitucional consagrado en 1993.

Por ello estimamos que hay que experimentarlo, aprovechando la reforma constitucional para mejorar aspectos vinculados a su conformación, funciones e introduciendo normas imprescindibles sobre carrera judicial. Las propuestas de

⁹⁶¹ GARCÍA TOMA, Víctor. Ob. cit., p. 427

⁹⁶² "Artículo 166.- El Consejo Nacional de la Magistratura y los Consejos Distritales se encargan de la selección, el nombramiento y el ascenso de los jueces, salvo los que provengan de la elección popular.

El Consejo Nacional de la Magistratura es independiente y se rige por su ley orgánica"(CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Diario de los Debates. Debate Constitucional Pleno 1993, Publicación oficial. Tomo 11, Lima, p. 1330).

⁹⁶³ *Ibidem*, p. 1715

⁹⁶⁴ Intervención del congresista Carlos Torres y Torres Lara, Presidente de la Comisión de Constitución y de Reglamento. *Ibidem*, Tomo III, p. 2362.

la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) son un buen punto de partida⁹⁶⁵.

DOCTRINA

ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978. Diario de Debates de la Comisión Principal.

Tomo II, Anexos y Ponencias, Lima; BELAUNDE LOPEZ DE ROMAÑA, Javier de. Objetivos del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. En: CA T ACORA, BELAUNDE, LINARES, y MANCHEGO: "Nueva estructura del Poder Judicial". Edimssa, Lima, 1988; CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO.

Diario de los debates. Debate Constitucional. Pleno 1993. Publicación oficial. Tomo n, Lima; DELGADO BARRETO, César. Consejo Nacional de la Magistratura. En Revista "Derecho". N° 35, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUC, 1981;

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El Poder Judicial en la encrucijada. Ara Editores, Lima, 2004; GARCÍA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Universidad de Lima, Lima, 1998; GONZÁLEZ, Gorlo. La carrera judicial en el Perú: estudio analítico y comparativo. En: "Pensamiento Constitucional". N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; P ÁSARA, Luis: Jueces, justicia y poder en el Perú. Cedys, Lima, 1982; PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. Sobre la carrera judicial y el sistema de nombramientos. En: Academia de la Magistratura/Revista, N° 1, Lima, enero, 1998; RICO, José María y SALAS, Luis:

Carrera Judicial en América Latina. Centro para la Administración de Justicia, San José, 1990; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993.

Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; SAGÜÉS, Néstor Pedro: Reforma judicial. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978; ZOLEZZI, Lorenzo. El Consejo Nacional de la Magistratura. En: Revista "Derecho". N° 49, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUC, Lima, 1995. .

⁹⁶⁵ CERIAJUS. Plan nacional para la reforma integral de la administración de justicia, pp. 396 Y ss.

Artículo 151

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura, que forma parte del Poder Judicial, se encarga de la formación y capacitación de jueces y fiscales en todos sus niveles, para los efectos de su selección.

Es requisito para el ascenso la aprobación de los estudios especiales que requiera dicha Academia.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 138,150, 154y 158;

L.O.P.J.: arts. 82 inc. 23),177 inc. 9), 178, 179, 182 inc. 4);

L.O.C.N.M.: arto 22 inc. c);

Ley 26335;

Ley 26379: arts. 1 al 3;

R. 22-2001-AMAGCD;

P.I.D.E.S.C.: arto 13.1

Javier de Belaunde López de Romaña

El establecimiento de un centro de capacitación judicial ha sido una antigua aspiración de la magistratura. La Constitución, queriéndole dar relevancia a la capacitación permanente y especialización de los magistrados, le ha dado rango constitucional a la Academia de la Magistratura.

El magistrado debe ser apto siempre, no solo al momento de su ingreso. La formación del juez y del fiscal no es algo que interesa solo a dichos funcionarios, es algo inherente a la función jurisdiccional. Es un interés público de primera magnitud.

La capacitación no es, pues, como muchas veces se percibe, solo un derecho o interés de los magistrados, sino, es un deber, una obligación del juez y del fiscal. Así, por otro lado, es un derecho de los justiciables tener jueces siempre capacitados.

Una de las críticas frecuentes a los magistrados es la deficiente capacitación, la escasa actualización y la pobre especialización. Tributarios de la formación universitaria deficiente⁹⁶⁶, nuestros jueces tienen, además, una preparación limitada en lo que se refiere al conocimiento no jurídico. La necesidad de instituir un centro de capacitación permanente de la judicatura fue ganando consenso como una de los instrumentos fundamentales de cualquier reforma judicial⁹⁶⁷.

⁹⁶⁶ Para una visión actualizada de la situación de los estudio de Derecho en e! país: PÁSARA, Luis. Lo enseñanza del Derecho en el Perú; su impacto en la administración de justicia. Ministerio de Justicia, Lima, 2004.

⁹⁶⁷ "La necesidad de una profesionalización específica en la administración de justicia parte; primero, de reconocer las limitaciones de la formación universitaria; segundo, de admitir que la función de juez o fiscal requiere de destrezas que pueden ser enseñadas y deben ser estudiadas; tercero, de no olvidar que e! mundo jurídico está en constante movimiento (...); cuarto, de tener la convicción de que la única forma de tener un Poder Judicial fuerte y

No obstante la bondad del propósito constitucional, el texto del artículo 151 suscita algunas dudas que es preciso tratar. Una primera se refiere al propósito de la Academia. ¿Se trata de una institución que capacita a candidatos o aspirantes a jueces y fiscales o que sirve para la capacitación, actualización y especialización de quienes están ya en el servicio judicial? Ubiquemos la norma constitucional en sus antecedentes.

En realidad, se trata de un viejo debate entre quienes consideran que ante las deficiencias de la formación universitaria es necesario establecer una capacitación previa al ingreso a la judicatura y entre quienes consideran que un centro de capacitación judicial debe ser para perfeccionar y actualizar a quienes ya son jueces, dotándolos además un ámbito de reflexión y revisión permanente de su quehacer.

Los primeros antecedentes de la Academia de la Magistratura están en dos esfuerzos del Poder Judicial y en otro del Ministerio Público, que es menester recordar, pues resulta relevante apreciar que las necesidades de capacitación fueron percibidas por los mismos jueces y fiscales, quienes intentaron en la pasada década del 80 dar realidad a un proyecto de escuela judicial.

El primer antecedente data de 1985, cuando el Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema encargó a una comisión la elaboración de un Proyecto de Creación de la Institución Académica de la Magistratura. Dicho proyecto definió sus objetivos en el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación y perfeccionamiento de magistrados. Se focalizaba en la capacitación de los jueces recién nombrados y en el perfeccionamiento y actualización de quienes ya estaban en ejercicio. Acentuaba sus objetivos en la necesidad de propiciar una conciencia creadora en materia de Derecho judicial y una permanente reflexión y análisis sobre las formas en que se administra justicia⁹⁶⁸.

Paralelamente, el denominado "Proyecto Alzamora" de Ley Orgánica del Poder Judicial, incorporaba ese mismo año, por primera vez, la creación del Instituto Académico de la Magistratura, "encargado de desarrollar un sistema integral y continuo de capacitación, perfeccionamiento y especialización de magistrados"⁹⁶⁹.

Posteriormente, y este es el segundo antecedente, la Corte Suprema en noviembre de 1989, estableció una Academia de la Magistratura sobre la base

preparado para realizar el pape! al que está llamado a desempeñar es a través de la calidad Y permanente renovación intelectual de sus integrantes"(SAN MARTÍN, César. Lo carrera judicial En: "Derecho y Sociedad". Año 5, N° 8-9, P. 74).

⁹⁶⁸ CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES. Proyecto de Creación de la Institución Académica de la Magistratura (1985). El Proyecto que desarrolló objetivos, metas, una curricula básica, programas de cursos y presupuesto no se pudo implementar a pesar de contar con apoyo de cooperación técnica internacional, pues la Corte Suprema al discutir su estatuto no aprobó las condiciones necesarias de autonomía.

⁹⁶⁹ CATAORA, BELAUNDE, LINARES, y MANCHEGO. Nueva estructura del Poder Judicial Edimssa, Lima, 1988, p. 37.

del proyecto antes mencionado, que no obstante haber tenido corta vida, dictó varios cursos de capacitación a jueces en ejercicio. El Ministerio Público constituyó también un Centro de Capacitación.

La idea que primó en todos los casos citados fue brindar capacitación a quienes estaban ya en ejercicio de funciones.

No obstante lo dicho, en la década del 90 se plasma legislativamente la aspiración de la escuela judicial, en un sentido diverso. El Decreto Ley N° 25726, publicado en setiembre de 1992, creó la Academia de Altos Estudios en Administración de Justicia para el desarrollo de programas de postgrado como un requisito previo para el ingreso a la carrera judicial y fiscal. Por otro lado, se le concibió, erradamente, dependiente del Ministerio de Justicia. Esta Academia nunca llegó a funcionar, pero fue un referente frecuente en los debates del Congreso Constituyente Democrático (CCD).

El texto del artículo 151 de la Constitución no es claro parece sugerir que la Academia se instituye para formar y capacitar a candidatos a jueces y fiscales (es decir, para una capacitación previa a la postulación), y para preparar a los magistrados en ejercicio para el ascenso.

Al respecto, coincidimos con Marcial Rubio cuando interpretando el primer párrafo del artículo 151 sostiene que caben dos interpretaciones posibles: a) La primera es que todo candidato a juez o fiscal debe llevar un Curso en la Academia, señalando que en ese supuesto, la Academia podría verse obligada a dar el mismo curso a miles de personas; b) La segunda "es considerar que dicho curso es una etapa indispensable en el proceso de selección y, así el curso podría darse a candidatos preseleccionados y no a todos los postulantes (...)", interpretación que parece más acorde con las posibilidades reales y con el fin de preparar a quienes ingresarán al Poder Judicial. No obstante el mismo Rubio señala: "Para nosotros las dos alternativas son interpretaciones razonables y, por razones operativas y de ratio legis la segunda es la más adecuada"⁹⁷⁰.

El debate constitucional aporta poco, pero sí parece claro que los constituyentes concibieron a la Academia en una doble función: como un centro de perfeccionamiento de quienes estaban en la judicatura, pero también como un centro de capacitación dentro del proceso de selección⁹⁷¹.

⁹⁷⁰ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 234

⁹⁷¹ Revisando el Diario de los Debates tanto del Pleno como de la Comisión de Constitución y de Reglamento del CCD, no encontramos una discusión de fondo sobre el carácter de la Academia ni una fundamentación en uno o en otro sentido. En el debate realizado en la Comisión encontramos que a la objeción del congresista Róger Cáceres de que la Academia de la Magistratura tenga rango constitucional, estimando que bastaría el legal, el congresista César Fernández Arce respondió: "(no) si esto se deja librado a la ley, la ley puede ser manipulada políticamente para dejar de lado los estudios de la Academia de la Magistratura para ser juez y para ser vocal. Por eso es que estamos dándole carácter constitucional, para que después no sea manipulada por nadie y sea un requisito indispensable como garantía de capacidad profesional en la recta administración de justicia" (tomo III, p. 1587). Más adelante, ante observaciones a la redacción del artículo proyectado el congresista Carlos Ferrero Costa expresó: "(...) porque en realidad de lo que se encarga la Academia de la Magistratura es de

En esa línea la Ley N° 26335, Ley Orgánica de la Academia, definió en el artículo 2 su objeto: a) la formación académica de los aspirantes a cargos de magistrado del Poder Judicial o Ministerio Público; b) la capacitación académica para los ascensos de los magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público; c) la actualización y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Formación de candidatos y actualización y perfeccionamiento de magistrados en ejercicio fue la definición legal que sustentó que la Academia planificara y desarrollara programas específicos para: a) formar aspirantes, es decir candidatos que pretenden postular ante el CNM para ser jueces o fiscales; b) capacitar para el ascenso a magistrados que pretenden acceder a cargos superiores; c) actualizar y perfeccionar a jueces y fiscales, mediante cursos sobre temas específicos.

En materia de selección para el ingreso a la magistratura, los roles asignados por la Constitución y por la ley al CNM y a la Academia han determinado que, en la práctica, se constituya un doble filtro para el acceso a la magistratura. Según la ley orgánica de la Academia, la admisión a los programas que brinda la Academia se efectúa mediante concurso (evaluación de antecedentes y prueba de conocimiento).

Luego, quienes aprueban los cursos de la Academia pueden presentarse al concurso que desarrolla el CNM para ingresar a la carrera judicial⁹⁷².

En relación con el ascenso, en el Perú no existe propiamente un sistema de ascensos, en tanto el acceso a la carrera judicial puede ser por cualquier grado. Los magistrados que aspiran a un grado superior deben presentarse a un concurso abierto concurriendo con aspirantes ajenos a la carrera judicial⁹⁷³. En realidad no existe ningún mecanismo de promoción interna distinto a una pequeña bonificación en el puntaje en el referido concurso⁹⁷⁴.

La Constitución señala que la Academia forma parte del Poder Judicial, no obstante ubicar el artículo 151 dentro de la sistemática del Consejo Nacional de la Magistratura e instituir un centro de formación no solo para jueces, sino también para fiscales. No hay justificación para someter la Academia al Poder

formar y capacitar con la finalidad de seleccionar, y el texto está al revés (...) hay que resolverlo" (romo V, p. 2919).

⁹⁷² EGUIGUREN, Francisco José (coordinador) y otros. Gobierno y administración del Poder Judicial, organización de la función jurisdiccional y sistema de camra judicial. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2002, p. 226.

⁹⁷³ "En este contexto, la existencia de un cuadro de méritos o escalafón de antigüedad pierde importancia al dejar de tener incidencia en el cuadro de promoción. Un sistema que no cuenta con mecanismos de promoción interna que coexistan con la posibilidad de ingresar a la carrera judicial por cualquiera de sus niveles, no puede ser definido como carrera judicial porque carece de uno de sus elementos estructurales" (EGUIGUREN, Francisco José y otros. Ob. cit., p. 266).

⁹⁷⁴ La Ley N° 27368 de 7 de noviembre de 2000, establece que los magistrados titulares que postulen al grado inmediatamente superior, previo el cumplimiento del programa de formación correspondiente, tendrán una bonificación del 10% del total de puntaje obtenido en el concurso

Judicial(10). Además, en los hechos, la ley orgánica le confirió autonomía académica, económica, administrativa y de gobierno, constituyéndose un pliego presupuestal independiente.

En esa línea se ha propuesto que la Academia pase a formar parte del CNM(11), o que se establezca como un organismo autónomo(12).

Después de los años de funcionamiento de la Academia, la cual tampoco quedó exenta de la intervención que el gobierno autoritario de Fujimori desplegó sobre el Poder Judicial, es preciso revisar su rol en el sistema de justicia. En esa línea, consideramos que debe definirse como un órgano de perfeccionamiento y especialización de los magistrados en ejercicio, y respecto a su rol en el proceso de selección debe definirse claramente que el CNM debe seleccionar a los jueces y fiscales entre los candidatos y aquellos seleccionados deben someterse a un proceso de capacitación en la Academia. El CNM nombraría solo a quienes hayan aprobado ese proceso. Entre otras razones, es la mejor manera de optimizar recursos e ¡casos.

DOCTRINA

CATACORA, BELAUNDE, LINARES, y MANCHEGO: Nueva estructura del Poder Judicial. Edimssa, Lima, 1988; CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES: Proyecto de Creadón de la Institudón Académica de la Magistratura. 1985;

COMISION DE ESTUDIO DE BASES PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Ministerio de Justicia, Lima, 2001; EGUIGUREN, Francisco José (Coordinador) y otros. Gobierno y administradón del Poder Judicial, organizadón de la fundón jurisdicdonal y sistema de carrera judicial. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; GARCÍA TOMA, Víctor: Análisis sistemático de la Ccnstitudón peruana de 1993. Universidad de Lima, 1998; PÁSARA, Luis: La enseñanza del Derecho en el Perú: su impacto en la administradón de justida. Ministerio de Justicia, Lima, 2004; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitudón Política de 1993. Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; SAN MARTÍN, César. La carrera judicial. En: "Derecho y Sociedad", Año 5, N° 8-9.

(10) Para GARCÍA TOMA (Análisis sistemático de lo Constitución peruana de 1993. Universidad de Lima, Lima, 1998, p. 444) esta dependencia facilitó la intervención de la Academia dispuesta por la Ley N° 26623, Ley del Consejo de Coordinación Judicial. EGUIGUREN, Francisco José y otros. Ob. cit., p. 288) coinciden con esta opinión.

(11) COMISIÓN DE ESTUDIO DE BASES PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Ministerio de Justicia. Lima, 2001, p. 68.

(12) RUBIO, Marcial. Ob. cit., tomo 5, p. 234 Y CERIAJUS. Plan nacional para la reforma integral de lo administración de justicia, p. 406.

Artículo 152

. Elección popular de jueces

Los Jueces de paz provienen de elección popular.

Dicha elección, sus requisitos, el desempeño jurisdiccional, la capacitación y la duración en sus cargos son normados por ley.

La ley puede establecer la elección de los jueces de primera instancia y determinar los mecanismos pertinentes.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2inc. 17), 139 inc. 17),150, 151,176;

LO.P.J.: art. 183;

LO.O.N.P.E: art. 64;

Ley 26300: art. 20 inc. c);

LO.E.: arts. 24, 25;

Ley 27539;

C.A.D.H.: art 23.1.b;

D.U.D.H.: art. 21 inc. 1),3);

P.I.D.C.P.: art. 25.b

Javier de Belaunde López de Romaña

Este artículo tiene tres aspectos de importancia. El primero es el reconocimiento constitucional de la justicia de paz. El segundo es la determinación de que los jueces de paz son elegidos mediante elección popular. El tercero es la apertura a que la ley extienda también a un grado de la justicia profesional (los jueces de primera instancia) la elección popular.

1. Reconocimiento constitucional de la justicia de paz

Este artículo está referido a la justicia de paz no letrada, como antes se le denominaba, es decir, a la justicia -básicamente conciliadora- impartida por jueces legos en Derecho, según su leal saber y entender, ya que la regulación de la justicia de paz letrada, ejercida por abogados que deben aplicar Derecho, forma parte, en todos sus aspectos, de la justicia ordinaria o profesional.

La justicia de paz obedece a una tradición que data desde el inicio de la República. "La figura del juez de paz aparece en todos los textos constitucionales que ha tenido el Perú desde la primera Constitución de 1823 hasta la actual de 1993. Al igual que muchas constituciones republicanas de la época independentista, la del Perú se inspiró -en parte- en la Carta de Cádiz de 1812 que, entre otras cosas, establecía que el alcalde ejercía el oficio de conciliador y que antes de presentar una demanda judicial debía agotarse previamente esta vía; características que se mantuvieron en la primera

Constitución Republicana de 1823 pero con una gran diferencia: que el conciliador ya no era el alcalde sino una autoridad nueva, el juez de paz⁹⁷⁵.

Se revela así que la justicia de paz está profundamente arraigada en nuestra tradición republicana.

En el excelente trabajo que citamos de David Lovatón -quizás uno de los más completos sobre la materia- se destaca de la revisión histórica de la justicia de paz que "desde el inicio ha sido considerada como parte -al menos formalmente- de la estructura del poder judicial, y que siempre ha mantenido esa condición de autoridad pública en la solución de conflictos"⁹⁷⁶.

De este modo, el artículo 152 de la Constitución se inserta en esa tradición constitucional de reconocimiento de la justicia de paz impartida por legos, trayendo como elemento nuevo la consagración a nivel de la Constitución del sistema de elección popular de los jueces.

Contrastando, como muchas veces ocurre en nuestro país, con ese reconocimiento a nivel formal de la justicia de paz, ella padeció el abandono estatal y poco era lo que se sabía de su funcionamiento real hasta la pasada década del 80, cuando con el impulso del Centro de Investigaciones de la Corte Suprema y de la Fundación alemana Friedrich Naumann, se iniciaron investigaciones y programas de capacitación que nos hicieron conocer y comprender un ámbito del sistema de justicia que goza de impactante reconocimiento popular⁹⁷⁷. Con posterioridad, el Instituto de Defensa Legal y ahora el Consorcio Justicia Viva, ha destacado en el mantenimiento y profundización en el interés en esta justicia tan importante como abandonada⁹⁷⁸. Otras instituciones e investigadores⁹⁷⁹ han contribuido también a que hoy tengamos un conocimiento más ajustado de una justicia que, a diferencia de la justicia profesional, sí goza de un indudable prestigio social y que ha motivado el interés de otros países del área andina de introducir esta figura en su legislación.

La mayoría de los jueces en el Perú son jueces de paz no letrados. Suman, alrededor de 4,800; se encuentran básicamente en zonas rurales, estando en la región andina dos terceras partes de ellos; la mayor parte de los jueces de paz no son abogados ni tienen formación jurídica; el mayor número de conflictos que llegan al Poder Judicial lo atiende esta instancia; su labor es fundamentalmente conciliadora, aunque muchas veces a los jueces de paz y a

⁹⁷⁵ LOVATÓN PALACIOS, David. Lo justicia de paz en el Perú: aspectos positivos y limites. En: "Justicia de Paz en la Región Andina". Corporación Excelencia en la Justicia. Bogotá, 2000, p. 19

⁹⁷⁶ LOVATÓN PALACIOS, David. Ob. cit., p. 20.

⁹⁷⁷ Entre los diversos trabajos producidos destacan: BRANDT, Hans-Jürgen. Justicia popular. Fundación Friedrich Naumann. Lima, 1987; Y del mismo autor: En nombre de la paz comunal Un análisis de la justicia de paz en ti Pmí. Fundación Friedrich Naumann. Lima, 1990

⁹⁷⁸ No solo a través de obras como: La justicia de paz tn debate. ID L, Lima, 1999; y Manual del sistema de justicia peruano (Alfredo VILLAVICENCIO y otros). Justicia Viva, Lima, 2003; sino a través de actividades de capacitación y auspicio como el concurso "El Juez de Paz del Año".

⁹⁷⁹ Ha sido destacable también el continuado interés de la Comisión Andina de Juristas y de trabajos de investigación individual, como: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. La justicia de paz en Lima. Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2002

la población no le queda claro cuándo están conciliando y cuándo resolviendo; sustentan su actuación frecuentemente en los usos y costumbres de la localidad⁹⁸⁰.

En el área civil el juez de paz conoce los procesos de mínima cuantía; esto significa que conocen los conflictos de sectores sociales de bajos ingresos. En el área penal, procesan faltas. "Las estadísticas muestran que el tipo de conflicto que ingresa a los juzgados cambia con el desarrollo socioeconómico del lugar. Un ejemplo referido a los vínculos sociales y el juez de paz son las controversias entre familiares: en la economía campesina la familia constituye la unidad de producción y de consumo, lo que determina que un conflicto de pareja o entre familiares fácilmente pueda amenazar la existencia y supervivencia de la familia. Esto hace más importante el buscarle una pronta solución"⁹⁸¹.

Ya las investigaciones de los 80 mostraban al juez de paz como un hombre conocido y respetado por su comunidad. El 79% de quienes habían concurrido a la justicia de paz tenía confianza en ella. Este porcentaje de aprobación se ha mantenido, con variantes, hasta la fecha y siempre me ha parecido de mucho interés constatar y sobre todo buscar explicaciones sobre cómo el grado de aprobación de la justicia de paz, es decir, de la impartida por legos en Derecho, es el índice generalmente de desaprobación ciudadana de la justicia ordinaria, profesional.

Parece claro que esta confianza de la población se sustenta en el acceso fácil y directo a esta instancia, sin filtros formales (no se requiere, p.e., un abogado). Los jueces viven en la misma comunidad de los litigantes y suelen conocer a las partes en conflicto, hablan su idioma nativo y entienden los valores culturales locales. Los procedimientos y resoluciones son entendibles por la ausencia de un razonamiento netamente jurídico. Los costos de los procedimientos son muy bajos, la celeridad es alta y el pueblo tiene de facto un control social sobre la actuación del juez. El juez tiende a no formalizar el procesamiento del conflicto y en su razonamiento prioriza la devolución de la paz social, es decir, la solución del conflicto; muchas veces, en este afán excede sus competencias.

Por todo ello, se extendió un consenso sobre la necesidad de fortalecer la justicia de paz. En realidad, considero que ante las graves deficiencias de la justicia ordinaria, de la cual formamos parte jueces y abogados, no ha estallado totalmente en el Perú el sistema de solución de conflictos, en gran medida por el eficiente trabajo de la justicia de paz.

Lovatón da cuenta en el trabajo citado, de un marco legal sobre competencias, requisitos, prerrogativas y demás aspectos de la justicia de paz, frondoso, complejo y oscuro. Lo considera "aluviónico", en el sentido que se ha ido sucediendo y superponiendo. Lo que hace indispensable un nuevo marco legal

⁹⁸⁰ VILAVICENCIO, Alfredo (coordinador). Manual del sistema de justicia peruano. Justicia Viva, Lima, 2003, pp. 71 Y ss

⁹⁸¹ BRANDT, Hans-Jürgen. La justicia de paz en el Perú. En: "La justicia de paz en debate". IDL. Lima, 1999, p. 17

sencillo y claro⁹⁸² que, entre otras cosas dé debido desarrollo al artículo constitucional comentado.

2. La elección popular de los jueces de paz

En la línea del fortalecimiento de la justicia de paz y de los vínculos de esta con su comunidad, se postuló que los jueces de paz fueran elegidos a través de un sistema acorde con su naturaleza: elección popular.

Inspirados en las investigaciones de la época, el "Proyecto Alzamora" de Ley Orgánica del Poder Judicial fue en 1985, precursor de esta idea, la cual entonces no fue aceptada. No obstante, la fuente inmediata del artículo 152 de la Constitución está en el Anteproyecto de Reforma Constitucional del Poder Judicial presentado por la Corte Suprema al CCD⁹⁸³. En cualquier caso, en el seno constituyente, gozó del amplio consenso⁹⁸⁴, el cual fue previamente alcanzado en la opinión pública y en los medios académicos.

Vigente la Constitución, han surgido diversos problemas en el desarrollo legislativo para hacer viable la elección popular de los jueces de paz. Así la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia - CERIAJUS, recogiendo apreciaciones autorizadas, ha considerado que las Leyes N°s. 27539 y 28035 han desarrollado deficientemente el artículo 152 de la Constitución al haber previsto condiciones materiales, logísticas y económicas imposibles de cumplir y al haber desconocido la tradición de elecciones directas de la población.

De acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 69), el juez de paz era designado por la Corte Superior respectiva, teniendo en cuenta las propuestas de las organizaciones y autoridades del lugar. La práctica hizo que en la mayor parte de los casos, las propuestas fueran hechas en asamblea. Si bien el procedimiento permitía designaciones "a dedo" de personas vinculadas a las autoridades judiciales, generalmente las propuestas eran respetadas.

Ante la falta de una ley de desarrollo constitucional, resoluciones administrativas del Poder Judicial emitidas entre 1994 y 1998, prorrogaron el mandato de los jueces de paz elegidos mediante el procedimiento preconstitucional. Como quiera que la situación se hiciera insostenible, en enero de 1999, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial emitió la Resolución N° 844-CME-PJ, estableciendo un procedimiento transitorio de elección popular a través de asambleas que elegían al juez de paz y a los accesitarios. El acta era elevada por el presidente de la asamblea eleccionaria al Presidente de la Corte Superior, quien previa verificación de antecedentes penales y judiciales de los elegidos, expedía la resolución de designación.

La resolución administrativa citada era, en estricto, inconstitucional, pues no respetaba la reserva de ley impuesta por la Constitución, pero se aplicó y se

⁹⁸² LOVATÓN PALACIOS, David. Ob. cit., pp. 21-22.

⁹⁸³ Diario oficial El Peruano de 18 de febrero de 1993, p. A-6

⁹⁸⁴ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Diario de MS debates. Debate Constitucional 1993. Tomo III, Lima, pp. 1593 Y ss

realizaron muchas elecciones desde el año 1999 siguiendo el procedimiento dispuesto que, no obstante, recogía la práctica democrática de elección directa de los pobladores en asamblea.

En octubre de 2001, se promulgó la Ley N° 27539, Ley de Elecciones de Jueces de Paz, dando un plazo de dos años para la organización del proceso electoral. Por primera vez se llevaría a cabo una elección a escala nacional y en muchos casos se preveía la organización por la Oficina Nacional de Procesos Electorales(ONPE).

Wilfredo Ardito ha criticado con agudeza en diversos artículos esta norma, que supone, entre otras cosas, debido a que la jurisdicción de los jueces de paz no coincide normalmente con los distritos, que se realice una demarcación previa y el empadronamiento de diez millones de personas, con un costo económico elevadísimo.

"Un poblado de Aymaraes puede organizar una elección de juez de paz en pocas horas. La ONPE requiere de seis meses de anticipación. Además, deben participar el JNE, el RENIEC, las Fuerzas Armadas y Policiales. La tranquila asamblea de un caserío sería invadida por un cúmulo de funcionarios que muchas veces ni siquiera podrían comunicarse con la población. ¿Acaso se necesita capacitación, fiscalización o custodia militar en estas elecciones?", para continuar luego expresando, "es que la naturaleza misma de la justicia de paz implica la elección directa, para permitir el control permanente del juez por su comunidad. Por todo ello, ¿no es necesario modificar la Ley N° 27539 Y devolver a la población su derecho a elegir directamente, y cuanto antes mejor, a sus jueces de paz?"⁹⁸⁵.

En julio de 2003, se promulgó la Ley N° 28035, que postergó las elecciones de jueces de paz previstas para octubre de ese año. Ello generó una situación de inestabilidad e incertidumbre. No obstante, la Ley citada permitió en disposición transitoria que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dictara un Reglamento Transitorio de Designación de Jueces de Paz (Resolución Administrativa N° 019-2004-CE-PJ), el cual dispone, entre otras cosas, que las comunidades campesinas y nativas elijan de manera directa a sus jueces de paz. Pero, para los otros casos, se generó un complejo mecanismo de designación a través de una Comisión Especial de Designación integrada por magistrados. Esta comisión debía efectuar una convocatoria pública, recibir propuestas, evaluar requisitos y proclamar a quienes tuvieran el mayor puntaje. Así, "se ha perdido el sentido democrático de la elección, dado que es más importante presentar una hoja de vida profesional sin importar el reconocimiento de la comunidad (...). Estaba demostrado que las prácticas democráticas de elección de los últimos años no solo son más eficientes sino que garantizan legitimidad social de los jueces de paz (...). El proceso ha terminado o ha avanzado de forma adecuada solamente en las zonas donde se permitió a las comunidades campesinas y nativas actuar según sus costumbres o la Comisión fue flexible respecto a las formalidades dispuestas (...)"⁹⁸⁶.

⁹⁸⁵ ARD ITO VEGA, Wilfredo. Entre la tinta indeleble y la justicia de paz. En: "Justicia Viva", Boletín N° 36, Lima, 2003

⁹⁸⁶ FARFÁN MARTÍNEZ, George. Urgencia de una nueva ~ de Elecciones de Jueces de Pa~ En: "Justicia Viva", N° 148, Lima, p. 2.

Resulta pues urgente la promulgación de una ley de elecciones de jueces de paz que tome en cuenta la realidad de donde deben efectuarse las elecciones. Una vez más, el transplante de procesos y concepciones formales chocan con la realidad social. De nada servirá el sano propósito de la norma constitucional si, en los hechos, el desarrollo legislativo la distorsiona por falta de información adecuada.

Participamos de la idea de que en las pequeñas localidades, donde se concentran las dos terceras partes de los juzgados de paz, debe realizarse la elección a través de asambleas de pobladores, tal como lo recogió la polémica resolución administrativa del Poder Judicial en 1999. En el caso de las circunscripciones con población numerosa, habría que acoger procesos más formalizados; pero ciertamente no se puede dar una norma aplicable por igual a todas las realidades. Los legisladores no debieran desestimar los importantes estudios e investigaciones existentes sobre la realidad de la justicia de paz para regular cuestión tan delicada.

3. Posible elección popular de jueces de primera instancia

El párrafo final del artículo 152 deja a la discrecionalidad legislativa regular la elección popular de los jueces de primera instancia. Aunque no hubo una precisión al respecto ni en el texto constitucional ni en el debate constituyente, debemos asumir que esta facultad comprende a la justicia de paz letrada, que en los hechos es otra justicia profesional de primera instancia.

No consideramos conveniente el sistema de elección popular en la justicia profesional. Así lo expresamos cuando se promulgó la Constitución⁹⁸⁷ y no cabe sino reiterarlo. Si bien las ventajas de este sistema para el juez de paz nos parecen tan excepcionales como indudables, estimamos inconveniente que los jueces profesionales sean elegidos por votación popular.

No existen las mismas razones para sustentar la elección popular en ambos casos. La justicia de paz es esencialmente conciliadora, donde lo fundamental no se encuentra ni en la aplicación de la ley ni en la evaluación de las condiciones técnicas del juez para tal propósito. En el proceso de selección del juez profesional debe primar no solo una evaluación de su idoneidad moral, sino de su capacidad técnica para resolver conflictos de acuerdo a derecho; para ello, la elección popular no parece el mejor sistema.

Por otro lado, nos preocupó y nos preocupa las ligazones que el candidato a juez requeriría con los partidos políticos⁹⁸⁸ o quienes puedan brindar apoyo económico a sus campañas. En un país como el nuestro que afronta problemas de organizaciones criminales que llegaron a penetrar el aparato del Estado, esta preocupación resulta algo más que teórica.

⁹⁸⁷ DE BELAUNDE L. de R., Javier. Elección popular tú jueces. En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios". Comisión Andina de Juristas. Lima, 1994, pp. 214 Y ss.

⁹⁸⁸

(14) "(...) como bien lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español "la lógica de Estado de partidos empuja a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder, y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial" (LOVATÓN PALACIOS, David. Ob. cit., p. 23).

Se suele citar por quienes son partidarios de generalizar el sistema de elección popular, el ejemplo de los Estados Unidos de América, sin advertir que en muchos de los estados donde rige este sistema, existen severos cuestionamientos al mismo, basados principalmente en la dependencia con grupos de poder económico que generan las campañas electorales.

Es de esperar que el legislador cumpla con diseñar un sistema acorde de elección popular -como hemos dicho- para la justicia de paz; las dificultades han quedado más o menos establecidas y se requiere imaginación y conocimiento de la realidad para superarlas. Sería irresponsable transitar por el camino abierto por el último párrafo del artículo 152 de la Constitución. En esta materia, el esfuerzo legislativo debe estar concentrado en establecer una auténtica carrera judicial y perfeccionar el sistema de selección y nombramiento previsto en los artículos inmediatamente anteriores.

DOCTRINA

ARDITO VEGA, Wilfredo. Entre la tinta indeleble y la justicia de paz. En: "Justicia Viva", Boletín N° 36, Lima, 2003; BELAUNDE 1. de R, Javier de. Elección popular de jueces. En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios". Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994; BRANDT, Hans-Jürgen. Justicia popular. Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1987; BRANDT, Hans-Jürgen. En nombre de la paz comunal. Un análisis de la justicia de paz en el Perú. Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1990; BRANDT, Hans-Jürgen. La justicia de paz en el Perú. En:

"La justicia de paz en debate". IDL, Lima, 1999; COMISION DE ESTUDIO DE BASES PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Ministerio de Justicia, Lima, 2001; CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Diario de los Debates. Debate Constitucional. Pleno - 1993. Tomo II, Publicación Oficial, Lima; F ARF ÁN MARTÍNEZ, George. Urgencia de una nueva Ley de Elecciones de Jueces de Paz. En: Justicia Viva, N° 148, Lima; GARCÍA BELAUNDE, Domingo:

El Poder Judicial en la encrucijada. Ara Editores, Lima, 2004; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. La justicia de paz en Lima. Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2002; LOV A TÓN PALACIOS, David: La justicia de paz en el Perú: aspectos positivos y límites. En: "Justicia de Paz en la Región Andina". Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá, 2000; PEÑA GONZÁLEZ, Carlos: Sobre la carrera judicial y el sistema de nombramientos. En:

Academia de la Magistratura/Revista. N° 1, Lima, enero, 1998; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; VILLA VICENCIO, Alfredo (coordinador). Manual del sistema de justicia peruano. Justicia Viva, Lima, 2003.

Prohibiciones de los jueces y fiscales

Artículo 153

Los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 17, 28, 42, 169;

L.O.P.]: arto 199;

C.A.D.H.: arto 16.3;

D.D.D.H.: arto 20;

P.I.D.C.P.: arto 22.2;

P.I.D.E.S.C.: arto 8.2; Convenio 151 OIT: arts. 1 y 9.

César González Hunt

El antecedente de esta disposición constitucional lo podemos encontrar, inclusive con casi idéntica redacción respecto de los jueces, en la Constitución de 1979⁹⁸⁹, la misma que tiene como fuente a similar disposición de la Constitución Española de 1978⁹⁹⁰.

La norma resulta clara y contundente respecto a la intención de exclusión de los alcances del reconocimiento constitucional al derecho de sindicación, negociación colectiva⁹⁹¹ y huelga contemplado en favor de los trabajadores en general en el artículo 28 y, en particular, a los derechos de sindicación y huelga reconocidos a los servidores públicos en el artículo 42 de la Constitución de

⁹⁸⁹ Artículo 243, segundo párrafo: "Los magistrados están prohibidos de participar en política, de sindicalizarse y de declararse en huelga".

⁹⁹⁰ Respecto de los fiscales, tal prohibición provendría de una disposición infraconstitucional (artículo 20 inciso i) del Decreto Legislativo N° 052 - Ley Orgánica del Ministerio Público) antes que de la misma Carta de 1979, toda vez que el artículo 251 -en su segundo y tercer párrafos- establecía que "los miembros del Ministerio Público tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías. ('00) Les afectan las mismas incompatibilidades (u.)". Y no cabe asimilar el concepto prohibición a que se refiere el artículo 243, al término incompatibilidad contemplado en el artículo 251, en tanto que su contenido es diverso. Además, la regulación de las incompatibilidades establecidas por la Constitución de 1979 a los jueces se regulaba en el primer párrafo del artículo 243, de forma independiente a las prohibiciones, distinguiéndose claramente ambos conceptos, con lo cual no puede postularse que cuando se alude a las incompatibilidades señaladas para los fiscales se está refiriendo implícitamente a las prohibiciones establecidas a los Jueces.

Artículo 127 de la Constitución del Reino de España.

"1. Los jueces y magistrados así como los fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los jueces, magistrados y fiscales".

⁹⁹¹ Aun cuando la norma bajo comentario alude únicamente a la sindicación y a la huelga, debemos entender que dentro del derecho a la sindicación está igualmente comprendido el ejercicio de la negociación colectiva. Además, resultaría absolutamente incomprensible reconocer a jueces y fiscales el derecho a negociar colectivamente, pero prohibiéndoles paralelamente los derechos a la sindicación y a la huelga

1993⁹⁹². Igualmente, estos colectivos están impedidos de ejercer sus derechos políticos a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, tal como se le reconoce a todos los ciudadanos en el artículo 35 de la Constitución.

Tal prohibición se ve ratificada por la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo N° 052) que en su artículo 20, incisos h) e i) señala que los miembros del Ministerio Público no pueden intervenir, pública o privadamente, en actos políticos, que no sean en cumplimiento de su deber electoral, así como sindicalizarse y declararse en huelga.

La prohibición a jueces y fiscales de sindicarse y declararse en huelga se ha justificado por la naturaleza de las labores que estos realizan, por ser parte fundamental de un Poder del Estado y finalmente por ser considerados como funcionarios públicos por poder de decisión.

Sobre ellos se ha sostenido que no son funcionarios públicos normales en tanto que "(...) se han dotado siempre de un estatuto jurídico propio y peculiar, adecuado a las funciones que desempeñan de impartir justicia y que se caracteriza por la más acusada tutela de la independencia y de la inamovilidad, pero también por el reforzamiento de la jerarquía interna"⁹⁹³.

Lo anterior aunado a "(...) una continuada visión ideológica de la independencia del Poder Judicial, la equiparación entre el partido y el sindicato y la exigencia de neutralidad absoluta para la institución, garantía del equilibrio de poderes, ha impedido durante mucho tiempo el desarrollo y la implantación del fenómeno organizativo en el seno de la judicatura"⁹⁹⁴ explica la prohibición contenida en la disposición constitucional.

En la doctrina española se ha señalado que la exclusión de jueces y magistrados se entiende centralmente a partir del interés de salvaguardar la independencia e imparcialidad en el desarrollo de las tareas judiciales⁹⁹⁵.

En este orden de ideas, se entiende que el Poder Judicial, de un lado, forma parte del aparato del Estado, en el sentido que está en posición de incidir sobre la esfera de acción de los particulares y de la sociedad para mantener el actual estado de cosas, pero de otra cumple una función ideológica decisiva, la de no hacer problemática la validez de las reglas del ordenamiento jurídico, que se

⁹⁹² Repárese que la norma constitucional que reconoce tales derechos a los servidores públicos en general no excluye literalmente de sus alcances a los jueces y fiscales. Sí lo hace expresamente respecto de los funcionarios del Estado con poder de decisión y de quienes desempeñan cargos de confianza o de dirección, al igual que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional

⁹⁹³ Ahora bien, en este punto cabe recordar que mediante el artículo 1 inciso d) del Decreto Supremo N° 036-A-83-JUS se consideró a los miembros del Ministerio Público como funcionarios del Estado con poder de decisión. Con ello se les excluye del derecho de huelga. BAYLOS GRAU, Antonio. Derecho de huelga y servicios esenciales. Tecnos, Madrid, 1987, p. 62.

⁹⁹⁴ *Ibidem*

⁹⁹⁵ MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Germán y GARCÍA MURCIA, Joaquín. Derecho de Trabajo. IOa edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 259.

asumen como tales, con lo que ciertamente se consigue mantener el orden que se estima sustancialmente inmodificable.

Ahora bien, hay voces que se muestran contrarias a la prohibición a la sindicación y ejercicio del derecho de huelga de éstos colectivos, toda vez que la misma no tendría plena justificación. Así, se indica que "(...) tampoco considera la doctrina tan unánimemente esencial su servicio que exija una continuidad plena, por lo que los textos internacionales les otorgan el mismo trato que a los demás funcionarios civiles"⁹⁹⁶.

De hecho, en los textos internacionales sobre sindicación, la Magistratura no aparece como una categoría específica pasible de ser excluida de sus alcances, como sí ocurre con las Fuerzas Armadas y la Policía.

En la doctrina nacional se ha sostenido que siendo los magistrados trabajadores, no se explican los recortes relativos a los derechos sindicales en general, que puede tener regulaciones como los de los agentes de la Administración Pública, pero no el recorte de derechos humanos y laborales⁹⁹⁷.

En tal línea de pensamiento se aprecia que siendo cierto que determinados jueces y fiscales se encuentran regularmente involucrados en procesos en los que se encuentra en juego la libertad individual de un determinado grupo de personas, este no es el caso de todos los magistrados. Por lo que el ejercicio del derecho de huelga podría encontrarse seriamente limitado para los primeros, constituyendo una restricción excesiva para el resto de jueces y fiscales.

Además, la labor de administración de justicia que realizan regularmente los magistrados, siendo una absolutamente necesaria para la comunidad, no resulta indispensable a ella.

Ahora bien, el hecho de que se le niegue el derecho a la sindicación a los jueces y fiscales no lleva que estos no puedan constituir asociaciones no sindicales para la defensa de sus intereses profesionales⁹⁹⁸, al amparo del derecho de asociación reconocido a toda persona por el artículo 2.13 de la Constitución.

Además, cabe apreciar que el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla el derecho de libre asociación de los magistrados, admitiendo la posibilidad de constitución de asociaciones a efectos de desarrollar sus actividades, conforme a las normas establecidas en el Código Civil y reguladas según sus disposiciones estatutarias (artículo 199).

⁹⁹⁶ OJEDA AVILÉS, Antonio. Derecho Sindical 4a edición, Tecnos, 1988, p. 374

⁹⁹⁷ RUIZ ELDREDGE, Alberto citado en BERNALES BALLESTEROS, Enrique y RUBIO CORREA, Marcial. Constitución y sociedad política. Mesa Redonda Editores, Lima, 1983, p. 178

⁹⁹⁸ Como se ha señalado precedentemente, el artículo 127.1 de la Constitución española, que es fuente de la norma constitucional bajo comentario, establece que "la ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los jueces, magistrados y fiscales".

En un contexto de creciente desconfianza de los justiciables hacia la magistratura dentro de un escenario de paulatina crisis del mismo Estado, evidenciada la puesta en peligro de la independencia del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo, degradadas las condiciones materiales y los medios puestos a su disposición, de forma tal que se ha configurado un servicio público prácticamente desmantelado, el asociacionismo judicial encuentra su caldo de cultivo, dotándose de un contenido reformista, como canalizador y dinamizador de las medidas que hagan posible la superación de la crisis de los aparatos de justicia.

En tal contexto, en el mes de julio de 1977, se funda la Asociación de Magistrados del Perú, en cuyo estatuto se señala como fines de la Asociación, el representar a sus asociados en la defensa de sus legítimos intereses (artículo 3, inciso e) y formular sugerencias y petitorios que tiendan al mejoramiento de las condiciones económicas y de trabajo de los asociados (artículo 3, inciso f).

De los postulados enunciados por el estatuto de la Asociación de Magistrados del Perú no apreciamos una clara y nítida diferencia con los propios de toda organización sindical. De ello se puede concluir que si bien es cierto que el asociacionismo judicial no equivale a organismo sindical, su esencia y finalidad no difieren sustancialmente.

Es más, en los años de existencia de la Asociación de Magistrados se puede recordar que los magistrados han realizado en algunas oportunidades medidas que podrían ser consideradas como modalidades de huelga⁹⁹⁹. Lo anterior muestra que son los propios jueces y fiscales quienes perciben un cambio en la concepción de su función y que la prohibición al ejercicio del derecho de huelga es más un enunciado que una realidad.

En perspectiva, lo que se aprecia es un cambio de óptica que busca acercar la situación de los magistrados al del común de los funcionarios públicos. Con ello se pretende desplazar el eje de cuestionamiento de los sujetos (los jueces y fiscales) que se sindicaron y ejercitaron la huelga hacia la incidencia de la medida de fuerza en las funciones constitucionales asignadas a estos colectivos, aun cuando por esta misma vía se llegue a la misma conclusión: la prohibición de la huelga a los jueces y fiscales.

Ciertamente cabe reconducir el criterio predominante a otras consideraciones igualmente sustantivas como, por ejemplo, la posibilidad de ejercitar válidamente el derecho de huelga en tanto con ello no se afecten otros derechos constitucionalmente reconocidos con igualo superior jerarquía.

Además, la experiencia europea nos muestra la progresiva auto organización sindical en la magistratura, señaladamente en Francia (Sindicato de Magistratura) e Italia (Magistratura Democrática). En el primero de los países

⁹⁹⁹ Recuérdese las diferentes oportunidades en las que los jueces han realizado huelgas blancas, huelgas a la japonesa o se han declarado en sesión permanente. En el caso de los fiscales, la situación es similar. Basta traer a colación la huelga blanca que estos efectuaron en el verano de 1991

antes mencionados, el Consejo de Estado ha extendido a través de su jurisprudencia la normativa relativa al ejercicio de los derechos sindicales en la función pública a este colectivo, mientras que, en el segundo de ellos, la organización sindical funciona como corriente organizativa dentro de la Asociación Nacional de Magistrados Italianos¹⁰⁰⁰.

DOCTRINA

BAYLOS GRAU, Antonio. Derecho de huelga y servicios esenciales. Tecnos, Madrid, 1987; BERNALES BALLESTEROS, Enrique y RUBIO CORREA, Marcial.

Constitución y sociedad política. Mesa Redonda Editores, Lima, 1983; MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Germán y GARCÍA MURCIA, Joaquín. Derecho del Trabajo. 1ª edición, Tecnos, Madrid, 2001; OJEDA A VILÉS, Antonio. Derecho Sindical. 4ª edición, Tecnos, 1988.

¹⁰⁰⁰ Sobre el particular, BAYOS GRAU, Antonio. Ob. cit., pp. 63-64

Artículo 154

Funciones del Consejo Nacional de la Magistratura

Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura:

1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros.
2. Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias.
3. Aplicar la sanción de destitución a los Vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. La resolución final, motivada y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable.
4. Extender a los jueces y fiscales el título oficial que los acredita.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 41, 100, 142, 146.3, 150 Y 151;
C.P.; arto 361;
L.O.P.J.: arts.19, 20, 80 incs. 8) y 9),177 al 183, 192,200,203,206,207,210 al 216, 245 ine. 4);
L.O.M.P.: arts. 48,58, 82 inc. 3), 87 ine. 1);
L.O.C.N.M.: arts. 21 incs. a) , b), e) y d), 22 al 27, 29,30,31,32, 33; Ley 26397;
R. 22-2001-AMAG-CD;
C.A.D.H.: arto 23. Le;
D.U.D.H.: arto 21.2;
P.I.D.C.P.: arto 25.e.

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

1. Algunas anotaciones iniciales

Esta disposición constitucional, al igual que las normas previstas para su desarrollo (robra en el cual se encuentra, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura) nos muestran cómo en el Perú, a veces sin mucha sistemática o conocimiento de causa, se ha optado por un modelo mixto o compartido de gobierno, tanto a nivel del Poder Judicial como del Ministerio Público. Esta fórmula tiene sin duda alguna ventajas, pero también genera una serie de dificultades, máxime si en nuestro país no se ha puesto en práctica (e incluso, genera resistencias) la idea de instalar un sistema de justicia, y además, hasta hoy no se cuenta con una carrera judicial con un objetivo y una regulación claramente definidas.

Lo expuesto, antes de ingresar ya al detalle de lo prescrito en cada uno de los incisos del artículo 154 de la Constitución peruana vigente, implica dar respuestas a una serie de interrogantes. La primera de ellas, qué duda cabe, se encuentra vinculada a determinar qué se entiende por gobierno del Poder

Judicial o del Ministerio Público. En líneas generales, al hablar de gobierno estaríamos aludiendo al conjunto de funciones, a modo meramente enunciativo, que implican la fijación de políticas generales, la planificación, obtención y asignación de los recursos necesarios para llevar a cabo los objetivos institucionales; la proyección del futuro comportamiento de la institución; el dictado de la reglamentación que permita materializar su labor; el establecimiento de los mecanismos de control y comunicación, tanto interna como externa, así como la realización de las acciones más importantes involucradas con ambos temas; y el mantenimiento de relaciones interinstitucionales con otros organismos u órganos, sean estos públicos o privados¹⁰⁰¹.

Vinculado a ello estará la especificación sobre qué modelos existen en el Derecho comparado al respecto, tomando en cuenta, claro está, que en muchos países el Ministerio Público o Ministerio Fiscal, si existe, no constituye un organismo constitucionalmente autónomo. Dentro de las muchas clasificaciones existentes al respecto¹⁰⁰², la pauta asumida en el Perú nos lleva a un escenario complejo, en donde algunas atribuciones de gobierno han quedado exclusivamente a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura (nombramiento de jueces y fiscales, por ejemplo); otras han sido específicamente confiadas a instituciones según sea el caso, del Ministerio Público o del Poder Judicial; y finalmente, en algunas de estas tareas se cuenta con responsabilidades compartidas (el manejo de lo disciplinario es en este caso un buen ejemplo de lo señalado¹⁰⁰³). Y esta complicada asignación de competencia no se da en forma estática y permanente, sino que se encuentra en una situación de constante evolución.

La mención, entonces, en este contexto, a la ausencia en nuestro país de una carrera (sea esta judicial o fiscal), o de un sistema de justicia, toma aquí una especial relevancia.

Nos explicamos: si por carrera, ya sea judicial o fiscal, entendemos el conjunto de elementos articulados entre sí destinados a regular el ingreso, ascenso, régimen disciplinario, régimen laboral, prerrogativas, incompatibilidades, especialidad y retiro en función del perfil del juez (o fiscal) que se quiere

¹⁰⁰¹ Asumimos así en líneas generales la definición esbozada por BIELSA, Rafael y GRAÑA, Eduardo. Justicia y Estado: a propósito del Consejo de la Magistratura. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996, p. 700.

¹⁰⁰² Particularmente nosotros asumimos como la más completa la clasificación propuesta por GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Gobierno y administración del Poder Judicial En: "Ius et Veritas". N° 14, Año VII, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 24. Allí García Belaunde distingue entre un modelo político (donde el gobierno de la judicatura ordinaria radica y depende del poder político en general, y más propiamente del gobierno de turno en particular), un modelo corporativo (con autogobierno del Poder Judicial) y uno institucional (donde las labores de gobierno se centran en un Consejo de la Judicatura o institución con nombre y características similares). Si bien es una clasificación planteada para el gobierno de la judicatura ordinaria, creemos que bien puede aplicarse también al Ministerio Público.

¹⁰⁰³ Como es de conocimiento general, las destituciones están reservadas al Consejo Nacional de la Magistratura, de acuerdo con lo previsto en la Ley N° 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. En cambio, la aplicación de otras sanciones disciplinarias, de acuerdo con las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público, es competencia de diversas instancias al interior de cada una de esas instituciones

apuntalar, y buscando asegurar la independencia de estos funcionarios (y por ende, la autonomía de las instituciones a las cuales pertenecen), pocas tareas son tan importantes para la configuración de las labores de gobierno confiadas al Consejo Nacional de la Magistratura peruano como las vinculadas a la carrera judicial o fiscal, situaciones en las cuales algunos de sus momentos más relevantes están precisamente recogidos en los diferentes incisos del artículo 154 que venimos comentando, tareas en las cuales una adecuada toma de posición parece demandar un nivel de trabajo conjunto y coordinado entre todos los actores involucrados con la impartición de justicia, con y en la lógica de un sistema, salvo mejor parecer.

2. El inciso primero del artículo 154 y el delicado tema de los nombramientos de jueces y fiscales

El ingreso o el ascenso son indudablemente dos conceptos claves en la conformación de las carreras judicial y fiscal. La asignación de una plaza a quien recién ingresa a estos espacios, o la promoción a un puesto con una jerarquía mayor para quien ya es juez o fiscal, aquellos actos que en líneas generales se les denomina nombramiento; demandarán un especial cuidado si lo que con ellos se quiere es asegurar una judicatura ordinaria y un Ministerio Público autónomo, jueces y fiscales independientes, y, finalmente, magistrados que respeten una serie de principios y valores, y además, cuenten con los conocimientos, habilidades y actitudes que demandan sus delicadas e importantes labores.

En el tema de nombramientos judiciales y fiscales, las fórmulas en el Derecho comparado oscilan, si tomamos en cuenta cuantos actores participan en su configuración, entre lo simple (nombramiento a cargo de una sola institución o persona) y lo complejo (nombramiento como responsabilidad en cuya conformación participa más de una entidad). Por otro lado, y yendo más bien a las características de quien(es) se encarga(n) del nombramiento, tenemos los nombramientos por cooptación (son los mismos jueces y/o fiscales quienes se encargan del ingreso o ascenso en la judicatura ordinaria y el Ministerio Público), los nombramientos a cargo de organismos de corte político o nombramientos políticos, los que se encuentran a cargo de organismos técnicos, o fórmulas mixtas.

La historia peruana demuestra cómo aquí, prácticamente, se ha experimentado con todas las fórmulas existentes en el Derecho comparado sobre el particular, con el añadido de haber establecido fórmulas diferentes en función del grado al cual se buscaba ingresar o ascender.

Solamente mirando los diferentes textos constitucionales aprobados a lo largo de nuestra historia republicana veremos cómo a nivel de los jueces de la Corte Suprema, inclusive hasta la dación de la Constitución de 1933, la tendencia básicamente apuntaba a la elaboración de temas por el Gobierno de turno, temas que eran enviadas al Congreso, institución finalmente encargada de nombrar al magistrado entre la lista de propuestas. Ello cambió con la Constitución de 1979, en donde es el Consejo Nacional de la Magistratura de aquel entonces quien propone temas dentro de las cuales el Presidente de la

República nombraba al candidato(a) que consideraba idóneo para desempeñar tan delicada labor. Esa decisión presidencial iba a ser finalmente sometida a la ratificación por el Senado.

A nivel de Cortes Superiores la tendencia era la elaboración de propuestas por la Corte Suprema y el nombramiento a cargo del Gobierno de turno. Esto cambió con la Constitución de 1979.

En el caso de los jueces, inicialmente se tendía a la elaboración de propuestas por las distintas Cortes Superiores y nombramiento por los Gobiernos de turno. Debíó esperarse también a la Constitución de 1979 para ver cambios en el tratamiento de esta materia. En cualquier caso, deberán además hacerse dos importantes precisiones: en primer término, y dada la casi endémica inestabilidad política nacional, muchas veces lo previsto en los textos constitucionales estuvo más cerca de constituir un catálogo de buenas intenciones. En segundo lugar, una materia siempre discutida aun cuando no precisamente generadora de consensos ha sido la conveniencia o inconveniencia de tener una promoción abierta, una cerrada, o asumir fórmulas intermedias que aseguren un cupo de plazas a asignarse para quienes ya están en la carrera judicial o fiscal.

y junto a estas precisiones, una constatación: el riesgo de intromisión de consideraciones político-partidarias en esta clase de nombramientos desafortunadamente en muchas ocasiones estuvo lejos de constituir únicamente una posibilidad, convirtiéndose en algo continuo y frecuente.

La Constitución de 1993 buscó entonces implantar una fórmula que permitiera dejar de lado el riesgo evidente y, desafortunadamente, práctica frecuente incluso en épocas de plena vigencia de algún texto constitucional: la intervención político-partidaria en el nombramiento de jueces y fiscales.

Es en este escenario en el que se confía a un organismo con una composición como la del Consejo Nacional de la Magistratura tan delicada tarea, y bien puede entenderse como el correcto ejercicio de esas competencias por quienes integraban dicho Consejo un motivo de confrontación en el fujimorismo, zanjado de la peor manera posible: con el dictado de una ley que inconstitucionalmente recortaba las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, lo cual provocó la renuncia de todos sus miembros titulares en señal de protesta, y posterior conformación de un Consejo mediatizado compuesto por sus inicialmente miembros suplentes. Al lado de ello, un preocupante e impresionante número de jueces y fiscales provisionales (más del setenta por ciento en todo el país a la caída del fujimorismo), con todo lo nocivo que aquello suele resultar para la independencia de cualquier juez o fiscal.

Dejadas de lado las normas que arbitraria e inconstitucionalmente buscaban restarle competencias al Consejo Nacional de la Magistratura, el reto, en nuestra modesta opinión, es hoy otro al respecto: el ayudar que aquella que a nuestro parecer es la mejor opción haga posible los mejores nombramientos. Ello implica, entre otras, tener un muy claro perfil del juez y/o el fiscal con el

cual se quiere contar; efectuar un conjunto de acciones, tanto a nivel de remuneraciones como de condiciones de trabajo que aseguren el reclutamiento de los mejores; o acompañar el procedimiento previo al nombramiento con una labor de capacitación de, según sea el caso, el(la) ingresante o el (la) promovido(a) en aquellos conocimientos, habilidades y actitudes necesarias par el mejor desempeño de la actividad que va a desempeñar, labor de capacitación en la cual la Academia de la Magistratura está llamada a cumplir un rol central. Indudablemente, no son estos temas que deban de estar consignados expresamente en un texto constitucional, pero no por ello puede desconocerse su significativa relevancia.

3. Las ratificaciones judiciales: sus alcances y un análisis sobre la conveniencia de su existencia y su actual regulación

La labor de ser juez o fiscal es sin duda una tarea tan importante como compleja, para la cual se requiere tener una serie de capacidades profesionales (conocimientos, habilidades, actitudes) y actuar inspirado en una serie de principios y valores. Puede entonces darse el caso de alguien que, sin incurrir en conductas que deban recibir una sanción disciplinaria, no reúna las capacidades antes mencionadas o actúe dejando de lado principios como los de independencia, imparcialidad, legalidad o socialización, o soslayando el respeto a valores como justicia, integridad o equilibrio personal.

Ante una necesaria evaluación del desempeño de quienes ejercen funciones jurisdiccionales o fiscales, la mayoría de los miembros de una comisión cuya conformación fue promovida por los integrantes de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de aquella época¹⁰⁰⁴ propusieron la instauración en el Perú, en esta oportunidad a nivel constitucional y en forma permanente, de las ratificaciones judiciales y fiscales.

Las ratificaciones judiciales y fiscales no son un tema nuevo en el Perú. Entre los antecedentes históricos existentes en nuestro país a la actual plasmación constitucional de las ratificaciones judiciales y fiscales podemos bien mencionar al artículo 152 de la Constitución de 1920 o el 223 de la Constitución de 1933. Lo planteado en este último texto constitucional, y profundizado por la ley orgánica entonces vigente, solamente se puso en práctica una vez durante 1968.

Ahora bien, ello no significó el fin de las referencias al tema de las ratificaciones de jueces y fiscales. Vendría luego el Decreto Ley N° 18060, del 23 de diciembre de 1969, mediante el cual el gobierno del general Juan Velasco Alvarado, además de cesar a los hasta entonces vocales supremos, cambiar el número de integrantes de la Corte Suprema de Justicia y crear el Consejo Nacional de Justicia, sometió a ratificación a todos los jueces y vocales de la República; o la Décimo Tercera Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, la cual disponía que el Senado ratificase a los vocales

¹⁰⁰⁴ La comisión a la cual hacemos referencia estuvo presidida por el entonces vocal supremo Luis Ortiz Bernardini, y conformada además, entre otros destacados especialistas, por los doctores Domingo García Belaunde y Juan Monroy Gálvez. Solamente el último de los mencionados emitió una opinión singular contraria a las ratificaciones judiciales y fiscales

supremos hasta ese momento en funciones, para que luego los magistrados supremos que hayan sido ratificados hicieran lo propio con los otros magistrados de todo el país.

Posteriormente, tenemos que uno de los Decretos Ley del auto denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, el Decreto Ley N° 25442 (23/04/92), instituyó una Comisión Evaluadora, compuesta por tres vocales supremos, encargada de analizar la conducta funcional, y sobre la base de ello, ratificar o no a los magistrados de los distintos distritos judiciales del país. Por último, el trabajo del llamado Jurado de Honor conformado en marzo de 2003, sin efectuar en rigor un proceso de ratificación, evaluó el desempeño de quienes se desempeñan como vocales supremos provisionales y resolvió las solicitudes de reincorporación de los vocales y fiscales cesados que tuvieron a bien plantear este tipo de requerimientos.

Ahora bien, el análisis de la experiencia vivida en el Perú parece demostrar que, aun cuando por diversas razones en cada caso, las ratificaciones no han sido el sistema más objetivo para la evaluación de jueces y fiscales. Es más, incluso las ratificaciones que actualmente viene realizando el Consejo Nacional de la Magistratura, libres ya de un cuestionamiento vinculado con un posible copamiento político partidario de la judicatura ordinaria y del Ministerio Público, han sido objeto de otro tipo de cuestionamientos, relacionados más bien con el sometimiento al procedimiento de ratificación a ciertos magistrados que todavía no tenían el tiempo constitucionalmente prescrito para ello, la no convocatoria a audiencias para trasladar las imputaciones que pudiesen haber en contra de magistrados en proceso de ratificación o no ratificación; y por último, la no motivación de los pronunciamientos finales del Consejo Nacional de la Magistratura sobre el particular¹⁰⁰⁵.

Como se puede apreciar, los cuestionamientos son básicamente a la conveniencia o a la forma de ejecución de las ratificaciones como modo de evaluación de desempeño, y en este sentido, se entiende que las propuestas de reforma constitucional y de la Ley de Carrera Judicial planteen la modificación y cambio del artículo 154 del actual texto constitucional,

¹⁰⁰⁵ Al respecto el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado a favor de declarar fundadas las demandas de amparo interpuestas por los magistrados sometidos a ratificación sin cumplir con el requisito de los siete años continuos en la labor jurisdiccional o fiscal (En este orden de ideas está lo resuelto en el "Caso Diodoro Gonzales Rios", recogido en el Expediente N° 2409-2002AA/TC, así como en lo previsto en las sentencias frente a los Expedientes N°s. 065-2003-AA/TC o 216-2003-AA/TC).

El Tribunal Constitucional también declaró fundadas las demandas de Amparo en los cuales el Consejo no consintió a programar audiencias en las cuales se corra traslado a los magistrados de las imputaciones que puedan existir contra ellos, aunque no se pronuncia por su regreso al puesto de trabajo (ver al respecto sus sentencias ante lo previsto en los Expedientes N°s. 2859-2002AA/TC, el bastante conocido "Caso Wálter Julio Peña Bernaola"; o 2952-2002-AA/TC). Finalmente, conocida es la posición negativa que el Tribunal Constitucional peruano tuvo frente a los amparos que cuestionaban la falta de motivación de las resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura. Sin embargo, y a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, y sobre todo, en mérito a lo dispuesto en su artículo 5 inciso 7, bien puede decirse que ahora, como siempre debió ser, estamos ante una exigencia de indudable cumplimiento

promoviéndose la adopción de modelos similares a los ya existentes en muchos otros estados, varios de ellos latinoamericanos. Estamos pues ante una materia a la cual debemos seguir con especial atención, salvo mejor parecer.

4. La destitución de jueces y fiscales, y los retos que plantea lo prescrito en el tercer inciso del artículo 154 de la Constitución vigente

Independientemente de si ella fuera o no la intención del constituyente al incluir este inciso en la Carta de 1993, lo cierto es que la disposición constitucional que pasaremos a comentar puede servir para establecer algo de orden en la regulación de uno de los temas dentro del gobierno de jueces y fiscales en el cual existen mayores cuestionamientos e imprecisiones: en el del régimen disciplinario a implantarse a tan altos funcionarios como los jueces y fiscales de nuestro país.

Basta con efectuar una rápida mirada al actual estado de la cuestión sobre el particular para realizar una serie de importantes, pero no por ello menos preocupantes constataciones: un confuso escenario con muchos y muy diversos órganos y organismos con facultades de aplicar medidas disciplinarias; una falta de claridad, debida tipicidad y proporcionalidad en las medidas disciplinarias previstas, así como en la justificación de su existencia y sus alcances; o la plasmación de procedimientos a seguir cuya regulación en muchos casos no se condice con el respeto a un debido proceso, son algunas de las situaciones que, independientemente del valioso trabajo de muchos entre los que asumen estas funciones, fácilmente pueden constatarse en el caso peruano.

Las interrogantes a absolver en esta materia son múltiples, y además, con una especial complejidad. La discusión entre si el manejo de lo disciplinario de estar a cargo únicamente de instancias de la judicatura ordinaria o el Ministerio Público, o si todo esto debe pasar a manos del Consejo Nacional de la Magistratura es sin duda alguna una de las materias a debatir cuando abordamos estos temas.

El texto de 1993 no termina con el modelo mixto (por no decir el contexto diverso y disperso) hoy vigente en el Perú. Sin embargo, es clara su intención de confiar la aplicación de las sanciones más graves -las de destitución de los jueces o fiscales de todos los niveles- al Consejo Nacional de la Magistratura. Es más, pareciera establecer que la resolución emitida en estos casos por el Consejo sería inimpugnable, lo cual de por sí es discutible, pues una lectura literal de lo allí prescrito podría consagrar una decisión administrativa con inmunidad de jurisdicción, sin importar que con ello se vulneren una serie de derechos fundamentales¹⁰⁰⁶. Afortunadamente, y en la misma línea de lo establecido primero por el Tribunal Constitucional en materia de ratificaciones judiciales y fiscales, y luego explícitamente por el Código Procesal Constitucional del año 2004, cuyo artículo 5 inciso 7 permite la impugnación

¹⁰⁰⁶ Nuestra postura más en detalle sobre los riesgos de esta interpretación se encuentra consignada en varios artículos, pero también en nuestro libro *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*. Ara, Lima, 2003.

mediante amparo de las decisiones que emita el Consejo sobre destituciones si se alega la existencia de violación de ciertos aspectos del derecho a un debido proceso¹⁰⁰⁷, se busca evitar cualquier eventual abuso en el cual probablemente pudiera incurrirse.

La Constitución de 1993, aun cuando no opta con claridad por un modelo de control en particular ya sea este interno o externo, fortalece sin duda las atribuciones de control disciplinario del Consejo Nacional de la Magistratura. La discusión sobre la pertinencia de seguir contando con órganos y/o personas con atribuciones de control dentro del Poder Judicial o del Ministerio Público, debate de innegable relevancia, puede darse sin que ello involucre alguna reforma constitucional al respecto.

Debate que tampoco requiere contar con una reforma constitucional es la composición de estos órganos de control interno, en los cuales la legislación relativamente reciente ha prescrito la obligatoriedad de la participación de representantes de la sociedad civil, aun cuando es oportuno anotar la necesidad de todavía hacer importantes precisiones al respecto.

Ahora bien, y aunque estemos entrando en aspectos que en rigor no tienen necesariamente que estar consignados en un texto constitucional, es importante señalar que si bien son conocidos los riesgos y críticas a todo espacio de control interno de jueces y fiscales que pudiera presentarse, la alternativa que hoy ha cobrado mucha fuerza, dejar toda la labor de control disciplinario de todos los jueces y fiscales peruanos en manos del Consejo Nacional de la Magistratura, tampoco es cosa fácil, y menos de inmediata puesta en práctica, pues entre otras cosas involucraría un total redimensionamiento de un Consejo que, a diferencia de su antecesor, prescrito con el mismo nombre en la Constitución de 1979, no cuenta con Consejos Distritales de la Magistratura en diferentes puntos del país.

Antes de concluir con este comentario, solamente nos queda añadir que, entre otras tareas importantes para el legislador será sin duda mejorar el procedimiento administrativo sancionador y la tipificación y proporcionalidad de las sanciones a imponerse. Ojalá los debates que vienen impulsándose para efectuar las correcciones que aquí hemos reclamado pronto lleguen a buen puerto, máxime si tomamos en cuenta la singular relevancia que tiene para todo Estado constitucional contar con jueces y fiscales honestos y, por ello, confiables.

5. La acreditación del título de juez o fiscal y sus repercusiones (artículo 154 inciso 4)

Normalmente cuando se hace un recuento de las atribuciones confiadas a los diversos organismos llamados a ser parte del sistema judicial peruano, el

¹⁰⁰⁷ En nuestra opinión, aquí el Código Procesal Constitucional no debió circunscribir la habilitación del Amparo solamente a los casos de falta de motivación y/o de traslado de imputaciones hechas contra el magistrado denunciado, pues no son los únicos aspectos del derecho a un debido proceso que podrían ser violentados en este tipo de resoluciones. Un comentario más detallado al respecto se encuentra en nuestro libro Código Procesal Constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado. Serie Derecho y Garantías N° 13, Palestra Editores, Lima, 2004, especialmente, p. 126

planteamiento de esta responsabilidad, la acreditación del título de juez (o en su caso, de fiscal) suele hacerse muy a la ligera. Se soslaya así un tema de significativa relevancia, el cual dio origen al tal vez más célebre caso dentro del constitucionalismo contemporáneo, el *Marbury vs. Madison*¹⁰⁰⁸, y que hasta hoy sigue generando una serie de importantes consecuencias.

Nos explicamos: es recién con la acreditación del nombramiento para los cargos de juez o fiscal, pero también para cualquier otra responsabilidad en el sector público que alguien puede entrar a desempeñar, que se permite exigir la serie de derechos y garantías considerados inherentes a su cargo, e imputársele las obligaciones y eventuales sanciones si su accionar no se circunscribe a lo ya establecido dentro del ordenamiento jurídico nacional. Todo este conjunto de importantes consecuencias bien podría no materializarse, generando así repercusiones inimaginables, si es que el otorgamiento de la acreditación está en manos de alguien que pueda manejar este tema con cálculo político-partidario, pudiéndose así retrasar y hasta impedir que alguien no proclive a nuestros puntos de vista asuma oportunamente la función que en justicia le corresponde.

El mismo surgimiento de los Consejos de la Magistratura o instituciones similares en el Derecho comparado se explica con la intención de establecer un escenario en el cual participen los más directamente vinculados con las labores de impartir justicia, pero que esto, a su vez, no implique un manejo con criterios político-partidarios de materias tan sensibles como el nombramiento, la promoción, la evaluación del desempeño o al destitución de jueces y fiscales. En similar línea de pensamiento, si el Consejo ya viene cumpliendo en el Perú las labores de nombramiento y/o promoción de jueces y fiscales buscando evitar cualquier interferencia sustentada en razones no técnicas, lógico parece otorgarle a dicho Consejo la responsabilidad de expedir la acreditación de aquellos nombramientos o promociones que acaba de efectuar, y de cuyas bondades teóricamente se encuentra convencido, salvo mejor parecer.

DOCTRINA

BIELSA, Rafael y GRAÑA, Eduardo. Justicia y Estado: a propósito del Consejo de la Magistratura. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso. Ara, Lima, 2003; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Código Procesal Constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado. Palestra Editores, Serie Derecho y Garantías N° 13, Lima, 2004; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Gobierno y administración del Poder Judicial. En: "Ius et Veritas", N° 14, Año VII, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo V. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

¹⁰⁰⁸ Como es de conocimiento geneml, Marbuey (y quienes demandan junto con él) pide a la Suprema Corte Federal norteamericana, mediante writ of mandamus, que el entonces secretario de Estado Madison, emita la acreditación correspondiente, necesaria para, por lo menos en el caso de Marbuey, poder asumir el cargo de juez de paz para el cual había sido nombrado.

Artículo 155

Composición del Consejo Nacional de la Magistratura

Son miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, conforme a la ley de la materia:

1. Uno elegido por la Corte Suprema, en votación secreta en Sala Plena.
2. Uno elegido, en votación secreta, por la Junta de Fiscales Supremos.
3. Uno elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del país, en votación secreta.
4. Dos elegidos, en votación secreta, por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país, conforme a ley.
5. Uno elegido en votación secreta, por los rectores de las universidades nacionales.
6. Uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades particulares.

El número de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura puede ser ampliado por éste a nueve, con dos miembros adicionales elegidos en votación secreta por el mismo Consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial.

Los miembros titulares del Consejo Nacional de la Magistratura son elegidos, conjuntamente con los suplentes, por un período de cinco años.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 17), 20, 39, 91 inc. 2), 99, 179 inc. 2);

C.P.P.: art 148;

L.O.P.J.: art 80 inc. 4);

L.O.C.N.M.:arts.4, 17, 18, 19, 20, I' y 2" D.RT.;

L.O.E.: art 107 inc. b), 113 inc. b);

Ley 26337: art 71 inc. 6), 81 inc. 2)b);

D.Leg. 807: art 44;

R. 22-2001-AMAG-CD.

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

En este precepto constitucional se aborda un tema de importancia realmente capital: el de la composición del Consejo Nacional de la Magistratura, bajo pautas cuyos alcances van a ser detallados y profundizados por disposiciones como el artículo 17 de la ley orgánica de dicho organismo constitucionalmente autónomo.

Sin correspondernos aquí entrar a analizar qué debe entenderse por sociedad civil ni pasar a explicar con detalle qué significaría su participación en instituciones como el Consejo Nacional de la Magistratura, solamente nos queda decir que la opción asumida por el constituyente de 1993 va en la línea de quienes entienden que estamos ante tareas que demandan una labor conjunta de todos los involucrados con las labores de impartición de justicia.

Ahora bien, aun cuando se asuma que se ha escogido la ruta correcta, cabe hacerse varias preguntas al respecto, básicamente vinculadas con la pertinencia de la composición explícitamente recogida por el texto constitucional con el mantenimiento de la correlación prevista si se aumentan, como muchos piden, las responsabilidades del Consejo Nacional de la Magistratura; y con la forma de preservar un adecuado control (accountability) de la responsabilidad confiada por cada institución involucrada a los diferentes integrantes del Consejo. Buena parte de las respuestas a estas preguntas no corresponden en rigor ser materias recogidas en un texto constitucional, pero no por ello dejan de ser relevantes, siendo temas que debieran analizarse con especial detalle y cuidado en próximos trabajos.

DOCTRINA

BIELSA, Rafael y GRAÑA, Eduardo. Justicia y Estado: a propósito del Consejo de la Magistratura. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso. Ara, Lima, 2003; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Código Procesal Constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado. Palestra Editores, Serie Derecho y Garantías N° 13, Lima, 2004; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Gobierno y administración del Poder Judicial. En: "Ius et Veritas", N° 14, Año VII, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997;

RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo V. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

Requisitos, derechos, obligaciones e incompatibilidades de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura

Artículo 156

Para ser miembro del Consejo Nacional de la Magistratura se requieren los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema, salvo lo previsto en el inciso 4 del artículo 147. El miembro del Consejo Nacional de la Magistratura goza de los mismos beneficios y derechos y está sujeto a las mismas obligaciones e incompatibilidades.

CONCORDANCIAS:

C.: arts.; 39, 91 inc. 2), 147 mes. 1),2),3),
4), 150; C.P.: arts. 385, 401;
L.O.P.]: arts. 177, 178, 184;
L.O.C.N.M.: arts. 4, 5, 6, 8, 9,10;
R. 22-2001-AMAG-CD;
C.A.D.H.: arto 23.1.c;
D.UD.H.: arto 21.2;
P.I.D.C.P.: arto 25.c;
P.I.D.E.S.C.: arto 1.1

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

La norma en comento establece cuáles son los requisitos que deberán cumplirse para ser integrante del Consejo Nacional, así como prescribe que dichos altos funcionarios gozarán de los mismos beneficios y derechos, y estarán sujetos a las mismas obligaciones e incompatibilidades que los vocales de la Corte Suprema. Siendo todos ellos aspectos de relevante entidad, pasaremos a analizarlos con algún detalle.

1. Una mirada a los requisitos exigidos

Entrando ya al tema de los requisitos exigidos para ser miembro del Consejo Nacional de la Magistratura, se entiende que un cargo de tanta relevancia debiera ejercerse solamente si se reúnen ciertas condiciones básicas. En ese sentido es comprensible el establecimiento de algunos requisitos, aunque desde ahora adelantamos nuestra preocupación por la real utilidad que puedan tener algunos de los previstos en la Carta de 1993 para apuntalar mejor qué perfil de integrante del Consejo Nacional de la Magistratura se desea tener.

Nos explicamos: de acuerdo con el texto constitucional vigente, para ser miembro del Consejo se exigirá cumplir con los mismos requisitos solicitados para ser vocal de la Corte Suprema, salvo en lo referente a haber sido vocal o fiscal superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años, requisitos de imposible cumplimiento para quien, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 155 de la Constitución, bien puede no ser abogado de profesión. Se pedirá entonces

solamente ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de cuarenta y cinco años de edad.

Como se puede apreciar, pocos requisitos constitucionalmente exigidos para tan importante cargo¹⁰⁰⁹. y sobre los requisitos consignados a nivel constitucional cabría preguntarse si el hecho de ser peruano de nacimiento o no, o tener más de cierta edad, realmente inciden en proporcionar mayor idoneidad en el desempeño de las labores que se van a encomendar.

Frente a cargos tan relevantes como son los de vocal supremo, fiscal supremo o integrante del Consejo Nacional de la Magistratura, la tendencia a nivel mundial es la de la exigencia de cumplir con ciertos requisitos que llamaremos objetivos: experiencia acumulada en labores similares, acreditaciones sobre la calidad del trabajo efectuado (felicitaciones, reconocimientos, demostración de no haber sido sancionado por conducta funcional), etc. Alguien puede tener cuarenta y cinco años o más, pero carecer de toda experiencia o vinculación con el cargo que quiere ejercer, o poseer unos antecedentes que más bien deberían descalificarle para esta o para cualquier otra función pública. En sentido contrario, puede existir quien siendo a todas luces idóneo para asumir estas responsabilidades no pueda desempeñarlas por no haber llegado a la edad constitucionalmente prescrita.

Pasando entonces a opinar sobre otro de los requisitos previstos, y aun cuando reconocemos que el tema aquí puede ser más polémico, es posible plantearse la interrogante sobre si alguien que no nació en el Perú, pero que ha vivido buena parte de su vida en nuestro país, se ha asimilado a nuestras costumbres y forma de ser, y, finalmente, ha optado por tomar nacionalidad peruana, debe impedírsele asumir una labor con un perfil más bien técnico como el de ser integrante de un Consejo Nacional de la Magistratura, máxime si este se encuentra dentro de los parámetros previstos en la Carta de 1993.

Creemos que con estas explicaciones quedan claras las razones por las cuales la tendencia a nivel mundial es hoy, repetimos, la de suprimir exigencias como la de la edad, así como en no hacer distinciones entre, consignando aquí el gentilicio aplicable en nuestro país, peruanos de nacimiento y por adopción en el acceso a la función pública, estableciendo únicamente excepciones muy puntuales al respecto, mayormente relacionadas con la Jefatura del Estado y la Jefatura del Gobierno. Parece, eso ser objetivo, que quienes asuman tan delicadas responsabilidades sean ciudadanos en ejercicio, y por ende, no se encuentren incursos en los supuestos previstos en los artículos 33 y 34 de la Constitución vigente, así como en sus normas de desarrollo.

Sin embargo, el artículo constitucional que venimos comentando recoge también otra afirmación importante: la de considerar que los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura tienen los mismos derechos, beneficios,

¹⁰⁰⁹ Es la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura la norma que, cuando establece una serie de situaciones por las cuales se impide que algunos puedan ser elegidos como Consejeros, efectúa mayores restricciones al respecto, propiciando así un escenario bastante más reducido que el tan genéricamente esbozado en el texto constitucional.

obligaciones e incompatibilidades que los vocales supremos. Pasaremos a abordar esta materia de inmediato.

2. Beneficios, derechos, obligaciones e incompatibilidades de quien es integrante del Consejo Nacional de la Magistratura: algunas necesarias precisiones al respecto

Entramos aquí a un tema que, muy a despecho de su enorme relevancia, desafortunadamente no ha sido abordado hasta hoy con el cuidado que el mismo reclama.

Basta con dar un rápido vistazo al texto de 1993 para darse cuenta que no existe claridad sobre los alcances de los conceptos utilizados, ni un tratamiento sistemático de los mismos. El presente comentario intentará entonces dar algún orden y claridad a lo previsto actualmente, dejando así abierta la puerta para pasar a efectuar un análisis de lo prescrito, anotando, de ser el caso, si convendría modificar lo actualmente vigente y/o añadirle algunas disposiciones adicionales.

Intentando establecer una comprensión uniforme de los conceptos empleados, señalaremos en primer lugar que hablar de "derecho" implica contar con una posibilidad de hacer o no hacer algo, potestad cuyo ejercicio debe ser exigible y respetado tanto por las diversas instancias estatales como los particulares, siempre y cuando esa decisión no vaya en contra o más allá de lo permitido por el ordenamiento jurídico de un Estado en particular. Una función del Estado no tiene entonces derechos, sino principios, prerrogativas o límites que enmarcan que es lo que puede hacerse a su amparo.

Cuando hablamos de beneficios, en cambio, nos referimos a aquello que se le otorga o reconoce a alguien por estar en una determinada situación o cumplir ciertos requisitos. Garantía, por su parte, es la pauta prevista para lícitamente proteger a algo o a alguien. Obligación apela a la exigencia de asumir y/o respetar ciertas conductas como presupuesto de indispensable cumplimiento para asegurar, entre otras cosas, condiciones mínimas de pacífica convivencia ciudadana. Por último, incompatibilidad apela a la imposibilidad jurídica inherente a la persona que ejerce un cargo de, según sea el caso, acumular determinadas funciones públicas o ciertos mandatos electivos, o una función pública o mandato electivo con algunas ocupaciones privadas.

La sola y escueta mención de estos conceptos demuestra cómo la Carta de 1993 incurre en este tema en abiertas confusiones de planos: así por ejemplo, su artículo 139 dice hablar de principios y derechos de la función jurisdiccional (lo cual, como ya se anotó en este mismo texto, implica una seria confusión conceptual) e incluye una serie de derechos del ciudadano, y básicamente del justiciable, principios destinados a orientar el ejercicio de la función jurisdiccional; y obligaciones de ineludible cumplimiento por el juez.

Por otro lado, en el artículo 146 comienza hablándose de una incompatibilidad de la función jurisdiccional cuando en rigor, por el mismo alcance de cada concepto, debiera hablarse en rigor de una eventual incompatibilidad de la persona que se desempeña como juez. A continuación, en el párrafo siguiente

se establece una prohibición (entendida en rigor como una conducta que no puede realizarse en el ejercicio de un cargo) y termina consignándose una obligación de que el Estado garantice a todos los jueces una serie de situaciones, entre las cuales se mezclan derechos del juzgador (como el derecho a una remuneración decorosa) con otros conceptos que, sin entrar aquí a la discusión sobre si son o no derechos de un juez, involucran más bien una garantía a la función jurisdiccional antes que a la persona que desempeña estas tareas.

El establecer estas precisiones conceptuales no es un asunto menor, pues en función a como se considera cada situación deberá configurarse el tipo de responsabilidad en que se hubiera incurrido y los mecanismos a los cuales eventualmente acudir para hacer el deslinde correspondiente, aplicar sanciones y permitir la impugnación de dichas sanciones. Estamos, pues, indudablemente ante materias que demandan importantes precisiones en su formulación, ya sea a través de una eventual reforma constitucional, o estableciendo pautas de interpretación mediante sentencias del Tribunal Constitucional, sentencias de la judicatura ordinaria y precedentes administrativos, tareas que esperamos pronto sean asumidas a cabalidad.

DOCTRINA

BIELSA, Rafael y GRAÑA, Eduardo. Justicia y Estado: a propósito del Consejo de la Magistratura. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso. Ara, Lima, 2003; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Código Procesal Constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado. Palestra Editores, Serie Derecho y Garantías N° 13, Lima, 2004; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Gobierno y administración del Poder Judicial. En: "Ius et Veritas", N° 14, Año VII, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997;

RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo V. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

Remoción de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura

Artículo 157

Los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura pueden ser removidos por causa grave mediante acuerdo del Congreso adoptado con el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros.

CONCORDANCIAS:

C.: arts.; 39, 99, 100, 102, inc. 10), 147 inc.

1), 2), 3), 150;

L.O.P.J.: arto 178;

L.O.C.N.M.: arto 4, 5, 6, 8, 9, 10

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

Esta disposición, propuesta por el entonces constituyente Róger Cáceres Velásquez, fue, luego de ser inicialmente rechazada por la Comisión de Constitución, finalmente incorporada al texto elaborado por el auto denominado Congreso Constituyente Democrático.

Allí se introduce una pauta relativamente frecuente en el Derecho Comparado para la destitución de miembros de instituciones similares a nuestro Consejo Nacional de la Magistratura: la destitución por una mayoría calificada dentro del Congreso de la República. Lo que sí resulta menos frecuente es lo que desde el debate constituyente también se entendió al respecto: que estaríamos aquí ante una opción con diferente ámbito de acción que la prevista en el artículo 99 del mismo texto constitucional, disposición donde se incluye a los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura en la lista de altos funcionarios pasibles de acusación constitucional ante el Congreso, situación con sus propios supuestos y trámite.

La Constitución de 1993 no señala cuáles serían los acontecimientos que pudieran constituir la falta grave que justifique la eventual remoción de consejeros por el Congreso. Tampoco lo hace el Reglamento del Congreso. Habría, de acuerdo con lo señalado por algunos autores¹⁰¹⁰, que recurrir a la ley orgánica del mismo Consejo Nacional de la Magistratura. Sin embargo, en nuestra modesta opinión, es bastante discutible sustentar esta aplicación por analogía de la Ley N° 26397. Y mientras no exista una tipificación sumamente clara al respecto, la aplicación de este precepto constitucional podría dar cobertura a lamentables arbitrariedades. Convendría entonces entrar a delimitar con más claridad los supuestos catalogados como falta grave antes de intentar la puesta en práctica de esta norma, salvo mejor parecer.

DOCTRINA

BIELSA, Rafael y GRAÑA, Eduardo. Justicia y Estado: a propósito del Consejo de la Magistratura. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996; ESPINOSA-

¹⁰¹⁰ En este sentido opina, por ejemplo, RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo V. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 256

SALDAÑA BARRERA, Eloy. Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso. Ara, Lima, 2003; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Código Procesal Constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado. Palestra Editores, Serie Derecho y Garantías N° 13, Lima, 2004; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Gobierno y administración del Poder Judicial. En: "Ius et Veritas", N° 14, Año VII, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997;

RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo V. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

CAPÍTULO X

DEL MINISTERIO PUBLICO

Autonomía del Ministerio Público. Fiscal de la Nación

Artículo 158

El Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside. Es elegido por la Junta de Fiscales Supremos. El cargo de Fiscal de la Nación dura tres años, y es prorrogable, por reelección, solo por otros dos. Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 39, 91 inc. 2), 146, 147, 150, 203 inc. 2); e.e.: arts. 1366, 1368;
C.P.: arts. 385, 395,401,418,420,424;
L.O.P.J.: arts. 177, 184;
L.O.M.P.: arts. 1,2,5, 15, 18, 20, 30, 36,39,40,46,48,49,58,59,64,81,84,85 inc. 2);
Ley 26335: arto 11;
C.A.D.H.: arto 23;
D.U.D.H.: arto 21;
P.I.D.e.p.: arto 25.b

Víctor Cubas Villanueva

Desde el Reglamento Provisional que dictó el General San Martín en 1821 hasta la Carta Magna de 1933, el Ministerio Público estuvo ubicado institucionalmente como un organismo dependiente del Poder Judicial, que representaba el interés social y actuaba como auxiliar ilustrativo del juez o tribunal. Dentro de este contexto establecieron sus funciones y atribuciones los Códigos de Procedimientos Penales dictados en 1863, 1920 Y 1940 Y las Leyes Orgánicas del Poder Judicial.

En la segunda mitad del siglo pasado, después de 12 años de dictadura militar, en 1979 se promulgó una nueva Constitución Política del Estado, en la que es evidente la preocupación de los constituyentes por sentar las bases de un auténtico Estado de Derecho. Respecto a la estructura del Estado continúa adheriéndose al sistema republicano y la tripartición de funciones que, como lo sostiene Joaquín V. Gonzales, es "la división más conforme a la naturaleza de las cosas, es la de tres poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La experiencia universal bajo los principales sistemas políticos ha sancionado la triple división como la más propia para el cumplimiento de los fines de todo gobierno y como

la mejor manera de defender y garantizar contra las tentativas de la tiranía, los derechos y libertades del hombre"¹⁰¹¹. Es, además, la única forma de evitar que el poder del Estado termine avasallando los derechos de la persona.

La Ley Fundamental estableció además de los tradicionales Poderes del Estado, un conjunto de organismos extra poder o instituciones que no son poderes, sino organismos autónomos que tienen funciones específicas. La idea residía en que solo el poder puede frenar al poder. "Este sistema llamado de frenos y contrapesos, se ha plasmado en las constituciones modernas en relaciones concretas de mutuo control;

por ejemplo el control de la adecuación de las leyes al texto fundamental, la aprobación del presupuesto a propuesta del Poder Ejecutivo por el Poder Legislativo, el fuero contencioso administrativo, el derecho a veto por el Poder Ejecutivo, de las leyes emanadas del legislativo, la facultad de indultar, la organización por ley de la administración de justicia, el grupo de cuestiones políticas no justiciables, el juicio político, la existencia de un tribunal de cuentas"¹⁰¹².

Así, cada organismo autónomo tiene una función específica: al Ministerio Público le corresponde la persecución del delito, al Tribunal Constitucional, el control de la Constitución. Luego, la Constitución de 1979 sentó las bases para una profunda reforma en la organización del Estado y en el tema relacionado con la administración de justicia es importante destacar:

- 1) El reconocimiento de la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado.
- 2) El reconocimiento de los derechos humanos.
- 3) El reconocimiento de los principios y de las garantías procesales, elevados al rango constitucional.
- 4) El reconocimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de la jurisdicción supranacional en esta materia.
- 5) La incorporación a la legislación nacional de las garantías constitucionales: acción de habeas corpus y acción de amparo para asegurar la efectiva vigencia de los derechos humanos.
- 6) La creación de los organismos constitucionales extra poder para controlar el ejercicio del Poder del Estado y evitar el avasallamiento de los derechos humanos, entre ellos tenemos:

Ministerio Público, como órgano de persecución del delito.

¹⁰¹¹ Citado por RUSCONI, Maximiliano A. Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público. En: "El Ministerio Público en el proceso penal". 1 a edición. Compilador Julio B.J. Maier. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 74

¹⁰¹² RUSCONI, Maximiliano A. División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público. En: *Ibidem*, p. 105

El Tribunal de Garantías Constitucionales, como órgano de control de la Constitución.

El Consejo Nacional de la Magistratura, como órgano técnico encargado de la selección y nombramiento de jueces y fiscales.

El artículo 250 de la Constitución Política de 1979 estableció que el Ministerio Público es un organismo autónomo y jerárquicamente organizado y le asignó en siete incisos sus atribuciones, conservando las que tenía cuando formaba parte del Poder Judicial, pero incorporándole nuevas e importantes funciones tales como:

- 1) Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley.
- 2) Velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia.
- 3) Representar a la sociedad en juicio.
- 4) Actuar como defensor del pueblo ante la administración pública.
- 5) Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial, y promover la acción penal de oficio o a petición de parte.
- 6) Emitir dictamen previo a todas las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, en los casos en que la ley contempla.
- 7) Las demás atribuciones que señalan la constitución y las leyes.

El artículo 251 constitucional disponía que eran órganos del Ministerio Público el Fiscal de la Nación, los Fiscales ante la Corte Suprema, nombrados por el Presidente de la República con aprobación del Senado y que debían turnarse cada dos años con la Fiscalía de la Nación; los Fiscales ante las Cortes Superiores y los Fiscales ante los juzgados de primera instancia y de instrucción. A renglón seguido establecía que los "miembros del Ministerio Público tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías. Les afecta las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a idénticos requisitos y procedimientos. Una ley orgánica fija las demás disposiciones relacionadas con la estructura y el funcionamiento del Ministerio Público".

Desde el punto de vista constitucional, la creación del Ministerio Público como órgano encargado de la persecución del delito sentó las bases para establecer un nuevo sistema procesal de carácter acusatorio, en el que las funciones de persecución y de decisión estén separadas y que convierte al fiscal en titular del ejercicio de la acción penal y de la carga de la prueba.

En la década del 80, el Ministerio Público se desarrolló pese a los inconvenientes que existieron como consecuencia del terrorismo y de la crisis económica. En 1981 se promulgó su ley orgánica por Decreto Legislativo N° 052, que contiene las disposiciones relacionadas con su estructura y funcionamiento.

Conforme al mandato constitucional, el Fiscal de la Nación preside el Ministerio Público y tiene autoridad sobre todos los fiscales, además es el defensor del pueblo ante la administración pública y Preside el Consejo Nacional de la Magistratura. Sin embargo, la mencionada ley orgánica no reguló integralmente las atribuciones del Fiscal de la Nación; por ejemplo, no especificaba sus tareas como defensor del pueblo y esta función, como otras muy importantes, no fue cumplida cabalmente.

La ley orgánica tampoco estableció una organización en relación con su misión institucional: la persecución del delito; ni reguló las funciones y atribuciones del fiscal investigador; no se hizo ningún esfuerzo por dotar al Ministerio Público de una organización propia que le permitiera cumplir cabalmente sus funciones, pese a que estas se diferencian claramente de las del Poder Judicial; continuó conservando su antigua estructura de órgano dependiente del Poder Judicial, que la mantiene hasta ahora. Al respecto es importante destacar la opinión de Fernando Cruz sobre el Ministerio Público:

"Pese a tener una función claramente diferenciada de la jurisdiccional, posee una organización que sigue los esquemas del Poder Judicial. La actividad de los Fiscales aparece atomizada, librada en gran medida a criterios heterogéneos y carentes de coordinación. Las diferentes jerarquías guardan mayor correspondencia con las etapas del proceso que con esquemas diferenciados de responsabilidad funcional. El resultado permite apreciar una clara debilidad de las agencias fiscales primarias, es decir, aquellas por las que ingresa la mayor cantidad de causas que debe gestionar el Ministerio Público.

En este cuadro, la persecución penal no es asumida como una política de la institución, que demanda definiciones, estrategias, programas y coordinación"¹⁰¹³.

La promulgación de la ley orgánica significó un retroceso con respecto o al mandato constitucional. En efecto, el artículo 94.2, que regula las atribuciones del fiscal provincial, que es el encargado de la investigación del delito establece: "Denunciado un hecho que se considere delictuoso por el agraviado o cualesquiera del pueblo, en los casos de acción popular, se extenderá acta, que suscribirá el denunciante (...). Si el fiscal estima procedente la denuncia, puede, alternativamente abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el Juez Instructor".

Esta norma es inconstitucional, tanto porque recorta las facultades del fiscal provincial, reduciéndolas al ámbito de la investigación preliminar, cuanto porque

¹⁰¹³ CRUZ, Fernando. De la exclusión a la confianza mediante el acceso a /o justicia. Informe de la Misión Fortalecimiento Institucional de la Justicia en el Perú. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Ministerio de Justicia, República del Perú, abril, 2001, p. 30

mantiene hasta la fecha la figura del juez instructor que está proscrita por la Constitución.

En cuanto a la organización del Ministerio Público el maestro Luis Bramont Arias sostiene que deben distinguirse dos aspectos, el referente a la organización corporativa, es decir, de los organismos correspondientes; y el de la organización del personal, relacionado con los individuos que lo integran.

La organización corporativa parte del principio que en todos los juzgados y salas existe un representante del Ministerio Público: el fiscal; en consecuencia, su organización jerárquica tiene tres grados:

Fiscalías ante la Corte Suprema.

Fiscalías ante las Cortes Superiores.

Fiscalías ante los Juzgados Especializados.

La organización del personal se refiere al orden jerárquico en que se encuentran articulados los individuos que componen la institución, conforme al cual unos se hallan subordinados a los otros.

A inicios de la nueva década del 90 Y en medio de la turbulencia política se realizaron elecciones para renovar los cargos en el gobierno; como consecuencia de ello el 28 de julio de 1990 asumió el poder el Ing. Alberto Fujimori, cuyo cargo más destacado había sido el rectorado de la Universidad Nacional Agraria La Molina.

Durante los primeros meses de su gobierno se retornaron los temas de reforma del sistema de administración de justicia. Como consecuencia de ello, en el año 1991 se promulgaron el Código Penal, el Código de Ejecución Penal y el Código Procesal Penal, inmediatamente entraron en vigencia plena los dos primeros, pero del Código Procesal Penal solo entraron en vigencia las normas referidas a la aplicación del principio de oportunidad, a las medidas coercitivas, libertad provisional y a las diligencias especiales (no más de veinte artículos).

Con posterioridad a ello, ya en la década del 90, se crearon otras fiscalías de vital importancia, la Fiscalía Suprema en lo Constitucional y Social y la Fiscalía Suprema de Control Interno; y las Fiscalías de Familia, cuyas funciones no están reguladas en la ley orgánica.

Como el Código Procesal Penal continúa en vacatio legis, está en vigencia el obsoleto Código de Procedimientos Penales de 1940, cuyas normas no son idóneas para luchar contra la criminalidad organizada.

El nuevo gobierno tenía problemas más urgentes que la reforma de la administración de justicia, tales como el terrorismo y la hiperinflación, pero como no tenía plan de gobierno y carecía de ideas para enfrentados solo se le ocurrió apelar a la ruptura del orden constitucional como una forma de facilitar la implantación de una política neoliberal para hacer frente a la crisis económica e imponer una política de emergencia cuyo sustento era la

administración de justicia penal por tribunales militares y la aplicación de la pena de muerte. Por eso el 5 de abril de 1992 se produjo el golpe de Estado, instaurándose el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, que procedió a disolver el Congreso de la República y los órganos constitucionales.

En 1993, ante la presión internacional, Fujimori se vio obligado a convocar a un Congreso Constituyente Democrático encargado de elaborar una nueva Constitución a la medida de sus necesidades. En efecto, la Carta Magna que entró en vigencia en enero de 1994, en el artículo 158 establece que el Ministerio Público es un organismo autónomo, presidido por el Fiscal de la Nación, que es elegido por la Junta de Fiscales Supremos por tres años prorrogables vía reelección solo por otros dos. Es que el procedimiento anterior no compatibilizaba con el autoritarismo del régimen, que requería tener en el cargo por tiempo indefinido a una persona incondicional, por lo que modificó el sistema. Las reelecciones siempre han sido funcionales para los gobiernos autoritarios y corruptos.

Ese sistema indudablemente es inconveniente. En la práctica ha producido muchos problemas y ha facilitado una negativa injerencia política, como en enero de 1994 momento de elegir al Fiscal de la Nación Titular, los Fiscales Supremos eran cuatro, se produjo igualdad o empate de votos entre los doctores Blanca Nélide Colán Maguiño y Miguel Aljovín. Esta situación se reprodujo sucesivamente, sin posibilidad de superarla. Entonces el Gobierno dictó la Ley N° 26288¹⁰¹⁴ disponiendo que "en caso de empate se procede a una segunda votación. Si el empate se repite corresponde asumir el cargo de Fiscal de la Nación al Fiscal Supremo con mayor antigüedad en el cargo". Indudablemente la ley tenía nombre propio, favorecía directamente a la Dra. Colán que fue nombrada por el Gobierno en 1992 como Fiscal Supremo Provisional y Fiscal de la Nación sucesivamente; en consecuencia, tenía mayor antigüedad que su ocasional contendor.

Hubiese sido preferible mantener el sistema rotativo, en virtud del cual accedía inexorablemente a la Fiscalía de la Nación el Fiscal Supremo más antiguo, para ejercer su mandato por dos años, sin posibilidad de reelección inmediata. Este sistema evitaría no solo los problemas internos de lucha por el poder, sino además, las innecesarias e inconvenientes interferencias e intromisiones de otros Poderes del Estado, que afectan gravemente la autonomía e independencia de la institución.

Sin embargo, dejamos constancia que en un sistema democrático, el Fiscal de la Nación, máxima autoridad de la institución, debe ser elegido por todos los Fiscales Titulares de la República, en votación directa, universal, secreta y obligatoria, para ejercer el cargo por tres años, sin posibilidad de reelección. Así lo hemos propuesto a la Comisión de Justicia, a propósito de la nueva ley orgánica.

La Constitución coloca al Fiscal de la Nación en el primer escalón de la jerarquía, sin hacer ninguna otra precisión, siendo la ley orgánica la que establece los alcances de su autoridad y señala sus atribuciones:

¹⁰¹⁴ Publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de enero de 1994

- 1) El Fiscal de la Nación representa al Ministerio Público, su autoridad se extiende a todos los funcionarios que lo integran, cualquiera que sea su categoría y actividad funcional especializada (artículo 64).
- 2) Es el Titular del Pliego (artículo 30).
- 3) Preside la Junta de Fiscales Supremos (artículo 65).
- 4) Nombra a los Fiscales Provisionales de todas las jerarquías y al personal auxiliar.
- 5) Ejercita ante el Tribunal Constitucional la acción de inconstitucionalidad de las leyes (artículo 66.1).
- 6) Ejercita las acciones civiles y penales a que hubiere lugar contra los funcionarios que gozan de la prerrogativa procesal del antejuicio.
- 7) Decide el ejercicio de la acción penal contra los jueces y fiscales de segunda y primera instancia por los delitos cometidos en su actuación funcional.
- 8) Formula cargos contra los funcionarios cuando se presume enriquecimiento ilícito.
- 9) Vela por el cumplimiento efectivo de la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia (artículo 68).

El artículo 5 de la Ley Orgánica establece que "Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución.

Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores". Entonces, los fiscales no pueden ser considerados como simples representantes o delegados del Fiscal de la Nación. Esto es lo que constituye la autonomía interna del Ministerio Público.

Pero si bien es cierto, los miembros del Ministerio Público gozan de autonomía interna en el ejercicio de sus funciones, al pertenecer a una organización jerarquizada, se impone entre los mismos la necesidad de una comunidad y uniformidad de criterios. El Fiscal de la Nación, en su condición de autoridad máxima de la institución, tiene como función emitir directivas de carácter técnico-jurídico para el mejor desempeño de las funciones orientando la actividad de los fiscales.

Como lo apunta Juan Bustos Ramírez, citado por César San Martín, los principios de unidad y dependencia jerárquica son características orgánicas del Ministerio Público (proviene del axioma del Derecho francés: El Ministerio Público es uno e indivisible). Unidad se entiende en el sentido de que cuando actúa un fiscal representa a la institución en su totalidad, y dependencia

jerárquica implica que todas las cuestiones técnicas y de táctica y estrategia han de surgir desde el cuerpo de instrucciones y del principio de obediencia jerárquica; empero, ello en modo alguno puede ser obstáculo a la independencia del fiscal en sus decisiones jurídicas; no hay que confundir unidad y dependencia que tienen relación con cuestiones orgánicas institucionales y administrativas con la función jurídica del fiscal que para ser imparcial necesariamente ha de estar fundada en la independencia de su opinión jurídica¹⁰¹⁵.

Además, el Ministerio Público se rige por dos grandes principios de actuación; el de legalidad, en cuya virtud los fiscales actúan con sujeción a la Constitución, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico vigente; y el de imparcialidad, en mérito al cual los fiscales deben actuar con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados.

Por ello, el doctor Bramont Arias sostiene que "las atribuciones del Fiscal de la Nación son complejas y fundamentalmente de mando, dirección e interpretación, todo en función al servicio de su unidad de actuación, como condición de la unidad legal, nacional, judicial o jurisdiccional".

A pesar de la claridad con que se formula su misión institucional, es evidente que la Fiscalía de la Nación no ha cumplido ni cumple cabalmente sus funciones, como consecuencia de una política de centralización y concentración de poder, que hace que a su despacho lleguen problemas pequeños que pueden ser solucionados por funcionarios intermedios en cada uno de los distritos judiciales, si se estableciera una política de descentralización y delegación de funciones.

Por ello la Comisión de Alto Nivel para la implementación del Nuevo Código propuso una reestructuración orgánica con las siguientes líneas estructurales:

Creación de la Vice- Fiscalía de la Nación.

Creación del Consejo de Gobierno del Ministerio Público.

Redefinición de las funciones de la Secretaria General.

Creación del Comité Técnico de Asesoramiento de la Fiscalía de la Nación.

Creación de Coordinadores de Fiscales en el ámbito de los distritos judiciales, eliminando el obsoleto sistema de Decanatos, para que atiendan exclusivamente los problemas de administración y apoyo logístico inmediato.

Creación de la Oficina de Cooperación Judicial Internacional.

¹⁰¹⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. Legislación penal contra los delitos de corrupción. Texto de la Conferencia sobre Corrupción y Organización del Ministerio Público. Instituto de Investigaciones Gonzalo Ortiz de Zevallos. Ministerio Público. Lima, 2001, p.216.

Creación de la Oficina de Relaciones Interinstitucionales.

Redefinir las funciones del Instituto de Investigaciones y órganos del Ministerio Público.

En cuanto a la elección del Fiscal de la Nación, de los miembros que integren el Consejo de Gobierno y de los Coordinadores, hemos propuesto que se haga por votación directa, universal, secreta y obligatoria de todos los fiscales titulares y del distrito judicial correspondiente. Esto permitiría tener como autoridades a personas con capacidad de liderazgo, superando el actual sistema en el que el nombramiento se hace basándose en la antigüedad en el ejercicio de la función, por lo que con el título de Decano, se nombra a incondicionales que en nada contribuyen a la descentralización ni a la desconcentración de funciones; y que por el contrario, crean un sinnúmero de problemas, pues no tienen capacidad ni siquiera para el manejo de las relaciones humanas.

En cuanto a las funciones del Ministerio Público, como se tiene expuesto, a partir de 1979 debía operarse un cambio radical al considerarlo como un organismo autónomo y jerárquicamente organizado, y si bien es parte de la estructura del Estado, no constituye un nuevo Poder, como el Ejecutivo, Legislativo o Judicial, sino un órgano extra poder; con funciones que lo vinculan con los mismos, específicamente con el último de los citados. Dichas funciones son las siguientes:

Defensa de la legalidad.

Custodiar la independencia de los órganos jurisdiccionales y la recta administración de justicia. .

Ser titular del ejercicio de la acción penal pública y de la carga de la prueba.

Ser asesor u órgano ilustrativo de los órganos jurisdiccionales.

Se trata de atribuciones múltiples, variadas y amplias, que conllevan a que en puridad se conforme una magistratura independiente.

DOCTRINA

CRUZ, Fernando. De la exclusión a la confianza mediante el acceso a la justicia. Informe de la Misión de Fortalecimiento Institucional de la Justicia en el Perú.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Ministerio de Justicia, República del Perú, abril, 2001; RUSCONI, Maximiliano A. Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público. En: "El Ministerio Público en el proceso penal", Primera edición. Julio B.J. Maier (compilador), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, junio, 1993; RUSCONI, Maximiliano A. División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público. En: "El Ministerio Público en el proceso penal", Primera edición. Julio B.J. Maier (compilador), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, junio, 1993; SAN MARTÍN

CASTRO, César. Legislación penal contra los delitos de corrupción. Texto de la Conferencia sobre Corrupción y Organización del Ministerio Público. Instituto de Investigaciones Gonzalo Ortiz de Zevallos. Ministerio Público. Lima, 2001.

Artículo 159

Atribuciones del Ministerio Público

Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir desde su inicio la investigación del delito.
Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.
6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 24)f, 80, 107, 139 inc. 2), 143,146 inc. 1), 166;
C.P.C.: arts. 82, 113 al 118, 336,481, 507, 544, 827 inc. 5), 835;
C.P.P.: arto IV;
C. de P.P.: arts. 2, 59 Y ss.;
L.O.P.J.: arts. 1,2,4,16,24, 184;
L.O.M.P.: arts. 1,4, ,5, 8, 9,11,12,30,71,84,94 incs. 1) y 2);
Ley 24698: arts. 4 inc. 4), 1 DC;
C.A.D.H.: arto 8;
P.I.D.C.P.: arts. 14 y 15

Víctor Cubas Villanueva

Actualmente las funciones del Ministerio Público están señaladas en el artículo 159 de la Constitución, en el que encontramos modificaciones importantes con respecto a la anterior Constitución:

Promover de oficio o a petición de parte la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho.

Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.

Representar en los procesos judiciales a la sociedad.

Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.

7) Ejercer iniciativa en la formación de las leyes.

Como vemos, el Fiscal de la Nación ya no ejerce la defensoria del pueblo, que está a cargo de un organismo autónomo. Tampoco preside y ni siquiera integra el Consejo Nacional de la Magistratura. Pero en cuanto a persecución del delito, hay una modificación esencial: se ratifica la función persecutoria del delito y el rol del fiscal en la investigación, constituyendo un salto cualitativo. En efecto, en el inciso 4 del artículo 159 se dispone que le corresponde al fiscal conducir desde su inicio la investigación del delito; en consecuencia, asume la titularidad de la investigación, tarea que debe realizar con plenitud de iniciativa y autonomía, desde su inicio hasta su culminación, decidiendo si formula o no acusación. Así, el fiscal investigador tenía que sustituir al juez instructor. El juez debía alejarse definitivamente de las tareas de investigación y reasumir su función exclusiva: dirigir la etapa procesal del juzgamiento, juzgar, decidir y ser garante de los derechos fundamentales, tareas exclusivas y excluyentes.

Estas normas sobre el Ministerio Público y el reconocimiento de las garantías de juicio previo e inviolabilidad de la defensa, contenidos en el artículo 139 incisos 10 y 14 de la Constitución Política, ratificaron la opción acusatoria para el sistema procesal penal, que se había establecido desde 1980.

Con esto debían superarse los problemas de supuesta inconstitucionalidad del modelo procesal propuesto en 1991, pues el poder constituyente ratificó la voluntad de implementar un nuevo modelo procesal penal, que el Dr. Florencio Mixán denomina "acusatorio garantista". Sin embargo, aún continuamos con el viejo sistema procesal inquisitivo.

Al Ministerio Público le han atribuido facultades que, en criterio del Dr. Arsenio Oré Guardia, reflejan la culminación de un proceso de constante incremento de su papel en el proceso penal peruano, teniendo como basamento ideológico el reconocimiento y respeto de los derechos de la persona humana plasmados en el texto constitucional, por ejemplo el artículo 1 de la Carta de 1993, que reconoce la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado; el artículo 2 inc. 2, en cuanto reconoce la igualdad ante la ley, no permitiéndose discriminaciones de ninguna índole; el artículo 43, que establece que el Perú es una república democrática social independiente y soberana; el artículo 44, que establece que es deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; y la Cuarta Disposición Final y Transitoria, que prescribe que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias, ratificados por el Perú; encontrándose además detallados los derechos y garantías constitucionales en los artículos 2 y 139.

A toda esta gama de normas fundamentales ha tenido que adaptarse el Código Procesal Penal, promulgado en 1991 vigente parcialmente. Por ello es que en el proyecto elaborado por la Comisión Revisora que se publicó en el diario oficial El Peruano en el mes de abril de 1995, se exponía que: "(...) Las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos integran el sistema de protección de los Derechos Procesales de las personas, y por tanto, pueden invocarse directamente por los órganos de la justicia penal".

Dentro de ese marco conceptual se encuentra el reordenamiento de las atribuciones del Ministerio Público respecto a la investigación del delito como parte del sistema acusatorio. Por lo tanto, la actividad fundamental del Ministerio Público tiene que ver con la persecución del delito y el desarrollo del proceso penal; sin embargo, también tiene atribuciones para intervenir en los procesos civiles, de familia y en acciones de prevención del delito.

Como consecuencia de esta normativa constitucional, las funciones y atribuciones del Ministerio Público en general y del Fiscal Provincial en lo Penal en particular, han evolucionado desde una intervención puramente pasiva, limitada a emitir dictámenes ilustrativos previos a las resoluciones judiciales, previstas en el Código de Procedimientos Penales de 1940; pasando por la de supervigilar la investigación del delito desde la etapa policial, que le asignó la Constitución de 1979, hasta la de conducir la investigación del delito con plenitud de iniciativa y autonomía, que le impone la Constitución vigente y el Código Procesal Penal convirtiendo así al Fiscal en INI VESTIGADOR, poniendo fin a la polémica acerca de la legalidad del nuevo modelo procesal penal.

Pero el Perú es el país de las reformas frustradas y de las ocasiones perdidas. La radical reforma procesal aún no se lleva a cabo. Por ello continua teniendo vigencia el Código de Procedimientos Penales promulgado en 1940 y hemos sufrido una involución: de tener un sistema procesal penal mixto, inquisitivo en su primera etapa y acusatorio en la segunda, con un procedimiento ordinario para todos los delitos perseguibles por acción pública, hemos pasado a tener un sistema acentuadamente inquisitivo cuyo ámbito de acción ha ido en aumento a partir de 1969, en que se introduce el procedimiento penal sumario para el 5% de tipos penales hasta ahora en que le corresponde a más del 90% de tipos penales; y a pesar de estar en el siglo XXI, el fiscal provincial continua con sus facultades recortadas: solo puede practicar la investigación preliminar, directamente o con el auxilio de la Policía, para determinar si existe causa probable, es decir, si existen los requisitos legales para promover acción penal.

Como no existía regulación legal sobre la investigación preliminar, los fiscales no sabían qué facultades tenían para desarrollar esta actividad. Solo después de veinte años de vigencia de la Ley Orgánica del Ministerio Público, cuando se puso al descubierto el fenómeno de la corrupción, con la finalidad de posibilitar el desarrollo de la investigación preliminar, se han dictado medidas legislativas. Como lo sostiene el profesor César San Martín: "en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada y los delincuentes, peligros cuya conducta afecta bienes jurídicos de especial relevancia, desde hacía mucho tiempo se había

notado grave ausencia normativa y un inusitado des encuentro entre la legislación procesal vigente -confusa y asistemático y las exigencias de eficacia de la persecución penal. El viejo Código de Procedimientos Penales de 1940 no contempló la investigación preliminar del delito para definir los marcos necesarios que permitan inculpar formalmente a una persona por la comisión de un delito"¹⁰¹⁶. Por ello fue necesario dictar las siguientes medidas:

Ley N° 27378, que establece beneficios por colaboración eficaz. La ley contempla beneficios de reducción de pena o de exención de pena que se puede conceder a personas que se encuentren o no sometidas a investigación preliminar o a un proceso penal o a sentenciados por los delitos indicados en el artículo 1 de la citada ley, siempre y cuando proporcionen una información eficaz que permita conocer la organización criminal, quiénes son sus integrantes, qué delitos han cometido, dónde están los efectos del delito, así como desarticular la organización delictiva, capturar a sus integrantes y evitar la realización de nuevos delitos.

2. Ley N° 27379 sobre medidas limitativas de derechos. Se dictó frente al riesgo de ineficacia en atención al peligro por la demora, para limitar algunos derechos en aras de garantizar la eficacia en las averiguaciones, asegurando las fuentes de prueba y las personas vinculadas al delito.

3. Ley N° 27380 que faculta al Fiscal de la Nación a designar equipos de fiscales para casos complejos y fiscales para determinados casos.

4. Ley N° 27399 que faculta al Fiscal de la Nación para practicar la investigación preliminar en caso de los funcionarios del Estado que gozan de la prerrogativa procesal del antejuicio.

5. Ley N° 27697 sobre intervención y control de comunicaciones y documentos privados.

6. Ley N° 27934 sobre atribuciones del Ministerio Público y la Policía Nacional en el desarrollo de la investigación preliminar.

En el momento menos esperado, esto es, en julio de 2004, el Gobierno promulgó el Código Procesal Penal, instrumento legal cualitativamente superior que aprueba el sistema procesal acusatorio para nuestro país, norma que se aplicará progresivamente a partir de febrero de 2006. Con ello se adaptan las normas procesales a los mandatos constitucionales y a las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, y se establece un proceso penal común para todos los delitos, seguido íntegramente en primera instancia en el que se puede advertir una clara división de funciones. El fiscal dirige la investigación preparatoria con apoyo técnico de la Policía Nacional. Esta etapa se desarrolla bajo control jurisdiccional del juez de la investigación preparatoria, encargado además de dirigir la etapa intermedia o etapa de control y saneamiento procesal. La tercera etapa del proceso es el juicio o

¹⁰¹⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César. Legislación penal contra los delitos de corrupción. Texto de la Conferencia sobre Corrupción y Organización del Ministerio Público. Instituto de Investigaciones Gonzalo Ortiz de Zevallos. Ministerio Público. Lima, 2001, p.218.

juzgamiento, llevada a cabo por el juez penal unipersonal o colegiado, etapa estelar realizada bajo los principios de publicidad, oralidad, contradicción, intermediación, concentración de actos procesales y celeridad. Además, se establecen procedimientos especiales en función de las personas y en relación con la necesidad de descongestionar el despacho judicial, procesos que se basan en el principio de consenso: terminación anticipada y colaboración eficaz.

Esta estructura del proceso traerá como consecuencia una reestructuración total de los órganos jurisdiccionales y del Ministerio Público. En el ámbito del primero, las Cortes Superiores dejarán de ser competentes para la etapa del juzgamiento y deberán convertirse en Cortes de Apelaciones, y la Corte Suprema dejará de ser una instancia más que conoce el recurso de nulidad para ser en el futuro la Corte de Casación. También hay un cambio profundo en materia de impugnación, logrando adecuar la legislación a lo dispuesto en los tratados internacionales. En el Ministerio Público deberá adecuarse su estructura al cumplimiento de sus fines constitucionales para practicar la investigación del delito.

DOCTRINA

CRUZ, Fernando. De la exclusión a la confianza mediante el acceso a la justicia. Informe de la Misión de Fortalecimiento Institucional de la Justicia en el Perú.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Ministerio de Justicia, República del Perú, abril, 2001; RUSCONI, Maximiliano A. Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público. En: "El Ministerio Público en el proceso penal", Primera edición. Julio B.J. Maier (compilador), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, junio, 1993; RUSCONI, Maximiliano A. División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público. En: "El Ministerio Público en el proceso penal", Primera edición. Julio B.J. Maier (compilador), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, junio, 1993; SAN MARTÍN CASTRO, César. Legislación penal contra los delitos de corrupción. Texto de la Conferencia sobre Corrupción y Organización del Ministerio Público. Instituto de Investigaciones Gonzalo Ortiz de Zevallos. Ministerio Público. Lima, 2001.

Presupuesto del Ministerio Público

Artículo 160

El proyecto de presupuesto del Ministerio Público se aprueba por la Junta de Fiscales Supremos. Se presenta ante el Poder Ejecutivo y se sustenta en esa instancia y en el Congreso.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 80, 102 inc 4), 145, 162, 178 Y 182;

L.O.M.P.: arto 30;

P.I.D.C.P.: arto 1.2;

P.I.D.E.S.C.: arts. 1.2, 25

Víctor Cubas Villa nueva

En cuanto al artículo 160 de la Constitución Política, referido a la aprobación del presupuesto del Ministerio Público, es necesario recalcar que el problema de la autonomía de este organismo constitucional autónomo no se ha superado; es muy fácil vulnerar la autonomía a través de las acciones derivadas de la asignación de recursos. Está aún lejano el día en que el Ministerio Público tenga asignado un porcentaje del presupuesto y pueda administrarlo sin injerencia de los otros órganos del Estado, pese a que la Ley Fundamental establece que es la Junta de Fiscales la que aprueba el presupuesto para presentarlo al Poder Ejecutivo y sustentarlo ante el Congreso, para que sea aprobado, se entiende sin modificaciones.

A partir del próximo año se presentará un grave problema: como el Poder Judicial, luego de la acción interpuesta ante el Tribunal Constitucional, ha logrado que le reconozcan la facultad de elaborar su presupuesto, con los mayores recursos que tendrá podrá incrementar el número de órganos jurisdiccionales. ¿Qué hará en ese caso el Ministerio Público con los escasos recursos que le asigna el Ministerio de Economía? Pero también hay que pensar en un problema real: las instituciones reclaman plañideramente mayores recursos, pero cuando les asignan, no tienen capacidad gerencial para gastar, y al [mal del ejercicio presupuestal reierten fondos al Tesoro.

Es indiscutible que el Ministerio Público requiere una nueva ley orgánica, cuyas normas permitan la adecuación de la institución a las necesidades del siglo XXI. Sin embargo, el proyecto de reforma promovido por la Comisión de Justicia, por un lado, mantiene la misma estructura arcaica e ineficiente, y por otro, deja el gobierno de la institución exclusivamente en manos del Fiscal de la Nación, pretendiendo perennizar una situación anómala de centralización y concentración de poder que lo único que ha traído a la institución es corrupción, abuso de poder y prepotencia no solo del Fiscal de la Nación, sino del sobredimensionado sistema administrativo, que a través del manejo de los recursos logísticos mantiene una situación de dependencia del sistema fiscal, que no puede funcionar normalmente.

DOCTRINA

CRUZ, Fernando. De la exclusión a la confianza mediante el acceso a la justicia. Informe de la Misión de Fortalecimiento Institucional de la Justicia en el Perú.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Ministerio de Justicia, República del Perú, abril, 2001; RUSCONI, Maximiliano A. Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público. En: "El Ministerio Público en el proceso penal", Primera edición. Julio B.J. Maier (compilador), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, junio, 1993; RUSCONI, Maximiliano A. División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público. En: "El Ministerio Público en el proceso penal", Primera edición. Julio B.J. Maier (compilador), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, junio, 1993; SAN MARTÍN CASTRO, César. Legislación penal contra los delitos de corrupción. Texto de la Conferencia sobre Corrupción y Organización del Ministerio Público. Instituto de Investigaciones Gonzalo Ortiz de Zevallos. Ministerio Público. Lima, 2001.

CAPITULO XI

DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO

Artículo 161

Artículo 162

Autonomía de la Defensoría del Pueblo. Elección del Defensor del Pueblo

La Defensoría del Pueblo es autónoma. Los órganos públicos están obligados a colaborar con la Defensoría del Pueblo cuando ésta lo requiere.

Su estructura, en el ámbito nacional, se establece por ley orgánica.

El Defensor del Pueblo es elegido y removido por el Congreso con el voto de los dos tercios de su número legal. Goza de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas de los congresistas.

Para ser elegido Defensor del Pueblo se requiere haber cumplido treinta y cinco años de edad y ser abogado.

El cargo dura cinco años y no está sujeto a mandato imperativo. Tiene las mismas incompatibilidades que los vocales supremos.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 39, 91 inc. 2), 93, 99, 146, 203 inc.

3); C.C.: arts. 1366, 1368;

C.P.: arts. 385, 395, 401;

T.UO.Rgmto.Congreso: arts. 6, 93;

Ley 26520: arts. 1 al 5,6;

L.O.P.]: arts. 196, 198;

C.A.n.H.: arts. 13.3 Y 23;

n.Un.H.: arts. 19,21;

p.l.n.C.p.: arts. 19.1,25

Funciones y presupuesto de la Defensoría del Pueblo

Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

El Defensor del Pueblo presenta informe al Congreso una vez al año, y cada vez que éste lo solicita. Tiene iniciativa en la formación de las leyes. Puede proponer las medidas que faciliten el mejor cumplimiento de sus funciones.

El proyecto de presupuesto de la Defensoría del Pueblo es presentado ante el Poder Ejecutivo y sustentado por su titular en esa instancia y en el Congreso.

Walter Albán Peralta

1. Introducción

La Defensoría del Pueblo fue incorporada por primera vez en el ordenamiento jurídico peruano a través de la Constitución de 1993, la que acogió la figura del Ombudsman como una garantía orgánica para la protección de los derechos constitucionales en el ámbito de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos.

El desarrollo de la institución del Ombudsman en el Perú ha seguido desde entonces la misma línea que sus homólogas iberoamericanas, centrando su labor en la defensa y promoción de los derechos humanos frente a la actuación del Estado. A diferencia del modelo originario de Ombudsman sueco, y extendido en Europa, cuya actuación se concibió estrictamente para supervisar la legalidad de la administración estatal y corregir los actos de mala administración, el perfil institucional latinoamericano responde en gran parte a la realidad de muchos de los países de la región afectados por graves y sistemáticas vulneraciones a los derechos humanos. Una historia marcada por el autoritarismo, la violencia, la presencia política de las Fuerzas Armadas, la desigualdad en las relaciones de género, las grandes brechas económicas, sociales y culturales, entre otros, han contribuido al debilitamiento del estatus de los ciudadanos y ciudadanas frente al poder estatal, con la consiguiente lesión de sus derechos más elementales.

En el marco descrito, el Ombudsman en el Perú trasciende las tareas concretas de defensa de derechos y supervisión de la gestión administrativa, incorporando a su misión la promoción de valores como la responsabilidad, la transparencia, buen gobierno y servicio al ciudadano, el fortalecimiento de la institucionalidad y la consolidación de una cultura democrática. Esta doble función le permite no solo aportar a la solución de casos individuales, sino plantear remedios colectivos para problemas que afectan a grupos más amplios de la población o a la ciudadanía en su conjunto.

2. Naturaleza y características de la institución

La Defensoría del Pueblo corresponde a la clásica figura del Ombudsman que viene desarrollándose en las democracias modernas, con especial énfasis en Ibero-américa, sobre todo a partir de su incorporación en la Constitución Española de 1978, fuente inspiradora de nuestras Constituciones en esta materia.

En el Perú, la Constitución de 1993 establece que el Defensor del Pueblo es elegido por una mayoría calificada de por lo menos dos terceras partes del número legal de miembros del Congreso de la República y por un periodo de cinco años.

Goza de total independencia en el ejercicio de sus funciones, no está sujeto a mandato imperativo, ni a las instrucciones de ninguna autoridad. La Constitución y la ley le otorgan las mismas prerrogativas que a un congresista específicamente, inviolabilidad, inmunidad y el beneficio procesal del antejuicio.

La autonomía constituye un aspecto esencial del marco jurídico que la Carta Fundamental diseña para la Defensoría del Pueblo, de manera que esta se encuentra provista de una garantía básica de rango constitucional para el cumplimiento de las funciones propias y especiales que le han sido asignadas.

Tal autonomía supone que la institución no se encuentre sometida a relación de jerarquía alguna o sujeción respecto de los demás órganos constitucionales, y menos aún respecto del Gobierno Central o Poder Ejecutivo. Opera en este sentido un criterio de especialidad, según el cual cada órgano debe desarrollar la específica atribución funcional del poder que la Constitución instituye con independencia y sin interferencias.

Ello cobra especial relevancia y funcionalidad en el caso de una institución como la Defensoría del Pueblo, cuya misión constitucional está referida a la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, y para lo cual debe supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal así como la adecuada prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

Sobre la base de tal autonomía la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley N° 26520, faculta al Defensor del Pueblo a aprobar la organización interna más conveniente para la consecución de sus fines. En efecto, el artículo 7 de la ley señala expresamente que "El Defensor del Pueblo estará auxiliado por adjuntos que lo representarán en el ejercicio de las funciones y atribuciones previstas en esta ley". En el mismo sentido, el artículo 33 de la ley señala que el Defensor del Pueblo podrá designar libremente los asesores necesarios para el desarrollo de sus funciones, teniendo como único límite las normas sobre ejecución presupuestal del Estado. A ello se agrega que el numeral 7 del artículo 9 de su ley orgánica, señala que el Defensor del Pueblo está facultado para dictar los reglamentos que requiera para el cumplimiento de sus funciones, lo que incluye sin duda los instrumentos de gestión institucional necesarios para garantizar su adecuado funcionamiento.

En virtud de las normas citadas, mediante Resolución Defensorial N° 12-2001/DP publicada el 6 de abril de 2002 en el diario oficial El Peruano, se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones - ROF de la Defensoría del Pueblo, cuyo artículo 5 define su estructura administrativa, precisando que entre los órganos de dirección y de línea se encuentran los adjuntos al Defensor del Pueblo, y entre los órganos desconcentrados, las Oficinas Regionales de la Defensoría del Pueblo. En la actualidad, la Directiva N° 001-2003/DP-PAD sobre Despliegue Territorial de la Defensoría del Pueblo, ha modificado la denominación de las Oficinas Regionales por Oficinas Defensoriales. El artículo 8 del citado ROF señala que "la Defensoría del Pueblo cuenta con adjuntos al Defensor del Pueblo los mismos que proponen y ejecutan la política de la institución y tienen a su cargo sus funciones de línea. Los Adjuntos son seis: Primer Adjunto al Defensor del Pueblo, Adjunto para la Administración Estatal, adjunto para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad, Adjunto para los Servicios Públicos, Adjunto al Defensor del Pueblo en Asuntos Constitucionales y Adjunto(a) al Defensor del Pueblo para los Derechos de la Mujer". Además, se cuenta con cuatro programas

especiales: Asuntos Penales y Penitenciarios, Comunidades Nativas, Protección a las Personas Afectadas por la Violencia Política así como Descentralización y Buen Gobierno.

En consecuencia, el desarrollo de estas normas debe corresponder a la propia institución, dada su condición de órgano constitucional autónomo, lo cual implica la facultad de precisar su organización, sus objetivos institucionales y la prioridad de sus actividades, en función de sus disponibilidades presupuestarias. La estructura organizacional está orientada a desarrollar el mandato genérico señalado en la Constitución y en su citada Ley Orgánica, que busca abarcar de manera integral, eficiente y eficaz las competencias que se le asignan, mediante la optimización de sus recursos institucionales. .

3. Deber de colaboración

Con relación al deber de colaboración que establece la norma del artículo 161 conviene hacer la siguiente reflexión. El deber de colaboración es impuesto a las autoridades, funcionarios o servidores de la administración estatal para facilitar las investigaciones defensoriales. Esto último incluye la obligación de proporcionar la información solicitada así como facilitar las inspecciones, entrevistas y otras modalidades de actuación inherentes a la labor defensorial. Debe interpretarse que los pedidos o solicitudes del Defensor del Pueblo constituyen propiamente una orden emanada de un órgano constitucional debidamente facultado para exigir su cumplimiento, teniendo en cuenta además que el deber de colaboración constituye una obligación nacida de la Constitución y se desarrolla también la Ley Orgánica de esta institución.

En la tradición del Ombudsman existen dos mecanismos coercitivos que permiten garantizar el cumplimiento del deber de cooperación. En Escandinavia, en Suecia concretamente, se faculta al Ombudsman a imponer multas a las autoridades, funcionarios o servidores que no cumplan con brindar información y las facilidades requeridas para las investigaciones, las mismas que son de responsabilidad personal de quien incumple. En la mayoría de países se recurre a la figura penal de resistencia a la autoridad para exigir al juez que en última instancia haga cumplir al omiso el deber de cooperación.

En nuestro país podría pensarse en perfeccionar el marco legal actual para hacer más explícitos los mecanismos mediante los cuales la Defensoría del Pueblo pueda garantizar el cumplimiento del deber de cooperación de las autoridades, funcionarios o servidores bajo el ámbito de su supervisión. Así lo aconseja la experiencia internacional a la que nos mantenemos permanentemente atentos, gracias a la cooperación de nuestros pares en otros países y al apoyo de la comunidad internacional.

4. Misión institucional

En el Perú la Constitución de 1993 le ha asignado a la Defensoría del Pueblo tres funciones fundamentales que definen su competencia y que constituyen su misión en el ámbito de la administración estatal y de la prestación de servicios públicos:

defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, supervisar el cumplimiento de los deberes de función de la administración estatal, y supervisar la prestación de los servicios públicos a la población.

Además, su ley orgánica, Ley N° 26520, le asigna la responsabilidad de promover los derechos humanos, lo cual supone una preocupación permanente por la vigencia de los valores éticos en el ejercicio de la función pública y la convivencia social, así como por la institucionalidad democrática en el país.

1. En ese sentido, el Defensor del Pueblo puede realizar las siguientes acciones:

Iniciar y proseguir, de oficio o a petición de parte, cualquier investigación para el esclarecimiento de los actos y resoluciones de la administración estatal y sus agentes que manifiesten un ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, moroso, abusivo o excesivo, arbitrario o negligente de sus funciones y afecten la vigencia plena de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

Interponer y dar seguimiento a las acciones de inconstitucionalidad, hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción popular y acción de cumplimiento. También puede intervenir en cualquier procedimiento de hábeas corpus iniciado por un tercero, para coadyuvar a su defensa.

Participar en procedimientos administrativos.

Promover iniciativas de mediación y conciliación e interponer sus buenos oficios.

Promover y difundir los derechos humanos a través de una labor educativa encaminada a difundir los derechos de las personas así como las vías para lograr su protección.

Promover la firma, ratificación o adhesión y efectiva difusión de los tratados sobre derechos humanos.

Elaborar informes y estudios especializados con sus correspondientes recomendaciones sobre el seguimiento de situaciones de violaciones a los derechos humanos, irregularidades en la administración estatal y los servicios públicos.

Promover iniciativas legislativas al Congreso para que apruebe leyes que garanticen los derechos fundamentales de sectores vulnerados.

Realizar un informe anual ante el Congreso sobre las gestiones y recomendaciones formuladas a los poderes públicos.

Representación de la persona o de la comunidad frente al Estado

Para cumplir con su mandato constitucional de protección, la Defensoría del Pueblo asume la representación de las personas que soliciten su intervención -generalmente a través de quejas y peticiones- o por su propia iniciativa, cuando el problema es de dominio público. El propósito es actuar como intermediario ante las autoridades, a fin de defender derechos constitucionales, exigiendo que quienes ejercen función estatal lo hagan cumpliendo sus obligaciones legales. El único norte es el respeto a la Constitución, la ley y los principios éticos que sustentan la vigencia de los derechos humanos y la legalidad democrática.

Constituye como institución un punto de equilibrio entre la sociedad y el Estado, entre gobernantes y gobernados, en consonancia con la idea de la democracia moderada de abrir canales de participación directa que complementen el ejercicio del derecho de petición del ciudadano frente al Estado. En esta función de intermediación, compensa la débil posición del ciudadano frente al desproporcionado poder de la Administración Pública y de las fuerzas del mercado, permitiendo un mayor acercamiento a favor de la tutela de los derechos humanos y de la fiscalización social de los excesos u omisiones del poder.

Aunque la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo impida a cualquier autoridad administrativa dirigirse en queja a la Defensoría del Pueblo, se dan varios casos en que aquella toma la iniciativa de recurrir a la institución. Si la razón alegada se encuentra dentro del marco de las competencias de la Defensoría del Pueblo (a protección de los derechos fundamentales de la persona en el ámbito de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos) la institución puede asumir la investigación e intervención correspondiente. No interviene cuando se trata de un diferendo exclusivamente entre autoridades.

5. Características de la investigación defensorial

Siguiendo la tradición del Ombudsman, la Defensoría del Pueblo desarrolla sus investigaciones mediante procedimientos siempre gratuitos, flexibles, expeditivos y transparentes, que tiene como propósito generar confianza en los interesados y en la autoridad, propiciando una mayor responsabilidad de esta última en el cumplimiento de sus funciones y en la rendición de cuentas correspondiente (accountability).

Promueve de este modo prácticas de buen gobierno, tiende a fortalecer la gobernabilidad democrática y contribuye a la construcción de un Estado de derecho que dote a la sociedad moderna de la estabilidad y garantía (predictibilidad) indispensables.

En este sentido, sin desconocer la percepción inicialmente confrontacional que algunas autoridades del Estado puedan ver en las actuaciones de la Defensoría del

Pueblo, su labor debe entenderse como una supervisión que, en última instancia, implica colaboración con el buen funcionamiento del aparato del Estado en general.

En este contexto, se ha dicho que el Ombudsman constituye un mecanismo de control de calidad del servicio que brinda la administración, en sus distintas facetas de la relación con el ciudadano.

Las actuaciones defensoriales durante una investigación incluyen la potestad de solicitar información a las autoridades sobre los temas examinados y tener acceso a documentación oficial (incluida judicial), aparte de llevar a cabo diligencias de inspección, verificación, revisión de documentos, entrevistas, elaboración de actas y todo aquello que contribuya al acopio de indicios o pruebas que puedan esclarecer la violación de derechos o el incumplimiento de los deberes de función. Con respecto a obtener información, documentación o testimonio de particulares, la aplicación de los principios de inmediatez y celeridad se complementan con la facilidad de acceso y la confianza que sustenta el funcionamiento de la institución. Ello abre el espacio necesario para que la Defensoría del Pueblo reciba versiones, indicios y evidencias de cualquier persona, las cuales son verificadas y evaluadas por la institución.

Es importante señalar que a partir de la vigencia del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, de conformidad con su artículo 18, el Defensor del Pueblo tiene acceso a la información secreta, reservada o confidencial, en el ámbito de sus atribuciones para la protección de los derechos humanos.

6. Diferencia con la investigación jurisdiccional y límites de la competencia de la Defensoría del Pueblo en el ámbito de la administración de justicia

Debe distinguirse, sin embargo, el carácter de las investigaciones defensoriales de aquellas que otras autoridades, en particular jurisdiccionales, llevan a cabo. La Defensoría del Pueblo, por la propia naturaleza de sus funciones, desarrolla una investigación no jurisdiccional que no se confunde con la investigación preliminar que efectúa el Ministerio Público o con aquella que corresponde al Poder Judicial.

Así, con motivo de la tramitación de una queja o de su intervención de oficio, la Defensoría del Pueblo procederá a su investigación en forma sumaria para el esclarecimiento de los hechos, efectuando diligencias y solicitando la documentación, así como los informes que considere necesarios a las autoridades involucradas o comprometidas con la materia de la investigación.

Si en el desarrollo de sus labores y con motivo de su investigación el Defensor del Pueblo toma conocimiento de conductas o hechos presumiblemente delictuosos, remitirá los documentos que lo acrediten, informes y resultados de su propia investigación al Ministerio Público o al Poder Judicial para que proceda de acuerdo a sus atribuciones. Esta es una manifestación de las relaciones de colaboración institucional que se pueden establecer entre dichos órganos constitucionales autónomos. La investigación no jurisdiccional a cargo de la Defensoría del Pueblo no puede sustituir ni interferir con las funciones constitucionales que corresponden al Ministerio Público y al Poder Judicial, su finalidad es contribuir a la defensa de los derechos fundamentales, así como a

la vigencia de los valores y principios que rigen el Estado democrático de derecho.

Por otro lado, tratándose de investigaciones que estén referidas al propio funcionamiento de la administración de justicia y a las irregularidades materia de las quejas de los ciudadanos y ciudadanas contra los órganos que imparten justicia, la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo establece que esta podrá recabar la información que considere oportuna de las instituciones y organismos competentes, sin que en ningún caso su acción interfiera con el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Esta disposición, interpretada a la luz de la competencia de la Defensoría del Pueblo definida en el artículo 162 de la Constitución y de los principios de independencia y autonomía del Poder Judicial, ha limitado la intervención de la institución en el ámbito de la administración de justicia a los supuestos de mal funcionamiento de la administración de justicia o de violación del derecho al debido proceso.

El artículo 139 inciso 2) de la Constitución señala que es un principio de la función jurisdiccional la independencia en su ejercicio y que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Ello debe concordarse con el derecho constitucional al debido proceso recogido en el mismo artículo inciso 3) y con el deber del Ombudsman de ejercer su defensa. En consecuencia, la intervención debe ser tal que protegiendo el derecho al debido proceso no interfiera con la potestad de impartir justicia. Una opción como la planteada supone distinguir entre la actividad jurisdiccional y administrativa del Poder Judicial, y limitar la supervisión de la Defensoría del Pueblo a la actividad desarrollada por la administración de justicia en su calidad de servicio público, la misma que comprende el deber de respetar el debido proceso.

En este sentido, la Defensoría del Pueblo ha realizado diversas actuaciones entre las que pueden destacarse aquellas referidas a dilaciones indebidas durante un proceso judicial, derecho de defensa, requisitorios por terrorismo en comunidades campesinas de la sierra central, reforma de la justicia militar y cumplimiento de sentencias judiciales por parte de la administración estatal, entre otros.

Debe tenerse en cuenta además que un canal especial de intervención previsto para la institución del Ombudsman en el ámbito de la administración de justicia corresponde a su facultad para iniciar y seguir procesos constitucionales tales como hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción popular y acción de cumplimiento para demandar el respeto de derechos constitucionales. La Defensoría del Pueblo ha orientado la oportunidad de su intervención bajo esta modalidad con criterio discrecional dependiendo de la certeza y gravedad de la violación, el estado de indefensión del afectado, su trascendencia colectiva y la posibilidad de someter a la jurisdicción la protección de los intereses difusos, especialmente de aquellas causas que comprometen el interés e importancia de sectores con mayores dificultades para acceder a la justicia.

7. Magistratura de la persuasión

La tarea fundamental de la Defensoría del Pueblo es ejercer la magistratura de la persuasión a favor de los derechos constitucionales de las personas. Efectivamente, su labor se concentra, en una alta proporción en velar por el respeto de los derechos de las personas o de la comunidad y exigir a las autoridades que cumplan con sus deberes de función. Si las actuaciones o pronunciamientos defensoriales no logran su objetivo inmediato ante la autoridad, la Defensoría del Pueblo está obligada a recurrir al inmediato superior, exigiendo que se respete el derecho violado y, si fuera el caso, invocando que se aplique la sanción correspondiente.

Las advertencias, recomendaciones, recordatorios de deberes de función, propuestas, señalamientos de responsabilidad o pronunciamientos tiene propósito persuasivo, mas no carácter vinculante, como no lo tienen nunca los actos del Ombudsmano Es por ello que la Defensoría del Pueblo no puede sancionar o remediar por sí misma un caso de abuso de autoridad o ejercicio negligente de los deberes de función. Tendrá que recurrir a la autoridad competente y convencerla -responsabilizarla, en definitiva- que en ejercicio de su deber tome la iniciativa de rectificar errores y sancionar a los responsables.

Esto no quiere decir que las actuaciones defensoriales carezcan de eficacia. Su eficacia quedará comprobada en la medida que las autoridades con potestad de actuar y sancionar -sea en el ámbito administrativo, sea en el ámbito jurisdiccional reaccionen a los requerimientos defensoriales, cumplan con su deber y efectivamente tomen la iniciativa de remediar el acto que afectó los derechos de la persona o de la comunidad y busquen imponer la sanción que corresponda a quien lo cometió. El deber del Defensor del Pueblo es abrir surcos, señalar el camino y persuadir a la autoridad competente a que lo siga en el respeto a los derechos humanos y a la legalidad democrática que sustenta el Estado de derecho. Su eficacia se sustenta en el "autoricta!" o el valor que emana del respeto socialmente aceptado, de la confianza en el saber y en el sustento jurídico y ético de la causa que se defiende, o de la legitimidad de quien se pronuncia autónomamente. Así, el Ombudsman actúa como una permanente voz de la conciencia jurídica y democrática que acerque el ejercicio del poder al interés y al derecho de la persona humana, cuya dignidad es el fin último de la sociedad y del Estado.

De aquí que exista en la institución del Ombudsman una orientación fundamentalmente destinada a resolver problemas, antes que a buscar responsables. Esto último constituye una competencia y preocupación de otros funcionarios del Estado como policías, fiscales o jueces.

La tentación de dotar a la Defensoría del Pueblo de facultades coercitivas para imponer los resultados de sus investigaciones, sugerida en algunas ocasiones aquí y en el extranjero, llevaría a desnaturalizar la función clásica del Ombudsman y a confundirla con cualquier otra institución del Estado que tiene facultades jurídicamente vinculantes. En este caso, no tendría sentido conservar la naturaleza irrevocable de las intervenciones del Defensor del Pueblo, ni la imposibilidad de discutir las en sede judicial alguna.

8. Reflexiones finales

'Ombudsman' ha sido traducido como "persona que da trámite" o "representante de otra persona"¹⁰¹⁷, lo que pone de manifiesto dos características esenciales de su naturaleza institucional: su responsabilidad en la protección de los derechos de las personas; y su labor mediadora entre los ciudadanos y la administración a la que le corresponde supervisar. Sobre este último aspecto cabe señalar que en tanto institución mediadora y sin poderes de coerción es incapaz de restituir por sí misma los derechos vulnerados o de imponer sentencias o sanciones a la administración.

Estas líneas dibujan una institución de control del poder comprometida con los derechos fundamentales que se ha insertado con matices especiales según los sistemas jurídicos y la realidad política y social en las que se le ha acogido.

Así, el modelo de Ombudsman sueco, previsto para advertir a la administración estatal de las irregularidades o desviaciones de su actuación ha tenido que responder en América Latina, además, a problemas que ponen en cuestión el Estado de derecho y la institucionalidad democrática en los países de la región. En tal sentido, la Defensoría del Pueblo del Perú ha combinado la intervención dirigida al funcionario que de forma individual desvía su actuación de los cauces legales y constitucionales, con el diseño de mecanismos de solución a problemas colectivos de trascendencia general que arriesgan la vigencia de la Estado democrático de derecho.

Así, a pesar de carecer de facultades coercitivas la Defensoría del Pueblo ha podido construir su legitimidad y la eficacia de su intervención, sobre la base de la autonomía de su actuación, a la atención de quejas que atañen a los derechos de cada ciudadano y ciudadana, a la búsqueda de remedios de alcance general, a la promoción de valores democráticos y a la ética del servicio a la ciudadanía a quien se debe y representa.

DOCTRINA

FAIREN GUILLÉN, Víctor. El Defensor del Pueblo. Tomo I. Parte General. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.

¹⁰¹⁷ FAIREN GUILLÉN, Víctor. El Defensor del Pucb/Q. Tomo 1, Parte general, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 33

CAPÍTULO XII

DE LA SEGURIDAD Y DE LA DEFENSA NACIONAL

Sistema de Defensa Nacional

Artículo 163

El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional.

La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 56 inc. 3), 118 inc. 14), 164 a 168;

D.Leg. 560: arts. 4 y 24;

C.P.: arts. 316, 317, 331, 332, 404;

Ley 23118: arts. 2, 6, 12;

Ley 24150: art 3;

Ley 27806: art 15;

D.Leg. 370:

art 21; Ley 27860;

D.Leg. 743: arts. 1 al 9, 10;

D.U.D.H.: art 28;

P.I.D.C.P.: art 2.1;

P.I.D.E.S.C.: art 2.1

Alberto Otárola Peñaranda

1. La seguridad y la Defensa Nacional

El Estado contemporáneo, cuya organización jurídica se modeló básicamente a lo largo del siglo XIX, perfeccionándose en el siglo XX tiene entre sus características principales el ser un Estado constitucional, encargado de la producción jurídica, el orden, la seguridad y la atención de los servicios básicos de la población. El Estado está dotado de poder y es uno y soberano, radicando en él la autoridad. Para el ejercicio de los fines y objetivos que le están encomendados, los órganos competentes dictan el Derecho, se gobiernan a través de la ley, se ejerce la coerción necesaria y se apela discrecionalmente a los aparatos con los que el Estado-Nación cuenta para que sus mandatos se cumplan, la autoridad se respete y la soberanía pueda ser defendida.

Esta es la concepción básica del Estado liberal; de conformidad con ella, el Estado y solo él tiene Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales. Ambas son aparatos del Estado y se encuentran subordinadas a quien ejerce la autoridad

de este por determinación de pueblo. La filosofía básica del Estado liberal ha figurado en todas las Constituciones peruanas. La de 1993 no es la excepción. Así, el artículo 45 dispone: "El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen". En su segundo párrafo, el citado artículo añade: "Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición". Aun cuando la sola referencia a las fuerzas con armas resulta poco técnico, este principio constitucional puede ser resumido de la siguiente manera: Nadie dentro del Estado puede invocar autonomía, proclamarse autoridad propia o desconocer que la única fuente del poder estatal es el pueblo.

El Estado ejerce su autoridad dentro de un marco jurídico preestablecido. El Leviatán descrito por Hobbes no existe en una democracia constitucional; el ejercicio razonado de la libertad lo impide, y se expresa en la Constitución. Maurice Duverger sostiene que esta es una técnica que persigue limitar el poder, proteger los derechos ciudadanos y evitar el abuso de autoridad. La Constitución es la regla que concilia el poder con la libertad. Quien se pone al margen o por encima de ella, niega esta gran construcción de la inteligencia humana, que es la más alta expresión de convivencia pacífica, orden acordado y civilización.

La pretensión de un poder armado -cualquiera que él sea- de actuar ejerciendo presión a base de su capacidad intimidatoria para capturar el Estado o influir en el proceso de toma legítima de decisiones, es una irracionalidad absoluta que ningún pueblo puede admitir sin sacrificar su libertad y los derechos que le protegen. El Estado constitucional no tolera este extremo, y por elemental universalidad de las normas que estructuran el sistema jurídico, impide que se pueda invocar norma propia o estatuto particular para escapar o sobreponerse al imperio de la ley.

Esta primacía y exclusividad de la Constitución y de las leyes, tan magistralmente expuesta por Hans Kelsen, es uno de los principios incorporados al Derecho Constitucional peruano. La Constitución de 1993, siguiendo la línea de su predecesora, lo consagra en el artículo 51: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".

En aplicación de este precepto, debemos señalar que ninguna institución puede convertirse en un fuero propio y con derecho protegido. Cualquier reglamento particular no puede ser invocado contra la Constitución. Cuando ello sucede, el gobierno constitucional pierde fuerza y autoridad y cede ante las tentaciones autoritarias. Al respecto, el profesor italiano Giuseppe de Vergonttini con mucha razón opina que "(...) dado que la intervención militar se hace por lo general fuera o contra las reglas constitucionales, y puesto que una vez inmiscuidos, los gobiernos militares ejercen su función fuera de los principios y procedimientos que se identifican, generalmente con los propios de

los ordenamientos democráticos, se afirma que los ordenamientos caracterizados por la función activa de los militares son autoritarios"¹⁰¹⁸.

En ese sentido, se debe tener claro que las instituciones militares son entidades estatales, organizadas de acuerdo con la ley y sometidas a la Constitución. Reclamar la naturaleza castrense para establecer reglamentos militares opuestos a las normas constitucionales es simplemente inaceptable. La Constitución manda y civiles y militares tienen la misma obligación de someterse a sus mandatos. Es absolutamente concluyente que las normas, códigos, reglamentos y ordenanzas militares están inexorablemente subordinadas a la Constitución. Por lo tanto, las autoridades militares, y sus organismos tienen que ajustar su conducta, organización y atribuciones a lo que dispongan la Constitución y las leyes.

Al respecto, el profesor Germán Bidart Campos escribe que "(...) si una razón hubiéramos de dar para propiciar la separación entre poder militar y poder civil, y para fundar la negativa a que las fuerzas armadas ocupen a título propio el poder del Estado, volveríamos a la noción del poder político como poder 'total' ('de' y 'para' toda la sociedad), que no se compadece con su ocupación y ejercicio por un 'poder' (el militar) que es sectorial y que, marginando la participación social en la designación de los gobernantes, asume por sí y para sí las funciones estatales"¹⁰¹⁹.

Desde esta perspectiva, no debe quedar duda sobre la relación intrínseca que debe existir entre la vigencia y consolidación del Estado de Derecho con el control civil de las Fuerzas Armadas. Estas últimas son un componente importante del sistema y deben supeditarse a las reglas de la democracia, las cuales implican, desde luego, el acatamiento de las órdenes y políticas emanadas del poder constituido. Ya desde la década de los sesenta Samuel Huntington desarrolló esta teoría, en virtud de la cual una de las condiciones para legitimar el profesionalismo militar es la subordinación al poder civil. El autor citado es categórico con este concepto: "El control civil objetivo alcanza su fin militarizando a los militares, haciendo de ellos un instrumento del Estado"¹⁰²⁰.

En el caso peruano, la claridad de varios de nuestros textos constitucionales en lo que respecta al pleno sometimiento de los institutos militares y policiales a la legalidad democrática, haría innecesario mayores comentarios sobre la materia; sin embargo, parte de nuestra historia republicana contradice estos principios.

¹⁰¹⁸ DE VERGOITINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale comparato*. 4ª edizione, Cedam, Padova, 1993, pp. 296-297.

¹⁰¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán. El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina. En: "Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica" (Libro Homenaje a Domingo García Belaunde). Editorial Grijley, Lima, 1997, p. 39.

¹⁰²⁰ HUNTINGTON, Samuel. *El soldado y el Estado*. Círculo Militar, Biblioteca del Oficial, Buenos Aires, 1964, p. 486

El Capítulo XII, Título IV de la Constitución peruana, con todos sus aciertos y errores, propende a limitar el poder de las armas, es decir, a constitucionalizar la misión de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. No debemos olvidar que han transcurrido veintidós años desde la promulgación de la Constitución de 1979 y ocho desde la vigencia de la Carta de 1993, y que un aspecto medular es el referido al status quo de las Fuerzas Armadas en la Constitución. Un dato cierto es que nuestra Constitución histórica nos demuestra que, paulatinamente, se han ido ampliando en los textos fundamentales el rol, funciones y participación de las Fuerzas Armadas en la conducción del Estado.

A las primeras definiciones -quizá las mejores- provenientes de inicios de la República, que pese a la evidente influencia del militarismo libertador se circunscribieron a asignarle a las Fuerzas Armadas o "milicias" el rol primigenio que naturalmente les corresponde (defensa ante agresiones externas y cuidado del orden interno), las Cartas especialmente de fines del siglo XX ingresaron más bien a la ampliación de estos roles, lo cual ha generado, ciertamente, una gran confusión que no ha sido solucionada por las dos últimas Constituciones. ¿Ha sido adecuada y oportuna esta ampliación de roles?

Entendemos que no, pues no es tarea principal de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas del orden, por ejemplo, el "sostener la ejecución de las leyes", "participar en el desarrollo económico y social del país" (excepto las zonas de frontera) y, en general, cualquier otra misión que las aleje de su naturaleza estrictamente castrense y que sensiblemente se ha ido ampliando en nuestro constitucionalismo histórico. Desde esta perspectiva, entendemos que unas Fuerzas Armadas modernas deben contar con cuatro atribuciones bien definidas, que el proceso de reforma constitucional actualmente en curso debiera considerar:

a) Participar en las tareas de defensa nacional y en la elaboración de los planes de seguridad nacional. Esta ha sido su misión principal a lo largo de la historia. Sin embargo, esta asignación de funciones requiere de una precisión importante:

No ejerce el monopolio en su concepción y ejecución, pues será siempre el poder civil legítimamente instalado el que dará las pautas, directivas y orientaciones para el adecuado desempeño de este encargo.

Intervenir excepcionalmente en el control del orden interno, con las previsiones constitucionales necesarias y la intervención del Congreso de la República para autorizar tal asignación temporal de funciones. En este caso, se debe regresar a la fórmula original: la regla es que la Policía Nacional se encargue del orden interno y la excepción es la intervención de las Fuerzas Armadas en este tema.

Participar en las misiones de paz internacionales promovidas por las Naciones Unidas. Esta misión, aplicada en la práctica hace muchos años, se debe constitucionalizar, en el entendido que las Fuerzas Armadas y la propia política de seguridad hemisférica no pueden estar ajenas a los cambios y obligaciones que generan la globalización y el mantenimiento de la paz internacional.

Contribuir con la Defensa Civil, de acuerdo a ley. No debe escapar del análisis el papel fundamental que cumplen las Fuerzas Armadas, especialmente en situaciones de catástrofes naturales, debido al componente logístico del que disponen.

2. Exégesis al artículo 163

El artículo 163 tiene algunos antecedentes en nuestra Constitución histórica. Así por ejemplo, la Constitución de 1823 consignó una fórmula muy interesante, que podría inclusive ser considerada en la actualidad. Sostuvo que la defensa y seguridad de la República demandaba "una fuerza armada permanente", en tanto que las Constituciones de 1826 y 1828 no consignaron norma alguna sobre este aspecto.

La Constitución de 1834 contuvo un artículo indirecto en el que se prohibía el reclutamiento militar, salvo a través de autoridades civiles; tema que no fue regulado por las Cartas de 1856 y 1860.

La Constitución de 1867 sí incorporó un artículo indirecto en el que se prohibía el reclutamiento militar, salvo a través de autoridades civiles, situación que no se mantuvo en la Constitución de 1920.

Para la Constitución de 1933, todo peruano estaba obligado a contribuir a la defensa nacional y a someterse a las obligaciones militares.

La Constitución de 1979 tiene varias referencias sobre el tema. En primer lugar refiere que el Estado garantiza la seguridad de la nación mediante la Defensa Nacional, en la que debe participar toda persona. Asimismo consigna que la dirección, la preparación y el ejercicio de la defensa nacional se realizan a través de un sistema cuya organización y funciones determina la ley. Como veremos más adelante, esta concepción ha variado sustantivamente.

Como se puede apreciar en el artículo que comentamos, la Constitución de 1993 tiene una fórmula parecida. Los agregados son los siguientes: la "seguridad de la Nación" es garantizada por el Estado mediante un "sistema de Defensa Nacional" que es integral y permanente y en el que tienen la obligación de participar, además de las personas naturales, las personas jurídicas.

Recientemente ha sido expedida la Ley N° 28478, Ley del Sistema de Seguridad y Defensa Nacional, que define a este sistema como "(oo.) el conjunto interrelacionado de elementos del Estado cuyas funciones están orientadas a garantizar seguridad nacional, mediante la concepción, planeamiento, dirección, preparación y supervisión de la defensa nacional". Como se puede observar, esta norma incorpora el concepto de "seguridad", por lo que cabe plantearse si se condice o no con el mandato constitucional consignado en el artículo que comentamos. Sin embargo, y con cargo a recomendar la modificación de la Carta, estimamos adecuado este agregado, en tanto se fija como objetivo de todo el sistema, precisamente, la seguridad de

la Nación, para cuyo fin concurre la defensa nacional, como medio adecuado para ese objetivo.

Eduardo Toche lo precisa de la siguiente manera: "El objetivo de la defensa nacional es la seguridad nacional, definida como la capacidad o condición lograda por un Estado, al adoptar un conjunto de previsiones y acciones que tienden a fortalecer el poder nacional y evitar, eliminar o paliar vulnerabilidades, de manera de quedar en condiciones de enfrentar, con razonables posibilidades de éxito, amenazas y agresiones de origen interno y externo, que puedan afectar la consecución del objetivo nacional"¹⁰²¹.

Desde el punto de vista estrictamente teórico y teniendo ahora como perspectiva la seguridad de la Nación, el concepto de Defensa Nacional que emplea esta Constitución y su precedente proviene de una larga elaboración, que surge de los años cincuenta cuando se crea el Centro de Altos Estudios Militares (CAEM). La doctrina militar sobre Defensa Nacional desarrollada en el Perú con el CAEM, considera que el fin supremo del Estado es el bien común, al cual deben añadirse dos finalidades complementarias: la seguridad integral y el bienestar.

El bienestar pertenece al ámbito de la política y de la economía. Tiene como política propia la del desarrollo. La seguridad integral es definida como aquella situación en la que el Estado garantiza su existencia y la integridad de su patrimonio, así como su facultad de actuar con plena autonomía en el campo interno y libre de toda subordinación en el campo externo. Se logra mediante la defensa nacional.

El objetivo de la Defensa Nacional es la seguridad nacional. La Defensa Nacional es en esencia una política que conduce a la seguridad integral. Es una concepción predominantemente militar, aunque con contenidos políticos económicos y sociales que involucran a toda la sociedad civil. La seguridad, tal como ha sido definida en el ámbito castrense, tiene un alto componente de previsión del conflicto armado. No podía ser de otro modo, desde que la guerra y su prevención a través del poderío propio, es el objetivo de todas las Fuerzas Armadas del mundo moderno. En el pasado el objetivo pudo ser distinto, porque no se perseguía la paz mundial como una política sostenida y deseable y, probablemente, también porque la guerra no podía causar tanto daño como el que causa en la actualidad.

En la medida de que la guerra es integral, la Defensa Nacional dentro de esta concepción tendrá también que ser integral, es decir, abarcar a toda persona, tiempo y espacio, aunque la intensidad de la defensa aplicada, depende de la gravedad de las amenazas que puedan existir en un periodo determinado.

Para garantizar que esta política se diseñe, apruebe y ejecute, existe en el Perú como en buena parte de los demás países, un Sistema de Defensa Nacional, ahora denominado, como ya se puntualizó, Sistema de Seguridad Y

¹⁰²¹ TOCHE, Eduardo. Defendiendo al Estado. Aproximación a las ideas de defensa y seguridad en el Perú durante el siglo XX. En "Modernización democrática de las Fuerzas Armadas". Comisión Andina de Juristas, Lima, 2002, p. 12

Defensa Nacional, que es un conjunto de órganos, procedimientos, normas y políticas destinadas a lograr que todas las personas y recursos del país puedan estar disponibles para garantizar la seguridad, en las distintas fases de amenaza que puede sufrir: desde las más pacíficas hasta la guerra de largo aliento.

El contraste de este dispositivo constitucional con la realidad no ha sido el más feliz. Nótese como dato importante que, salvo la Constitución de 1823, ninguna de nuestras Cartas Fundamentales volvieron a tocar la relación entre Fuerzas Armadas y ciudadanía; he allí, entendemos, el origen del problema. En adición, debe tomarse en cuenta que casi todas las Constituciones peruanas han contenido una definición sobre la finalidad de las Fuerzas Armadas. Esta finalidad ha sido precisada básicamente en dos ámbitos: la seguridad exterior y, excepcionalmente, el orden interno.

Empero, ello no ha impedido que la doctrina sea crítica sobre los conceptos y contenidos asumidos respecto del rol de las Fuerzas Armadas, e inclusive sobre la propia significación de ciertas definiciones.

:Marcial Rubio precisa al respecto, analizando las relaciones que sobre la materia tienen las Cartas de 1979 y 1993, que equivocadamente ambas constituciones "(00) entremezclan en este capítulo las normas sobre seguridad integral y defensa nacional, con las reglas sobre la institucionalidad de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional". Agrega que "la seguridad integral y la defensa nacional son, respectivamente, un concepto y la política que lo sirve. En relación a ellos se movilizan el poder, la fuerza pública (...) y las personas en general. Así, seguridad integral y defensa nacional involucran a personas, instituciones, normas y acciones. La fuerza pública, por el contrario, está conformada por instituciones que tienen una determinada organicidad, entendiendo por ella una finalidad, una estructura funcional y unas reglas de conducta que las identifican"¹⁰²².

Inicialmente se amplió la competencia de las Fuerzas Armadas hacia un concepto de peligrosos alcances y que quizá explique -desde el punto de vista estrictamente constitucional- cierta justificación para las improntas militares y los golpes de Estado. Nos estamos refiriendo al encargo de "sostener la ejecución de las leyes".

Siete constituciones reflejaron esta competencia, incluso ampliada por la Carta de 1933 hacia "el cumplimiento de la Constitución". Esta tendencia fue modificada -acertadamente- recién por la Carta de 1979¹⁰²³.

¹⁰²² RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo V. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, p. 307

¹⁰²³ Sobre el particular, debemos citar un interesante trabajo sobre las relaciones entre civiles y militares en el Perú desde 1930 hasta el año 2000. La publicación de referencia, cuya autoría pertenece al historiador norteamericano Daniel Masterson, es de indispensable consulta porque se basa, como el propio autor lo precisa, en "(...) una extensa investigación llevada a cabo a lo largo de tres décadas, en archivos peruanos como norteamericanos, y a través de numerosas entrevistas con políticos y militares de ambos países (oo.)". En ella se pueden encontrar los signos vitales de una relación tensa, conflictiva y, sobre todo, un interesante estudio sobre una realidad que permaneció a veces negada en los textos pero presente en los hechos: las permanentes negociaciones políticas entre las Fuerzas Armadas, los gobiernos de turno y la sociedad civil. Cfr. MASTERSON, Daniel.

De otro lado, la Defensa y la Seguridad Nacional han sido temas que al inicio fueron naturalmente encargadas a las Fuerzas Armadas. Con la evolución de nuestras constituciones, el concepto se ha ido ampliando y abarcando a toda la sociedad. Otro elemento que marca cierta confusión ha estado caracterizado precisamente por el hecho de considerar, casi como lo mismo, a la defensa y a la seguridad nacional. Es bajo este último concepto que las Fuerzas Armadas se han movido en el escenario constitucional como las únicas instituciones que debían tratar lo relativo a la seguridad que requiere la nación; es decir, colocando a la seguridad como elemento intrínseco a las atribuciones de estas fuerzas, sin permitir siquiera que ello pudiera ser cuestionado, como de hecho creemos que debe ser cuestionado, pues la seguridad nacional es más bien una obligación ciudadana y no una cuestión estrictamente castrense, identificada muchas veces como una mal entendida tutela sobre el poder civil.

Igualmente, un elemento a tener en cuenta es el denominado "sistema" de defensa nacional, repetido por las dos últimas cartas con la intención de preparar y ejercer la defensa nacional bajo la jefatura del Presidente de la República. A veinte años del surgimiento de este "sistema" podemos concluir preliminarmente que el modelo no ha funcionado, aun cuando la nueva Ley del Sistema de Seguridad y Defensa Nacional, cuya aplicación -debido a su reciente publicación- aún no puede ser evaluada, tenga mejores precisiones respecto de su precedente; una de las más importantes, por ejemplo, es la obligación recaída en el Consejo de Seguridad Nacional, que se debe reunir de manera ordinaria una vez cada tres meses y de manera extraordinaria cuando sea convocado por el Presidente de la República.

Parte del problema, independientemente de la vigencia de las normas sobre la materia, está en la propia concepción de lo que se entiende por seguridad. Obviamente una agresión externa o la presencia de la subversión armada es un problema de seguridad que debe ser encarado por el Estado con la participación de las Fuerzas Armadas. Pero desde la misma lógica ¿acaso no será un problema de seguridad la pobreza extrema, la tranquilidad ciudadana, el narcotráfico o la compra de empresas estratégicas por parte de empresas que tienen sede en países vecinos potencial e históricamente adversos a nuestros intereses? ¿Es que las Fuerzas Armadas tendrían que participar necesariamente en estos procesos o situaciones?

Poniendo ejemplos extremos queremos llamar la atención sobre lo confuso que puede ser el utilizar, así, genéricamente, el término seguridad y de incluirlo en un capítulo que debe versar sobre el rol constitucional de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

En un interesante trabajo, el grupo Agenda: Perú, ensaya una aproximación de lo que significaría la seguridad nacional. Sostiene al respecto que el concepto, aunque originariamente vinculado con la defensa frente a amenazas externas e internas relacionadas a conflictos violentos, ha ido adquiriendo una serie de nuevas facetas, como la seguridad económica, alimentaria, energética, financiera y ambiental "(...) particularmente debido a las nuevas formas de

vulnerabilidad asociadas a la emergencia de un contexto internacional cada vez más turbulento e incierto". Esta perspectiva refuerza la tesis expuesta. Como lo reafirma el documento citado, "(...) el diseño y puesta en práctica de políticas de seguridad eficaces requiere de la cooperación de una amplia gama de organizaciones de la sociedad civil, el sector privado y del Estado"¹⁰²⁴.

En la perspectiva descrita, lo que proponemos es que en el proceso de reforma constitucional en curso, se estudie la posibilidad de que la parte referida a la seguridad de la nación sea incorporada al capítulo referido a los derechos políticos y los deberes. Sería una forma de encargarle a los ciudadanos la tarea permanente y la obligación natural de participar en todos los asuntos que conciernan a la seguridad de la nación.

DOCTRINA

AGENDA PERÚ. Perú: Agenda y estrategia para el siglo XXI. Informe Final. Lima, noviembre, 2000; BIDART CAMPOS, Germán. El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina. En: "Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica" (Libro Homenaje a Domingo García Belaunde). Editorial Grijley, Lima, 1997; CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Militar. Tomo V, Editorial Claridad, Buenos Aires; DE VERGOTTINI, Giuseppe. Diritto Costituzionale comparato. 4ª edizione, Cedam, Padova, 1993; HUNTINGTON, Samuel. El soldado y el Estado. Círculo Militar, Biblioteca del Oficial, Buenos Aires, 1964; MASTERSON, Daniel. Fuerza Armada y sociedad en el Perú moderno:

un estudio sobre las relaciones civiles militares 1930-2000. Instituto de Estudios Políticos y Estratégicos, Lima, junio, 2001; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000; TaCHE, Eduardo. Defendiendo al Estado. Aproximación a las ideas de defensa y seguridad en el Perú durante el siglo XX. En "Modernización democrática de las Fuerzas Armadas". Comisión Andina de Juristas, Lima, 2002.

¹⁰²⁴ AGENDA PERÚ. Perú: Agenday estrategia para el siglo XXI. Informe Final. Lima, noviembre, 2000, p.272.

Dirección, preparación y ejercicio de la Defensa Nacional

Artículo 164

La dirección, la preparación y el ejercicio de la Defensa Nacional se realizan a través de un sistema cuya organización y cuyas funciones determina la ley. El Presidente de la República dirige el Sistema de Defensa Nacional. La ley determina los alcances y procedimientos de la movilización para los efectos de la defensa nacional.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 118 (incs. 4) y 14), 119 inc. 14), 137, 163 Y 165 a 168;
Ley 27479;
Ley 28101;
Ley 27860;
D.Leg. 440;
D.Leg. 441;
D.Leg. 743: arts. 10, 11 Y 12;
D.U.D.H.: arto 28;
P.I.D.C.P.: arto 2.1;
P.I.D.E.S.C.: arto 2.1

Alberto Otárola Peñaranda

El concepto Defensa Nacional proviene de una evolución teórica que en los escenarios castrenses era identificada como política de guerra, definida por el antiguo Diccionario Militar de Cabanellas de Torres como "(...) el plan de acción nacional y de amistades internacionales que cada país debe desarrollar para mantener la paz deseada o para llegar a las hostilidades en las condiciones más favorables para la obtención de la victoria"¹⁰²⁵. Como se puede observar, ya desde hace varias décadas se asociaba a este tipo de políticas con un plan de relaciones internacionales y con la capacidad de enfrentar un conflicto utilizando todos los medios posibles para un resultado exitoso.

Hoy en día la Defensa Nacional es esencialmente una política de Estado. Varios son los elementos que debe contener esta política; uno de ellos -quizá el principales la perspectiva estratégica que tiene el Estado de sus propias milicias. En ese sentido, resulta muy útil el estudio que impulsó en el año 2002 la Comisión para la reestructuración integral de las Fuerzas Armadas, que ensayó lo que quizá es la primera visión a futuro de estas instituciones y que -entendemos- debe servir para todo plan de modernización del Estado. Para la Comisión las Fuerzas Armadas deben ser "modernas, flexibles, eficientes y eficaces, regidas por valores éticos y morales propios de una democracia"¹⁰²⁶.

¹⁰²⁵ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Militar. Tomo V, Editorial Claridad, Buenos Aires, p. 280

¹⁰²⁶ Cfr. Informe final de la Comisión para la reestructuración integral de las Fuerzas Armadas, aprobado por Resolución Suprema N° 038-DE-SG, publicada el 9 de marzo de 2002. A esta visión se debe agregar la interoperatividad y el accionar conjunto, que consiste en la progresiva estandarización de los pertrechos militares para que en el futuro no se tengan problemas de abastecimiento y se cuente, en casos de conflicto, con un mando unificado que permita,

Otro elemento de suma importancia es la perspectiva geoestratégica del país, teniendo como base las fortalezas estratégicas del país, el perfeccionamiento de los mecanismos de fomento de la confianza con los Estados especialmente limítrofes y el trabajo conjunto con los organismos regionales y mundiales. El documento que contiene todo este análisis se denomina Libro Blanco y es un elemento indispensable para complementar la política de Defensa Nacional.

La Defensa Nacional tiene asimismo relación con todos sus recursos humanos y materiales. Por consiguiente, es un tema de decisión política del más alto nivel.

Requiere de leyes que le den un marco institucional y de procedimientos, y también de un conjunto de organismos que la hagan viable.

Por muchos años el Sistema de Defensa Nacional fue regulado por el Decreto Legislativo N° 743, que instaló un Comando Unificado y un Comando Operativo.

Bajo esta lógica -la lucha antisubversiva- el Sistema de Defensa Nacional estuvo presidido por el Presidente de la República e integrado por el Comando Unificado de Pacificación, el Consejo de Defensa Nacional, el Sistema de Inteligencia Nacional, el Ministerio de Defensa, el Sistema Nacional de Defensa Civil, la Secretaría de Defensa Nacional (hoy desactivada y absorbida por el Ministerio de Defensa) y los ministerios, organismos públicos y sus correspondientes oficinas de Defensa Nacional. ¿Fue útil este modelo? Creemos que no.

. En realidad, la organización prevista por la norma citada fue una ficción. El Sistema de Defensa Nacional, tal como estuvo concebido, nunca funcionó, ni como sistema ni como espacio estratégico de preparación de la Defensa Nacional. Así, uno de sus componentes, el Consejo de Defensa Nacional, se reunió tarde, mal y nunca.

Una de las pocas y últimas acciones fue la deliberación para la adquisición de las fragatas misileras tipo Lupo, en una reunión que duró media hora y en la que no se discutieron aspectos sustanciales de la Defensa Nacional.

Esta situación era insostenible y el Congreso se encargó de modificar el marco legislativo sobre la materia. En efecto, el antiguo esquema del denominado Sistema de Defensa Nacional ha sufrido variaciones importantes. Así, mediante Ley N° 28478, se establece un nuevo Sistema de Seguridad y Defensa Nacional. En el comentario al anterior artículo mencionamos la relación existente entre la política de defensa nacional y la finalidad u objetivo que es la Seguridad Nacional. Como agregado, creemos conveniente comentar algunos contenidos de esta norma, tan importante para el desarrollo legislativo del artículo constitucional que comentamos.

A la cabeza de este sistema se tiene, como órgano rector, al denominado Consejo de Seguridad Nacional, el mismo que está conformado por el Presidente de la República, el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Relaciones Exteriores, el Ministro de Interior, el Ministro de Defensa, el Ministro de Economía y Finanzas, el Ministro de Justicia, el Jefe del Comando

además, la aplicación de métodos y tácticas únicos

Conjunto de las Fuerzas Armadas y el Presidente del Consejo Nacional de Inteligencia. Como se puede observar, estamos frente a un avance muy importante con relación al ya superado Decreto Legislativo N° 743, que era muy parco en sus contenidos, confuso y escasamente comprometido con la sistematización de la Defensa Nacional desde los altos órganos del Estado.

Pese a estos notorios avances, el anotado Consejo de Seguridad Nacional instalado con la nueva ley se trata en la práctica, de un Consejo del Poder Ejecutivo, cuando lo más conveniente hubiese sido integrar a este órgano de tanta importancia, por lo menos, al Presidente del Congreso de la República y al Presidente de la Comisión de Defensa del Parlamento. Si se trata de un Sistema y si se sostiene que la política de Seguridad y Defensa Nacional es una política de Estado, entonces no se entiende la exclusión de un poder del Estado tan comprometido y tan directamente relacionado, por ejemplo, con la aprobación de las normas que requiere el Sistema o con la asignación de fondos que por efectos del artículo 170 de la Constitución deben debatirse obligatoriamente para satisfacer los requerimientos logísticos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

El Sistema al que se refiere la Constitución -al que en una reforma constitucional habrá que agregarle, entre otras modificaciones, el término seguridad- tiene las siguientes notas distintivas:

Debe dirigir la Defensa Nacional, es decir, conducirla con decisiones y supervisión que lleven al logro más cabal de la seguridad integral de la Nación.

Debe preparar la Defensa Nacional, es decir, tomar las decisiones que conduzcan a que el país esté debidamente organizado, en posesión de los instrumentos y técnicas requeridos, así como apercebido de sus deberes y derechos, y de las acciones que se prevé tendrá que tomar, en las diversas fases y circunstancias que enfrente la Defensa para lograr la seguridad.

Debe ejercitar la Defensa Nacional, es decir, ejecutar las decisiones que se tomen según se ha visto en los párrafos anteriores.

En consonancia con lo anterior, entendemos que, independientemente de las recientes modificaciones legales que han significado un avance objetivo, se podría abrir un debate acerca de la conversión integral del Consejo de Seguridad y Defensa Nacional en una instancia de rango constitucional y que tenga como función fundamental garantizar el control democrático sobre las Fuerzas Armadas y suplir a toda una concepción de defensa que le ha querido encargar este rol a un Sistema y a algunos organismos controlados básicamente por el estamento militar, que a su vez no han podido diseñar una política integral y participativa de Defensa Nacional.

En adición a lo sostenido, entendemos que se debe establecer como una obligación intrínseca de la ciudadanía la finalidad de contribuir, con las Fuerzas Armadas del Estado, a garantizar la soberanía de la República. Un aspecto adicional a tener en cuenta es que todo lo concerniente a la planificación estratégica de la Defensa pase a ser dirigido por el Consejo de Defensa y

Seguridad Nacional, dejándole al Ministerio de Defensa las tareas propias de la planificación administrativa, control presupuestario, asignación de funciones, estandarización logística y el reclutamiento, formación, composición y equipamiento de las Fuerzas Armadas.

Creemos que la nueva Ley del Sistema de Seguridad y Defensa Nacional debe ser reglamentada, en el sentido de incorporar a su seno a aquellos funcionarios con responsabilidad política, de tal forma que sería el Consejo quien convoque a los jefes militares y a otros asesores para examinar cuestiones puntuales de su gestión, mas no para integrarse como miembros plenos, excepto la presencia necesaria del jefe del Comando Conjunto. De igual modo, el desarrollo reglamentario podría contemplar la instalación de un Consejo Consultivo, compuesto por personalidades vinculadas con la sociedad civil, con reconocida trayectoria democrática y conocimiento del tema.

El Consejo debe tener competencia para el diseño e implementación de una política institucional de largo plazo de las Fuerzas Armadas, lo cual implica la revisión de contenidos, el replanteamiento de objetivos, la "reingeniería" institucional de estas Fuerzas, y el diseño de políticas referidas a la seguridad y defensa nacional, con la convocatoria de los sectores involucrados.

La parte final del artículo constitucional que comentamos se refiere a la movilización para la Defensa Nacional. Desde el punto de vista estrictamente militar, la movilización implica un conjunto de disposiciones y previsiones para que un país se pueda defender frente a una determinada agresión o, eventualmente, pueda propiciar la iniciativa militar. Por lo general, la medida inmediata consiste en la convocatoria o llamamiento a filas de los reservistas para aumentar los efectivos militares. Como ya se ha sostenido, se moviliza por una invasión súbita, por la inminencia de un conflicto armado y también para inducirlo con fines de intimidación, generalmente en resguardo de la integridad territorial.

La movilización debe ser declarada como tal por el poder político y asignársele todos los recursos humanos y materiales que pueden ser dispuestos para la Defensa Nacional. En el ámbito de los recursos humanos, como ya se dijo, se puede convocar a los reservistas -todo peruano mayor de 18 años lo es- y en el aspecto material se pueden hacer, por ejemplo, incautaciones de bienes, especialmente en zonas de frontera, que reconocidos por el Estado con una compensación, servirán para posicionar mejor una estrategia de defensa; una y otra cosa no son habituales, pero son situaciones que pueden darse en casos calificados en que la Defensa Nacional debe operar extremando su eficiencia. Actualmente está en vigencia la Ley N° 28101, Ley de Movilización Nacional, que contiene algunos aportes interesantes sobre la participación de las Fuerzas Armadas en un asunto que en realidad compete a toda la Nación.

DOCTRINA

AGENDA PERÚ. Perú: Agenda y estrategia para el siglo XXI. Informe Final. Lima, noviembre, 2000; BIDART CAMPOS, Germán. El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina. En: "Jurisdicción militar y Constitución en

Iberoamérica" (Libro Homenaje a Domingo García Belaunde). Editorial Grijley, Lima, 1997; CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Militar. Tomo V, Editorial Claridad, Buenos Aires; DE VERGOTTINI, Giuseppe. Diritto Costituzionale comparato. 4ª edición, Cedam, Padova, 1993; HUNTINGTON, Samuel. El soldado y el Estado. Círculo Militar, Biblioteca del Oficial, Buenos Aires, 1964; MASTERSON, Daniel. Fuerza Armada y sociedad en el Perú moderno:

un estudio sobre las relaciones civiles militares 1930-2000. Instituto de Estudios Políticos y Estratégicos, Lima, junio, 2001; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000; TOCHE, Eduardo. Defendiendo al Estado. Aproximación a las ideas de defensa y seguridad en el Perú durante el siglo XX. En "Modernización democrática de las Fuerzas Armadas". Comisión Andina de Juristas, Lima, 2002.

Fuerzas Armadas

Artículo 165

Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República.

Asumen el control del orden interno de conformidad con el artículo 137 de la Constitución.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 44,46, 124, 137, 163, 164, 166 a 168 y 186;

C.P.; arto 425 ine 5);

L.O.M.P.: arto 8;

D.Leg. 440: arto 4;

D.Leg. 743: arts.

25 al 29, 35 Y 40;

C.A.D.H.: arto 27;

P.I.D.C.P.: arts. 4 y 5.1;

C.I.C.C.: arto 2

Daniel Soria Luján

1. El divorcio entre las aspiraciones del constituyente y la realidad política

A lo largo de nuestra historia constitucional advertimos el interés de los constituyentes por establecer un título especial dedicado a las Fuerzas Armadas, con la finalidad de perillar su organización y, sobre todo, establecer límites a su ejercicio.

Lamentablemente, estos títulos de los textos constitucionales han colisionado permanentemente con la realidad política peruana.

En efecto, durante nuestra vida republicana se han sucedido diversos gobiernos militares, que por tal característica han sido gobiernos de facto. Al respecto, podemos mencionar el conocido esquema de Jorge Basadre relativo a los ciclos militaristas que ha vivido el Perú hasta [mes de la década de los años 70 del siglo xx, que se inicia con los militares victoriosos de la guerra de independencia que toman el poder en diversas oportunidades durante los dos primeros tercios del siglo XIX (primer militarismo), continuando con los regímenes castrenses producto de la ruina nacional que trajo la derrota de la Guerra del Pacífico (segundo militarismo, 1883-1895), y concluyendo con el tercer militarismo en dos fases: la primera dividida en dos periodos que van de 1930 a 1939 (gobiernos de Luis M. Sánchez Cerro y Óscar R. Benavides) y de 1948 a 1956 (gobierno de Manuel A. Odría), y la segunda, con otras características, de 1962 a 1963 Junta Militar presidida por Ricardo Pérez Godoy y luego por Nicolás Lindley) y de 1968 a 1980 (Gobierno Revolucionario

de la Fuerza Armada dirigido por Juan Velasco y luego por Francisco Morales Bermúdez¹⁰²⁷.

No obstante, desde nuestro punto de vista, a partir del golpe militar de 1962 nace un cuarto militarismo, caracterizado por una intervención institucional y no caudillista de las Fuerzas Armadas¹⁰²⁸, y por la implementación de reformas sociales.

Finalmente, se produjo un quinto militarismo con el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional (1992), que en los hechos se postergó hasta la caída de Alberto Fujimori en el año 2000, compuesto por una cúpula militar corrupta, un militarismo de la corrupción.

Por otra parte, durante las décadas de los años 80 y 90 del siglo pasado, conforme con lo señalado en las conclusiones generales del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación:

"(...) en ciertos lugares y momentos del conflicto [interno contra la subversión] la actuación de los miembros de las FF.AA. no solo involucró algunos excesos individuales de oficiales o personal de tropa, sino también prácticas generalizadas y/o sistemáticas de violaciones de derechos humanos, que constituyen crímenes de lesa humanidad así como transgresiones de normas del Derecho Internacional Humanitario" (Conclusión N° 55)¹⁰²⁹

Por lo expuesto podemos afirmar que, en nuestro país, la debida actuación de las Fuerzas Armadas no descansa solo en el texto de la norma fundamental. Es necesario también que el Gobierno y los grupos políticos no renuncien a su responsabilidad en la dirección de los temas de seguridad y defensa nacional¹⁰³⁰, y que la sociedad civil no vea a los militares como un estamento que debe pronunciarse políticamente en los periodos de crisis social e institucional, en ocasiones reemplazando a los malos gobernantes aunque hayan sido democráticamente elegidos.

2. Finalidad constitucional de las Fuerzas Armadas:

¹⁰²⁷ Cfr. BASADRE, Jorge. Historia de la República del Perú Volumen X. 7ª edición. Universitaria, Lima, 1983, p. 63

¹⁰²⁸ Cfr. CONTRERAS, Carlos y CUETO, Marcos. Historia del Perú contemporáneo. Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú. Lima, 1999, pp. 255, 263 Y 275. Los autores señalan que Velasco asumió ulteriormente poderes dictatoriales, motivo por el cual en 1975 un grupo de militares lo retiraron del poder ya que reclamaban una conducción "más institucional y menos personalizada del gobierno".

¹⁰²⁹ Cabe señalar que la Comisión de la Verdad y Reconciliación considera que el grupo terrorista Sendero Luminoso "fue el principal perpetrador de crímenes y violaciones de los derechos humanos" (Conclusión N° 13).

¹⁰³⁰ De acuerdo con lo señalado por el filósofo Cica Alegría Varona, muchas democracias latinoamericanas han delegado a las Fuerzas Armadas la responsabilidad de velar por los factores más amplios de la continuidad del Estado (por ejemplo el control territorial, la defensa, la seguridad, la paz, etc.), evidenciándose una "claudicación habitual de los políticos a su responsabilidad como representantes del pueblo soberano". Cfr. ALEGRÍA VARONA, Cica. Política militar y responsabilidad estratégica en el Perú. En: OTÁROLA, Alberto (director de la investigación). "Modernización democrática de las Fuerzas Armadas" (Serie: Democracia N° 6). Comisión Andina de Juristas. Lima, 2002, p. 158.

garantizar la seguridad nacional¹⁰³¹

La finalidad constitucional de garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República está relacionada con el bien público de la seguridad nacional. Este término jurídico es amplio y de contornos poco precisos, por lo que en el pasado ha sido irrazonable y desproporcionadamente ampliado hacia ámbitos ajenos a la misión constitucional de las Fuerzas Armadas. Es por ello que resulta necesaria una delimitación conceptual.

Desde un punto de vista abstracto, el término "seguridad" hace referencia a la ausencia de situaciones de riesgo o amenaza. A decir de la Comisión Andina de Juristas, la seguridad es "el margen de protección que una determinada persona, grupo o entidad tiene frente a amenazas o riesgos de diverso tipo, sean imaginarios o reales, naturales o sociales"¹⁰³².

Dependiendo de la magnitud del riesgo o amenaza que causen un perjuicio, podría hablarse en concreto de seguridad nacional o seguridad ciudadana. Así, la seguridad nacional implica la ausencia de situaciones que afecten gravemente la estabilidad institucional del Estado y, por ende, de la sociedad en su conjunto. Tradicionalmente, dichas situaciones de afectación están relacionadas con la amenaza de guerra con otros países. Posteriormente, con el surgimiento de movimientos revolucionarios o terroristas de gran envergadura, cuyo objetivo ideológico consistía en destruir el Estado para crear un nuevo orden político y social, se entendió que esta amenaza interna también podía afectar la seguridad nacional.

Por su parte, la seguridad ciudadana, también denominada orden interno u orden público, hace referencia a un estado de ausencia de afectaciones o amenazas a los derechos fundamentales de las personas. Sobre el particular, como afirma el autor español Tomás de Domingo, el orden público está intrínsecamente ligado a preservar la convivencia pacífica de las personas, de tal manera que puede definirse como 'aquel orden social que permite una vigencia efectiva de los derechos fundamentales'¹⁰³³.

No obstante la distinción efectuada, cabe preguntarse si las afectaciones a la seguridad nacional constituyen también -en última instancia- afectaciones a los derechos fundamentales. La respuesta es afirmativa. Una situación de fuerza que amenace la existencia misma del Estado terminaría vulnerando los derechos de las personas, ya que justamente el Estado es el garante más importante de estos derechos, conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos. Por el contrario, la seguridad nacional sería un concepto ajeno a los valores constitucionales si no se la entiende como un bien público que garantice la vigencia efectiva de los referidos derechos. Más aún si estos y

¹⁰³¹ En esta parte reproducimos parcialmente las ideas plasmadas en nuestro artículo titulado: La armonización entre la seguridad nacional y los derechos fundamentales en un Estado Democrático de Derecho: el caso del acceso a la información pública, publicado en OT ÁROLA, Alberto (director de la investigación) ob. cit. pp. 131-152

¹⁰³² COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Seguridad Ciudadana: Cambios necesarios. CAJ, Lima, 1999, p.21.

¹⁰³³ DE DOMINGO PÉREZ, Tomás. ¿Conflictos entre derechos fundamentales? Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 225

el Estado Constitucional constituyen un binomio indivisible, de tal modo que "el disfrute del contenido esencial de los derechos fundamentales es la condición esencial para la subsistencia del Estado Democrático de Derecho"¹⁰³⁴.

En consecuencia, la seguridad nacional y la seguridad ciudadana tienen el objetivo común de repeler las vulneraciones o amenazas a los derechos fundamentales de las personas. La distinción entre ambas radica en que la primera enfrenta situaciones gravosas que pueden desestabilizar las bases mismas del Estado y del sistema democrático; y la segunda trata de neutralizar acciones que afectan los derechos de las personas, pero con tales acciones no se pretende derribar el orden político y social establecido.

Sobre esta distinción conceptual, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente¹⁰³⁵:

"El concepto de seguridad nacional no debe confundirse con el de seguridad ciudadana. Aquella implica un peligro grave para la integridad territorial, para el Estado de Derecho, para el orden constitucional establecido: es la violencia contra el Estado y afecta los cimientos del sistema democrático (.. .)".

Por otra parte, para el Supremo Intérprete de la Constitución:

"La seguridad ciudadana normalmente preserva la paz, la tranquilidad y la seguridad de los ciudadanos, sin mediar el factor político y/o el trasfondo ideológico en su vulneración. Quien delinque contra la seguridad ciudadana, no se propone derrocar o amenazar al régimen político constitucionalmente establecido, a fin de imponer uno distinto o una distinta ideología".

Luego de precisar tales conceptos, el Tribunal analiza un supuesto en el cual el Poder Ejecutivo invocó la seguridad nacional para establecer penas severas por la comisión de algunos delitos comunes, tipificando a través del Decreto Legislativo N° 895 el delito de "terrorismo especial". Con esta denominación se hizo referencia a los delitos comunes cometidos por bandas que utilizan armas de guerra y explosivos. Con relación a este caso, el máximo órgano de justicia constitucional llegó a la siguiente conclusión:

"La necesidad comprensible, real y legítima de combatir la delincuencia común organizada en bandas armadas responde, más bien, al objetivo de preservar el orden interno o la seguridad ciudadana, que a la finalidad de proteger el Estado de Derecho, el régimen constitucional o la integridad territorial; es decir, al bien jurídico de la seguridad nacional. La delincuencia común, aun organizada en bandas armadas, carece de la motivación político-ideológica que es elemento constitutivo del delito de terrorismo que atenta contra la seguridad nacional".

¹⁰³⁴ ROLLA, Giancado. Derechos fundamentales y Estado Democrático: el papel de lo justicia constitucional En:

"Revista Peruana de Derecho Constitucional", N° 2. Tribunal Constitucional, Lima, 2000, p. 15.

¹⁰³⁵ Expediente N° 005-2001-AI/TC. Las sentencias del Tribunal Constitucional pueden consultarse en su página web (www.tc.gob.pe).

Por ello, afirma el Tribunal que "en la persecución del terrorismo, el bien jurídico tutelado es el régimen político democrático definido por la Constitución, vale decir, la seguridad nacional". Sin embargo, agregaríamos a esta afirmación que la amenaza al Estado Democrático debe ser real ya que, por ejemplo, no se vería afectada;

da la seguridad nacional por parte de un grupo de delincuentes con escasa militancia, organización, presencia nacional y armamento, pero que tenga como ideología instaurar un sistema autoritario. En este caso, por el contrario, estaríamos ante una afectación a la seguridad ciudadana.

Finalmente, debe señalarse que en el mundo contemporáneo se presentan nuevas amenazas a la seguridad nacional de los países, distintas a las guerras entre estados, tales como el narcotráfico, el tráfico de armas, la posesión clandestina de dispositivos atómicos, el terrorismo o las migraciones ilegales, entre otras, caracterizadas por su globalización y transnacionalización. Ello ha llevado a afirmar que "la seguridad se ha transformado en un bien público internacional que exige un alto grado de compromiso de los Estados"¹⁰³⁶.

Estas nuevas amenazas, no obstante su internacionalización, no tienen las mismas dimensiones en todos los países. Por ejemplo, en algunos estados el terrorismo constituye una seria amenaza a la seguridad nacional y en otros es un asunto de seguridad ciudadana. Al respecto, el autor boliviano Juan Ramón Quintana señala lo siguiente:

"Uno de los desafíos más complejos que enfrenta la reconceptualización de la seguridad reside en determinar, no solo la dimensión de las amenazas, sino también la oportunidad y el umbral permisible para determinar el empleo de la fuerza militar.

En algunos casos, son amenazas que para unos países requieren únicamente el uso de la fuerza policial; en otros exigen la participación de las Fuerzas Armadas.

Lo que para unos Estados constituye una amenaza, como por ejemplo el narcotráfico, para otros se reduce a un problema de salud pública. Por lo tanto, el nuevo concepto deberá reconocer la diversidad no solo nacional sino también subregional a la hora de definir dicho concepto"¹⁰³⁷.

De esta manera, no solo la guerra exterior o la guerra interna pueden amenazar la seguridad nacional de un país (es decir, las bases del Estado Democrático), sino también otros factores de especial incidencia en la vida social y política. Por ello, es importante que el Estado defina claramente cuándo una amenaza afecta a la seguridad nacional y cuándo a la seguridad ciudadana. Esta distinción es sumamente relevante, ya que de ella dependerán cuestiones tales como el diseño de las políticas de defensa nacional, el rol de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, y la intensidad de las restricciones a

¹⁰³⁶ QUINTANA TABORGA, Juan Ramón. El proceso de institucionalización de la política de defensa en Bolivia. En: "Libros blancos de defensa. Concertación política y diseño estratégico comparado".

Ministerio de Defensa Nacional. La Paz, 2001, pp. 29 Y 31.

¹⁰³⁷ QUINTANA TABORGA, Juan Ramón. Ob. cit., pp. 32-33

los derechos fundamentales. Por el contrario, una delgada línea trazada entre la seguridad nacional y la seguridad ciudadana puede traer como consecuencia el abuso del poder estatal en perjuicio de los derechos de las personas.

3. El control del orden interno por parte de las Fuerzas Armadas

El artículo 165 tiene su antecedente en el artículo 275 de la Constitución de 1979 que señalaba en esencia lo mismo. Las Constituciones anteriores establecieron artículos casi similares respecto a la composición y finalidad de las Fuerzas Armadas¹⁰³⁸, aunque con un elemento que no se reitera desde la Carta de 1979, relativo a las Fuerzas Armadas como garantes del orden público interno. Dicha finalidad es encomendada expresamente, a partir del referido texto constitucional, a la Policía Nacional¹⁰³⁹. No obstante, los constituyentes de 1979 y 1993 creyeron oportuno que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno durante un estado de emergencia si así lo disponía el Presidente de la República¹⁰⁴⁰.

Esta función excepcional de las Fuerzas Armadas se regula en la Ley N° 24150, publicada el 7 de junio de 1985. La citada norma ha sido severamente cuestionada en la medida que otorgaba amplias competencias a las Fuerzas Armadas en las zonas declaradas en estado de excepción, lo que ha permitido la comisión de actos arbitrarios contra la población.

Para la Defensoría del Pueblo¹⁰⁴¹, la citada norma presenta aspectos claramente inconstitucionales:

Extiende la competencia de las Fuerzas Armadas más allá del control del orden interno, vulnerando los artículos 137 y 166 de la Constitución, al señalar, por ejemplo, que dicho control "comprende los diferentes campos de la actividad en que se desarrolla la Defensa Nacional".

La figura del Comando Político Militar es ajena al modelo constitucional de Fuerzas Armadas políticamente neutras y subordinadas a las autoridades civiles. En efecto, en la ley en cuestión estos comandos desarrollan verdaderas facultades gubernativas, como por ejemplo ejercer competencias propias de los gobiernos regionales o locales, entre otros aspectos.

Se fija la competencia de la jurisdicción militar apelando a los criterios del fuero personal y del lugar de la comisión del delito, contrarios al artículo 173 de la Constitución¹⁰⁴².

¹⁰³⁸ Por ejemplo, los artículos 118 y 119 de la Constitución de 1856; 119 Y 120 de la Constitución de 1860; 116 Y 117 de la Constitución de 1867; 143 Y 144 de la Constitución de 1920; y el artículo 213 de la Constitución de 1933, por mencionar solo los últimos 150 años aproximadamente.

¹⁰³⁹ Artículo 277 de la Constitución de 1979 y artículo 166 de la Constitución de 1993

¹⁰⁴⁰ Artículo 231 de la Constitución de 1979 y artículo 137 de la Constitución de 1993

¹⁰⁴¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Restricción de derechos en democracia. Supervisando el estado de emergencia. Informe Defensorial N° 76. Lima, 2003

¹⁰⁴² Ver nuestro comentario al artículo 173 de la Constitución

En el caso del estado de sitio, se establece una suerte de dictadura militar excepcional contraria a la Constitución, por ejemplo cuando la ley permite que el oficial que dirige el Comando Político Militar pueda adoptar acciones de gobierno y de control político administrativo.

Las críticas de la Defensoría del Pueblo a la citada ley se plasmaron en una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el cual la declaró fundada en parte en su sentencia recaída en el Expediente N° 0017-2003-AljTC, publicada el 24 de agosto de 2004.

Una futura ley que desarrolle el artículo 137 y la última parte del artículo 165 de la Constitución debe establecer, entre otros aspectos, que la intervención de las Fuerzas Armadas como garantes del orden interno durante un estado de excepción es, valga la redundancia, excepcional y temporal, y debe entenderse como una actividad de colaboración con la Policía Nacional y la autoridad civil, en la medida de que su capacidad operativa ha sido rebasada por acontecimientos que afectan el normal desarrollo de la sociedad. En esa dirección, los actos de restricción de derechos que ejecuten directamente los miembros de las Fuerzas Armadas deben respetar los parámetros de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Así por ejemplo, si un militar se ve obligado a detener a una persona ante la ausencia de la policía, el detenido debe ser puesto a disposición de la Policía Nacional de manera inmediata o en el término de la distancia, no pudiendo ser interrogado por un miembro de las Fuerzas Armadas ni recluido en un establecimiento militar.

Finalmente, cabe señalar que a través de la Ley N° 28222 publicada el 18 de mayo de 2004, se regula la posibilidad de que las Fuerzas Armadas colaboren en el mantenimiento del orden público, sin que medie un estado de excepción declarado, por "actos de terrorismo, actos de violencia consistentes en atentados, ataques armados a entidades públicas o privadas o servicios públicos en los que se utilicen armamentos de guerra o artefactos explosivos o cuando se descubran elementos suficientes de peligro real o inminente de su perpetración": a pedido de la autoridad política o policial, por un plazo no mayor de 30 días calendario, y solo en la medida de que dichos actos sobrepasen la capacidad operativa de la Policía Nacional. Si bien puede ser una regulación justificada por la realidad, debería tener cobertura constitucional, tal vez como un tercer tipo de estado de excepción, de menor intensidad que el estado de emergencia y el estado de sitio. Ello se fundamenta en que, para la Constitución, la intervención de las Fuerzas Armadas en el mantenimiento del orden interno no constituye una actividad relacionada con su misión constitucional primordial: el mantenimiento de la seguridad nacional. .

DOCTRINA

ALEGRÍA V ARANA, Ciro. Política militar y responsabilidad estratégica en el Perú.

En: Alberto Otárola (director de la investigación) "Modernización democrática de las Fuerzas Armadas". Comisión Andina de Juristas - CAJ, Lima, 2002; (Serie: Democracia N° 6); BASADRE, Jorge. Historia de la República del Perú.

Volumen X, Séptima edición, Universitaria, Lima, 1983; COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Seguridad ciudadana: cambios necesarios. Lima, CAI, 1999; CONTRERAS, Carlos y CUETO, Marcos. Historia del Perú contemporáneo. Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, Lima, 1999; DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Restricción de derechos en democracia. Supervisando el estado de emergencia. (Serie de Informes Defensoriales: Informe Defensorial N° 76). Defensoría del Pueblo, Lima, 2003; DE DOMINGO PÉREZ, Tomás. ¿Conflictos entre derechos fundamentales? Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001; QUINTANA T ABORGA, Juan Ramón. El proceso de institucionalización de la política de defensa en Bolivia. En "Libros blancos de defensa. Concertación política y diseño estratégico comparado". Ministerio de Defensa Nacional, La Paz, 2001; ROLLA, Giancarlo. Derechos fundamentales y Estado Democrático: el papel de la justicia constitucional. En "Revista Peruana de Derecho Constitucional". N° 2, Tribunal Constitucional, Lima, 2000.

Policía Nacional

Artículo 166

La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad.

Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 20), 34, 42, 44, 45,91 inc. 4), 118 inc 14),124,159 inc. 4), 167, 186, 195, 197;

C.p.; arts. 378, 404, 425 inc 5);

C. de P.P.: arts. 59 y ss.;

C.N.A.: art.<.;. 151 y ss.;

L.a.M.p.: arto 8;

Ley 27238: arts. 1 y ss.;

D.Leg.824: arts. 5 al 9;

D.U.D.H.: arto 28;

P.I.D.e.p.: arto 2.1;

P.I.D.E.S.e.: arto 2.1

Daniel Soria Luján

Esta norma tiene como antecedente al artículo 277 de la Constitución de 1979, que señalaba lo siguiente:

"La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno, debiendo prestar ayuda y protección a las personas ya la sociedad, garantizar el cumplimiento de las leyes, la seguridad de los patrimonios públicos y privados, prevenir y combatir la delincuencia, vigilar y controlar las fronteras nacionales.

Participa con las Fuerzas Armadas en la Defensa Nacional. Su organización y funciones se establecen en su respectiva ley orgánica"¹⁰⁴³.

Los textos constitucionales de 1979 y 1993 resaltan claramente que la Policía Nacional es un cuerpo de seguridad distinto e independiente de las Fuerzas Armadas, tanto por su naturaleza como por sus fines. Así, a los policías se les encomienda la preservación del orden interno y a los militares el mantenimiento de la seguridad nacional¹⁰⁴⁴. Por ello, la labor de la institución policial está

¹⁰⁴³ Texto de acuerdo con la reforma constitucional establecida por la Ley N° 24949 (1988). Con anterioridad a esta reforma, el artículo 277 de la Carta de 1979 hacía referencia a las "Fuerzas Policiales", conformadas por la Guardia Civil, la Policía de Investigaciones y la Guardia Republicana.

¹⁰⁴⁴ En tomo a la distinción entre ambos conceptos, ver nuestro comentario al artículo 165 de la Constitución de 1993

estrechamente vinculada con la protección de los derechos fundamentales de las personas, en la medida de que el orden interno implica la ausencia de situaciones de afectación o amenaza al ejercicio de tales derechos.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de definir el orden interno como "aquella situación de normalidad ciudadana que se acredita y mantiene dentro de un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos"¹⁰⁴⁵. De otro lado, señala que el orden interno es sinónimo de orden policial, y comprende tres aspectos: la seguridad ciudadana, la estabilidad de la organización política, y el resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales¹⁰⁴⁶.

Para cumplir con esta misión constitucional, la Policía Nacional cuenta con un conjunto de facultades señaladas en su ley orgánica¹⁰⁴⁷, como por ejemplo realizar registros de personas e inspecciones de domicilios, instalaciones y vehículos, naves, aeronaves y objetos; intervenir, citar y detener a las personas; etc. El ejercicio de estas facultades implica la restricción de algunos derechos de las personas, tales como la libertad individual, libertad de tránsito, inviolabilidad de domicilio, etc. Estos actos de restricción no pueden ser llevados a cabo a discreción de la autoridad policial, sino respetando los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

De manera singular, el ejercicio de la autoridad policial con la finalidad de garantizar, mantener y restablecer el orden interno, genera un conflicto permanente con la libertad individual, es decir, con la libertad física de movimiento y deambulación de las personas. Esta pugna, entre un derecho fundamental y una atribución pública al servicio de un interés de relevancia constitucional, ha sido decidida en una u otra dirección, muchas veces sin un equilibrio ponderado entre ambos.

Así por ejemplo, en el pasado, alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional interpretó que una detención efectuada por la Policía Nacional más allá de los supuestos del literal "f" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución (mandato judicial o flagrancia delictiva), tenía fundamento en la finalidad de preservación del orden interno establecida en el artículo 166 del referido texto constitucional. Esta interpretación, actualmente abandonada por el Supremo Intérprete de la Constitución, generó difusos límites al ejercicio de la libertad individual. Por otra parte, algunas personas consideran que las atribuciones constitucionales de la Policía Nacional, al ser ejercidas para restringir la libertad individual, solo están relacionadas con la citada norma constitucional que

¹⁰⁴⁵ Sentencia expedida en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 24150 (Expediente N° 0017-2003-AI/TC), Fundamento N° 4. La sentencia puede revisarse en la página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe).

¹⁰⁴⁶ Fundamentos 7 y 8 de la mencionada sentencia.

Ley N° 27238, Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, publicada el 22 de diciembre de 1999.

¹⁰⁴⁷ Conforme con la Segunda Disposición Final de la Ley N° 28078, publicada el 26 de setiembre de 2003, a partir de la vigencia de esta norma la referida ley orgánica se denominará "Ley de la Policía Nacional del Perú".

establece que nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. En tal medida, por ejemplo, se ha calificado como inconstitucionales las disposiciones del nuevo Código Procesal Penal¹⁰⁴⁸ relativas al control de la identidad policial (artículos 205 y 206). De manera especial se cuestiona la posibilidad de que la policía pueda conducir a una persona a la dependencia policial más cercana con fines de identificación, procedimiento que no podrá exceder de cuatro horas.

Sobre el particular, es importante mencionar que el Tribunal Constitucional, al analizar la validez del arresto simple y el arresto de rigor como medidas disciplinarias aplicadas al interior de la institución policial, ha establecido una distinción entre supuestos de detención y de restricción de la libertad personal, los primeros relacionados con el literal "f" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución y los segundos con el literal "b" de este artículo¹⁰⁴⁹. Esta última disposición señala que "no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley".

Con relación a la citada jurisprudencia, el Supremo Intérprete de la Constitución expresa lo siguiente:

"El problema es, por tanto, analizar si tal sanción constituye una violación del derecho reconocido en el ordinal 'f' del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, que prescribe que 'Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito'. Con dicho precepto constitucional, entre otras cosas, se garantiza que la detención de una persona, con excepción del supuesto de comisión de flagrante delito, se imponga con respeto del principio de jurisdiccionalidad, esto es, que sea dispuesto necesariamente por un juez competente.

. Cabe, no obstante, advertir que tal garantía de la libertad personal no se extiende a cualquier supuesto de restricción, sino que está directamente relacionada con la 'detención' de una persona, es decir, con medidas que supongan una privación de la libertad. Evidentemente, ese no es el caso ni del denominado arresto simple ni del denominado arresto de rigor, que más bien constituyen o implican una restricción de la libertad. Y para ambos, no es de aplicación el ordinal 'f' del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, sino su ordinal 'b', a tenor del cual 'No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley'.

Ello significa que, en la medida que el arresto simple o de rigor de los miembros de la Policía Nacional del Perú constituyan sanciones disciplinarias y se encuentren previstas en la ley, su imposición por un superior jerárquico no es, per se, inconstitucional. Y es que el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordenación de un órgano como la Policía Nacional, que se encuentra estructurado jerárquicamente, exige que medidas de esta naturaleza, en cuanto no impliquen privación de la libertad

¹⁰⁴⁸ Aprobado por Decreto Legislativo N° 957 publicado el 29 de julio de 2004

¹⁰⁴⁹ Sentencia recaída en el Expediente N° 20S0-2002-AA/TC

personal, deban ser entendidas como consustanciales con la naturaleza de la institución a la que pertenecen sus miembros".

El ejemplo descrito nos lleva a afirmar que las atribuciones de la Policía Nacional expresadas en el artículo 166 de la Constitución deben ser interpretadas de manera armónica con todas las disposiciones constitucionales con las que se relacione, especialmente con los derechos constitucionales que se vean restringidos con el ejercicio de tales atribuciones.

Finalmente, debe destacarse que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha establecido que para el cumplimiento del artículo 166 de la Constitución, la Policía Nacional requiere contar con "personal de conducta intachable y honorable en todos los actos de su vida pública que permita, no solo garantizar, entre otros, el cumplimiento de las leyes y la prevención, investigación y combate de la delincuencia, sino, también, mantener incólume el prestigio institucional y personal"¹⁰⁵⁰.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. S^a edición. Instituto Constitución y Sociedad. Lima, 1999; COSTA, Gino.

Comentarios a los Proyectos de Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú. En:

«Mecanismos de control democrático en el mantenimiento de la seguridad interior». Centro de Estudios de Desarrollo. Chile, 1998; DARGENT BOCANEGRA, Eduardo y RUIZ BALLON, Antonio. La Policía en el Perú: legislación y realidad. En: «Ius et Veritas» N° 15, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

¹⁰⁵⁰ Entre otras, puede revisarse la sentencia recaída en el Expediente N° 1354-2003-AA/TC.

Jefe supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional

Artículo 167

El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 98, 118 inc. 14), 23), 163 a 164 y 168;

Ley 27238: arto 7 inc. 9);

Ley 27594: arto 2;

D.U.D.H.: arto 21.3;

P.I.D.C.P.: arto 1.1;

P.I.D.E.S.C.: arto 1.1

Alberto Otárola Peñaranda

El rango de Jefe Supremo que tiene el Presidente de la República es de naturaleza esencialmente política y corresponde al principio de que el gobierno debe conducir a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, como a toda otra institución del Estado ubicada en el Poder Ejecutivo.

Si bien el Presidente de la República como Jefe de Gobierno dirige a toda la Administración Pública, a través de los ministros y jefes de organismos del Estado, en el caso de las instituciones castrenses y policiales esta conducción global no basta, porque están estructuradas jerárquicamente, bajo el principio de la disciplina y del acatamiento de la orden superior. Para ellas no es suficiente la conducción política global. Tiene que haber mando supremo para que dichas decisiones sean acatadas.

Por eso el Presidente de la República no solo las conduce sino que es su Jefe Supremo; en consecuencia, en la línea de mando y bajo el principio de disciplina, nadie desobedecerá las órdenes del Presidente dentro de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, bajo el apremio del delito de desobediencia. Debe apuntarse que según la tradición militar, el cargo de Jefe Supremo también implica el reconocimiento de honores exclusivos, como la presentación de las armas, el saludo de los altos mandos, el permiso para el inicio de ceremonias importantes y la guardia de honor.

Como lo recuerda María Antonieta Escalante, en este tema las constituciones peruanas tuvieron como referente la Constitución norteamericana de 1787. En ese texto se establecía la existencia de un ejército permanente, así como se encargaba el mando de las milicias de los Estados al Presidente de la República como Comandante en Jefe. En el caso del Perú, se estableció en principio la figura del ejército regular y paralelamente el sistema de milicias cívicas que no podían salir del límite de las circunscripciones provinciales. La figura del Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas aparece por primera vez en la Carta de 1828¹⁰⁵¹.

¹⁰⁵¹ ESCALANTE, María Antonieta. Las Fuerzas Armadas en la estructura del Estado peruano del siglo XIX.

El asunto en cuestión es que en la actualidad las Fuerzas Armadas tienen una cadena de mando establecida cuyo respeto es consustancial con la disciplina necesaria en una organización castrense. En contraste, al no existir normativa que establezca los principios según los cuales se ejerce la jefatura suprema, quedará a discreción del Presidente de turno el interpretada en una acción de naturaleza esencialmente política o el impartir órdenes en cualquier nivel sin tomar en cuenta la cadena de mando, generando con ello un efecto desinstitucionalizador.

Sostiene al respecto el doctor Enrique Bernales que sería deseable inclusive que se establecieran estos principios reguladores en una norma especializada y dentro del texto y espíritu del artículo siguiente de la Constitución, es decir del artículo 168, el cual indica que "Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional". Al respecto considera el autor citado que estas materias, al estar contenidas en normas legislativas y aplicarse según ellas, no quedarán al arbitrio de los mandos castrenses, ni siquiera al del Jefe Supremo¹⁰⁵².

Se debe recordar, sin embargo, que este vacío legal ha sido en parte cubierto por la Ley N° 27860, Ley del Ministerio de Defensa, publicada el 12 de noviembre de 2002, norma que intentó marcar el inicio de un proceso de reforma al interior de las Fuerzas Armadas¹⁰⁵³. Creemos importante puntualizar que dos son los antecedentes más importantes de esta ley. El primero de ellos, proveniente de la sociedad civil, es el Informe de la Comisión Especial del Colegio de Abogados de Lima, presentado el 31 de julio de 2001, que fue uno de los estudios más completos sobre la evolución constitucional de las Fuerzas Armadas en el Perú y que también fue el primer documento sistematizado que propuso una serie de reformas constitucionales y legales sobre la materia. Posteriormente, se constituyó una Comisión de Alto Nivel para la reestructuración Integral de las Fuerzas Armadas, cuyo informe final, muy importante también, fue hecho público a través de la Resolución Suprema N° 038-DEISG, publicada el 9 de marzo de 2002.

Con estos antecedentes y mandato específico, el Ministro de Defensa convocó a un Comité Especial al que le encargó la elaboración de la nueva Ley del Ministerio de Defensa. Ocho meses después, el 14 de mayo de 2002, el Poder Ejecutivo remitió al Congreso de la República, con carácter de urgente, el Proyecto de Ley Orgánica del Ministerio de Defensa, signado con el N° 2855j2001-CR, cuyo texto fue puesto a consideración de la Comisión de

En: "Pensamiento Constitucional". Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 201
¹⁰⁵² BERNALES, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Instituto Constitución y Sociedad. 3ª edición, Lima 1997, p. 734

¹⁰⁵³ Una interesante evaluación sobre el proceso de reforma del sector Defensa en el Perú se puede encontrar en TAMAYO, Ana María. Avances y retrocesos en la conducción democrática de la defensa en el Perú. En: "Los nudos de la Defensa. Enredos y desenredos para una política pública en democracia". Instituto de Defensa Legal. Serie Democracia y Fuerza Armada, Lima, 2005, pp. 173-189.

Defensa Nacional, Orden Interno e Inteligencia, para el dictamen correspondiente.

Con fecha 26 de junio de 2002, la referida Comisión presentó ante la Presidencia del Congreso el Dictamen del Proyecto de Ley referido, que fue aprobado por unanimidad por todos los grupos políticos. El debate en el Pleno fue postergado hasta el 10 de octubre del mismo año, fecha en la que fue aprobado el Proyecto de Ley y remitida la autógrafa para su promulgación por el Presidente de la República.

La firma de la Ley se efectivizó el 11 de noviembre y al día siguiente se publicó la misma con el N° 27860.

Una visión de conjunto de la nueva Ley del Ministerio de Defensa peruano conduce a afirmar dos ideas centrales. En primer lugar, se trata de una norma que, notoriamente, rompe todos los esquemas legislativos previos, pues coloca al poder civil como neto conductor de las Fuerzas Armadas y de todo el Sector Defensa. En segundo término, se pone a la vanguardia en América Latina respecto de la organización, funciones y alcances del Ministerio de Defensa, así como de las atribuciones del Ministro de Defensa.

En principio, un elemento nuevo salta a la vista: en la redacción de la ley se ha adoptado una forma más participativa y menos impositiva. En efecto, hoy en día ya no es posible subsumir al Sector Defensa en aquellas tareas estrictamente castrenses; antes bien, una moderna visión sobre sus roles hace necesario que participe en otras áreas, conjuntamente con las instituciones y organismos del Estado especializados, para lograr la optimización de las políticas del Estado. Nótese que en la norma publicada frecuentemente se utiliza la palabra participar, a diferencia de la anterior ley en la que se utilizan los términos garantizar, asegurar, entre otros, que denotan un tono ciertamente impositivo, absolutamente ajeno a los objetivos de un organismo del Estado.

El aporte fundamental en la conducción de las Fuerzas Armadas es el rol que se le encarga al Ministro de Defensa, pues establecida sin ninguna duda su autoridad en todo lo que concierne a la titularidad del cargo, el Ministro se convierte en el ejecutor de las políticas de Defensa Nacional, reforzando la autoridad constitucional del Presidente de la República. Un aspecto a puntualizar es que una de las funciones del Ministro es el establecimiento de objetivos y políticas de las Fuerzas Armadas en relación con la defensa y promoción de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario (artículo 7, inc. "e"). Esta es una de las inclusiones más importantes, si se tiene en cuenta que en las últimas décadas la sola mención al término "derechos humanos" era de casi imposible inclusión en cualquier norma de contenido militar.

En lo que respecta a la estructura orgánica del Ministerio de Defensa, la ley instala dos dependencias novedosas: el Viceministerio de Asuntos Administrativos y Económicos y el Viceministerio de Asuntos Logísticos y de Personal (artículos 8 y 9). En este punto quizá reside el aporte más importante de la norma para una siempre necesaria -aunque no exclusiva- presencia del sector civil en la gestión. Ello porque permite que independientemente del sector del que provengan los viceministros

-la ley en realidad faculta a que estos puedan ser civiles, militares o militares en retiro- se podrá contar con profesionales dedicados a tiempo completo a las tareas económico-financieras, por un lado, y de control logístico y de personal, por el otro.

De otro lado, una previsión importante es la composición de la Comisión Consultiva del Ministerio de Defensa. En ese sentido, la norma ha incorporado la posibilidad de que el Ministro de Defensa convoque a los especialistas civiles y militares, para recabar su opinión sobre diversos temas relacionados con la gestión, que servirán para ilustrar el criterio y las políticas de defensa del Estado.

La Ley N° 27860 define la naturaleza jurídica del :Ministerio de Defensa, entendiéndolo como un "órgano especializado del Poder Ejecutivo encargado de formular, ejecutar y supervisar la política de defensa nacional en el campo militar, así como de diseñar, planificar y coordinar la política de defensa nacional en los campos no militares" (artículo 3). Este artículo contiene una interesante innovación, pues coloca como responsabilidad del Ministerio de Defensa el diseño de la política de defensa nacional en los campos militares y no militares. Con este nuevo modelo se incorpora expresamente a este Ministerio a la Secretaría de Defensa Nacional, que ha sido ahora denominada Dirección Nacional de Política y Estrategia, y que es la encargada de "articular y dirigir las políticas de planeamiento estratégico integral de la Defensa Nacional y organizacional del sector" (artículo 24). Como se sabe, la hasta ahora denominada SEDENA era un órgano "flotante", ajeno al Ministerio de Defensa, que actuaba como Secretaría del Consejo de Defensa Nacional; hoy Consejo de Seguridad Nacional.

De igual modo, en el artículo 4 se precisan las funciones del Ministerio, adaptándolas a las políticas de modernización del Estado e incorporando nuevas fórmulas para una adecuada gestión: la formulación de políticas de defensa nacional, la interoperatividad de las Fuerzas Armadas, la participación de estas Fuerzas en las misiones de paz internacionales, la participación en las políticas de defensa regional y seguridad hemisférica, el planeamiento de la movilización nacional, entre otras.

A lo anterior se debe agregar un componente esencial, que precisamente busca llenar un vado inmenso en las relaciones civiles-militares: el fomento y estímulo de los estudios y trabajos académicos de interés para la Defensa del Estado (artículo 4, inc. i). La idea es buena, porque se sabe que el país carece de especialistas en temas militares, y el :Ministerio de Defensa tiene que enfrentar y asumir una realidad lamentable pero cierta. En adelante, se deberá convocar a los especialistas, universidades, ONGs y sociedad en su conjunto, para el debate, opinión y propuesta sobre las políticas de Defensa Nacional. Entendemos que de esta convocatoria dependerá, en gran medida, la configuración del Sector Defensa para los próximos veinte años, eliminando una perspectiva cortoplacista.

De igual modo se prevé que el Ministro asegure la implementación de mecanismos de transparencia y control en el gasto presupuestal y en las adquisiciones de las Fuerzas Armadas. Este solo párrafo, incluido en el artículo 7, inciso i) de la propuesta, marca un derrotero interesante y se aparta de concepciones anteriores, que indebidamente utilizaban el denominado "secreto militar" para ocultar a la población la información a que tiene derecho.

La nueva ley (artículo 5) plantea un diseño organizacional distinto, en el que el Despacho Ministerial tiene tres tipos de órganos: consultivos, de asesoramiento y de apoyo. Igualmente, se considera a la Secretaría General como la oficina de enlace entre los diversos organismos y de asistencia directa al Ministro de Defensa. Finalmente, se consigna a los órganos de línea, los órganos de control, los órganos de planeamiento, los órganos de ejecución (en los que se encuentran el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea), y finalmente los organismos públicos descentralizados y empresas del Sector.

El marco legal para el control democrático de las Fuerzas Armadas, existe. Habrá que preguntarse si la decisión política ha ido de la mano con la modernización legislativa.

DOCTRINA

BERNALES, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Instituto Constitución y Sociedad. 3ª edición, Lima 1997; ESCALANTE, María Antonieta. Las Fuerzas Armadas en la estructura del Estado peruano del siglo XIX. En: "Pensamiento Constitucional". Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995;

TAMAYO, Ana María. Avances y retrocesos en la conducción democrática de la defensa en el Perú. En: "Los nudos de la Defensa. Enredos y desenredos para una política pública en democracia". Instituto de Defensa Legal. Serie Democracia y Fuerza Armada, Lima, 2005.

Organización y funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional

Artículo 168

Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Las Fuerzas Armadas organizan sus reservas y disponen de ellas según las necesidades de la Defensa Nacional, de acuerdo a ley.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 44, 45, 163 a 165, 167 Y 169 a 175;

L.O.M.P.: arto 8;

Ley 27238: arts. 1 y ss.;

D.D.D.H.: arto 28;

P.I.D.C.P.: arto 2.1;

P.I.D.E.S.C.: arto 2.1

Daniel Soria Luján

Esta disposición tiene como antecedentes los artículos 274 y 276 de la Constitución de 1979. El primero señalaba que "las leyes y reglamentos respectivos regulan l la organización, funciones, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional", mientras que el segundo mencionaba que "las Fuerzas Armadas organizan sus reservas y disponen de ellas, según las necesidades de la Defensa Nacional y de acuerdo a ley".

En el capítulo de las Constituciones históricas dedicado a las Fuerzas Armadas será recurrente la existencia de una cláusula que señale expresamente que los aspectos relativos a su organización estarán normados en leyes y reglamentos militares.

Ciertamente que ello demuestra el interés de los constituyentes en precisar que los cuerpos armados al servicio de la República no son entes autónomos sino subordinados al poder civil a través del ordenamiento jurídico.

No obstante, en muchas oportunidades, militares y policías han utilizado la cláusula constitucional bajo comentario para fundamentar el contenido de sus reglamentos internos, aun cuando tales disposiciones colisionen con la Constitución y las leyes. Ello ha sucedido, por ejemplo, cuando han defendido el juzgamiento de civiles o militares retirados ante la jurisdicción militar, las levas de jóvenes, las sanciones disciplinarias o el uso desproporcionado de la fuerza amparado en un manual de operadores.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, con ocasión de un proceso de amparo en el cual se analizaron las sanciones disciplinarias aplicadas a un miembro de la Policía Nacional en atención a lo estipulado en el Reglamento del Régimen

Disciplinario de esa institución¹⁰⁵⁴, ha establecido los alcances del artículo 168 de la Constitución:

"Mediante dicha disposición, la Constitución ha establecido una reserva de ley para la regulación de todo lo que concierne a la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. Lo que quiere decir que la Constitución ha encomendado al legislador ordinario para que por medio de una ley ordinaria o una norma con rango de ley, que cuente necesariamente con alguna forma de intervención parlamentaria en su gestión (v. gr. a través del decreto legislativo) regule las materias a las que se ha hecho referencia.

El artículo 168 de la Constitución, por cierto, no solo alude a que mediante una ley se regulen las materias que ella señala. También menciona a los reglamentos respectivos. Sin embargo, tal alusión a los reglamentos no puede entenderse en el sentido de que estos tengan el mismo rango que las leyes para diseñar el ordenamiento jurídico de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.

A juicio del Tribunal, tal capacidad para regular, mediante reglamento, lo concerniente a la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de tales institutos armados, ha de ser *secum legem*; esto es, completando lo que en las leyes correspondientes se establezca".

De esta manera, el Tribunal aclara que los reglamentos militares y policiales, como toda norma en un Estado Democrático de Derecho, están sujetos al principio de constitucionalidad y de legalidad, es decir, que sus disposiciones no pueden contravenir la Constitución y las leyes.

En tal sentido, ningún miembro de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional está obligado a cumplir órdenes de sus superiores que contravengan el texto constitucional o el ordenamiento legal, aun cuando dichas órdenes hayan sido impartidas en ejecución de una norma reglamentaria institucional. Asimismo, los militares o policías que las hayan acatado no están exentos de las responsabilidades correspondientes, a pesar de haber actuado siguiendo órdenes superiores.

En esta dirección, por ejemplo, la vigente Ley de la Policía Nacional del Perú, Ley N° 27238¹⁰⁵⁵, establece como un derecho del personal policial "no cumplir órdenes que constituyan violación de la Constitución, de las leyes o de los reglamentos" (inciso 2 del artículo 36) y, en contrapartida, se consagra como obligación del referido personal "sujetar su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación, cumpliendo las órdenes de los

¹⁰⁵⁴ Sentencia del 16 de abril de 2003 recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, Fundamento 4. La sentencia puede consultarse en la página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe).

¹⁰⁵⁵ Cabe señalar que a través de la Ley N° 28338, publicada el 17 de agosto de 2004, se ha aprobado la Ley del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú. Originalmente denominada "Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú". Su denominación actual fue establecida por la Segunda Disposición Final de la Ley N° 28078, publicada el 26 de setiembre de 2003.

superiores en el tiempo, lugar y modo indicado, salvo lo previsto en el inciso 2 del artículo 36 de la presente ley" (inciso 2 del artículo 37).

Por otra parte, el Supremo Intérprete de la Constitución agrega además lo siguiente:

"En segundo lugar, cuando el artículo 168 de la Constitución refiere que la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, habrán de ser determinadas por 'las leyes y los reglamentos respectivos'; con ello se enfatiza que el ámbito de los institutos armados y el status jurídico de los profesionales de las armas debe ser objeto de una regulación particular, no en el sentido de conferir privilegios y otorgar inmunidades, sino para legislar asuntos propios de los institutos armados y policiales".

Con estas palabras, el Tribunal enfatiza que deben existir leyes y reglamentos que normen de manera singular los aspectos de la función pública militar y policial, en atención a la especialidad de la materia y no a las características personales de los militares y policías. Por ello, debe descartarse (por inconstitucional) toda norma que pretenda regular los temas militares y policiales desde una óptica estamental o de fuero personal, propias de una concepción premoderna (y en consecuencia predemocrática) de la sociedad y que, como lo ha evidenciado la realidad, han servido para consagrar la impunidad.

Concluye el máximo órgano de justicia constitucional afirmando:

"Como tantas veces se ha afirmado, no hay norma jurídica alguna que pueda encontrarse desligada de la Norma Suprema, que es la que preside, informa y fundamenta la validez de todo el ordenamiento jurídico. Y de esa situación no se escapan, ni podrían hacerlo, las leyes y reglamentos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. De ahí que el Tribunal Constitucional no comparta el criterio sostenido por la recurrida, según el cual si las leyes y reglamentos que regulan el régimen disciplinario de la PNP establecen que se pueden elevar e imponer sanciones violatorias del principio del ne bis in idem, ellas están justificadas en el artículo 168 de la Constitución".

Este párrafo final relativo a la concretización del artículo 168 de la Constitución ratifica lo evidente: esta disposición constitucional no crea un "ghetto normativo" en el cual las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden autorregularse al margen del respeto a los derechos fundamentales. La Constitución, como instrumento de control del poder, establece todo lo contrario.

Es por ello que muchas disposiciones contenidas en los reglamentos militares y policiales pueden haber sido derogadas con la entrada en vigencia de la Constitución de 1979 Y posteriormente la de 1993, y otras tantas serán inconstitucionales si se han expedido con posterioridad a la última Carta vigente. Lamentablemente, al parecer persiste hasta la actualidad la

interpretación del artículo 168 de la Constitución como una norma permisiva de una zona marginal a la jerarquía normativa constitucional y legal.

A modo de ejemplo tenemos: la modificación del Reglamento del Servicio en Guarnición para las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, aprobada por la Resolución Suprema N° 226-2004-DE/SG publicada el 26 de mayo de 2004, referida al uso del uniforme. Esta decisión fue adoptada a propósito del uso de vestimenta con características similares al uniforme del Ejército del Perú por parte de los integrantes del llamado Movimiento Etnocacerista. La nueva reglamentación señala que toda persona que no pertenezca a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional y que, sin la debida autorización de la respectiva institución, haga uso de un uniforme y/o prenda militar "y/o prendas similares que pudieran confundir a la ciudadanía respecto a una supuesta vinculación con algunos de los Institutos Armados o con la Policía Nacional, y cuyo acto afecte de alguna manera la imagen y prestigio de estas instituciones", será inmediatamente detenida por la policía y puesta a disposición de la autoridad judicial competente.

Se señala además que las prendas en cuestión serán decomisadas e incineradas.

Esta disposición es cuestionable en la medida de que no hay un delito tipificado en el ordenamiento penal que sancione el uso de prendas de vestir similares a las prendas militares. Por ello, esta norma reglamentaria viola el principio de legalidad en materia penal consagrado en la Constitución. Asimismo, al disponer la detención policial por la comisión de ese hecho, estaría justificando una detención arbitraria que afecta la libertad individual como derecho fundamental.

DOCTRINA

ALEGRÍA VARONA, Ciro. Política militar y responsabilidad estratégica en el Perú.

En: Alberto Otárola (director de la investigación) "Modernización democrática de las Fuerzas Armadas". Comisión Andina de Juristas - CAJ, Lima, 2002; (Serie: Democracia N° 6); BASAD RE, Jorge. Historia de la República del Perú. Volumen X, Séptima edición, Universitaria, Lima, 1983; COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Seguridad ciudadana: cambios necesarios. Lima, CAJ, 1999; CONTRERAS, Carlos y CUETO, Marcos. Historia del Perú contemporáneo. Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, Lima, 1999; DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Restricción de derechos en democracia. Supervisando el estado de emergencia. (Serie de Informes Defensoriales: Informe Defensorial N° 76). Defensoría del Pueblo, Lima, 2003; DE DOMINGO PÉREZ, Tomás. ¿Conflictos entre derechos fundamentales? Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001; QUINTANA TABORGA, Juan Ramón. El proceso de institucionalización de la política de defensa en Bolivia. En "Libros blancos de defensa. Concertación política y diseño estratégico comparado". Ministerio de Defensa Nacional, La Paz, 2001; ROLLA, Giancarlo. Derechos fundamentales y Estado Democrático: el papel de la justicia constitucional. En "Revista Peruana de Derecho Constitucional". N° 2, Tribunal Constitucional, Lima, 2000.

Carácter no deliberante de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional

Artículo 169

Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 20), 34, 35, 45, 91.4, 124, 137, 165, 167, 168 Y 186;

C.P.; arto 346;

C.J.M.: arts. 101 y ss.;

L.O.M.P.: arto 8;

D.D.D.H.: arto 21.3;

P.I.D.e.p.: arto 11.1;

P.I.D.E.S.e.: arto 1.1

Alberto Otárola Peñaranda

El presente artículo refleja una constante en nuestra reciente historia constitucional y pretende afirmar el principio de subordinación de las Fuerzas Armadas al poder civil; se trata en realidad de una especie de seguro escrito para advertir cualquier impronta, aun cuando se sabe que en nuestra historia la Constitución no ha sido un límite objetivo ni real para evitar los golpes de Estado. .

Se delibera para tomar acuerdos. La Constitución peruana utiliza el concepto I en su sentido político. Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son entidades en I las que no se discuten los alcances políticos de una decisión tomada por el poder civil; esta es la naturaleza constitucional que justifica la prohibición de la deliberancia, aunque es sabido que, en puridad, estamos frente a un texto casi inocuo, excepto la parte -ciertamente indispensable en una Constitución democrática- que somete a estas fuerzas al poder constitucional. Pese a ello, siempre cabe redundar que en las Fuerzas Armadas prima el orden jerárquico, la subordinación y la disciplina. De esta precisión se desprende también que la prohibición de ser deliberante incluye que las instituciones castrenses y policiales no pueden tomar acuerdos que sean obligatorios para la sociedad o sus partes. Ellas aplicarán sus decisiones al interior de sí mismas y, hacia la sociedad, ejecutarán la política y los encargos que les dé el Gobierno.

El carácter de no deliberantes de las Fuerzas Armadas tiene vinculación con varias otras normas de la Constitución, además de las existentes en este capítulo que venimos comentando:

El inciso 20 del artículo 2, que permite que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional solo puedan ejercer el derecho de petición individualmente. Se les prohíbe el uso colectivo del mismo.

El artículo 42, que prohíbe los derechos de sindicalización y huelga a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

El artículo 91, inciso 4, que prohíbe postular a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y ser elegidos congresistas si no han dejado tal situación seis meses antes de la elección.

El artículo 98, que establece la prohibición de ingreso en el recinto del Congreso sin autorización de su propio Presidente, a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

El inciso 14 del artículo 188, que establece la atribución del Presidente de la República de ser él quien presida el Sistema de Defensa Nacional-ahora denominado Sistema de Seguridad y Defensa Nacional- y organice, distribuya y disponga el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

El artículo 124, que permite a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional ser ministros de Estado.

El artículo 186, que establece que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional cumplirán obligatoriamente las disposiciones que dicte la Oficina Nacional de Procesos Electorales para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios.

Independientemente de esta glosa comparativa, imprescindible para entender el contenido del artículo que comentamos, creemos imprescindible una breve referencia histórica. Las Constituciones de 1823 y 1826 no normaron este tema. Fue la Constitución de 1828 el primer antecedente sobre la materia, pues estableció que "la fuerza pública es esencialmente obediente: no puede deliberar". Similar artículo fue consignado en la Constitución de 1834.

En la Constitución de 1856 se definió que la obediencia militar está subordinada a la Constitución y a las leyes, siendo este mismo criterio el seguido en las Cartas de 1860, 1867 Y 1920. En tanto que la Constitución de 1933 sostuvo una fórmula parecida a las anteriores, pero con mayores precisiones.

La Constitución de 1979 estableció que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes y que están subordinados al poder constitucional. Idéntica redacción ha sido consignada en la Constitución de 1993. Esta precisión de nuestro constitucionalismo histórico tiene una explicación racional. Como lo precisa el profesor Domingo García Belaunde, desde los albores de la Revolución Francesa se ha desarrollado este principio, que tiene la categoría de dogma constitucional. Se trata de la subordinación del poder militar al poder civil, situación que se debe reflejar en el principio de la no deliberancia. Agrega el constitucionalista peruano que "(...) en la teoría democrática se tiene derecho a mandar en la medida que se es elegido; esto es, cuando se es reconocido como tal por la mayoría de la población". Concluye sosteniendo que "(...) el poder militar debe estar en función y como apoyo del poder civil, que es en rigor el poder legalmente establecido. Así lo establece nuestra Constitución, y así se observa en la tradición jurídica occidental"¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Teoría y práctica de la Constitución peruana. Tomo II, Editorial Eddili, Lima, 1989, p. 255

En contrario, existe un sector de la doctrina nacional que se opone a cierto dogmatismo sobre la materia, que puede alterar la calidad de ciudadanos de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. El profesor Enrique Bernal es escribe que este dispositivo constitucional no convierte a los integrantes de las Fuerzas Armadas en "muertos civiles". Agrega que "(u.) en el Perú se ha entendido usualmente que el carácter no deliberante de estas instituciones equivale a su total proscripción aun de la opinión sobre asuntos de interés nacional. No obstante, debe admitirse que, como instituciones de importancia trascendente para el país, deben ejercer la posibilidad de opinar sobre ciertas materias e, inclusive, de ilustrar las grandes decisiones nacionales"¹⁰⁵⁷.

Recientemente, con la reforma del artículo 34 de la Constitución, que concede el derecho al voto y a la participación ciudadana de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, se ha dado un avance sustantivo no solamente en materia de reconocimiento de derechos políticos, varias veces reclamado por los propios militares y policías, sino también en la incorporación de estos funcionarios públicos en la "gestión" de la democracia. Se trata sin duda de una válvula de escape muy interesante que pretende que estos funcionarios públicos "deliberen", pero en las urnas.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. 5ª edición, Instituto Constitución y Sociedad, Lima, 1999; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Teoría y práctica de la Constitución peruana. Tomo II, Editorial Eddili, Lima, 1989.

¹⁰⁵⁷ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Lo Constitución de 1993. Análisis comparo. 5ª edición. Instituto Constitución y Sociedad, Lima, 1999, p. 735

Fondos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional

Artículo 170

La ley asigna los fondos destinados a satisfacer los requerimientos logísticos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Tales fondos deben ser dedicados exclusivamente a fines institucionales, bajo el control de la autoridad señalada por la ley.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 41,76, 77, 80, 82 Y 172;

C.J.M.: arto 278;

Ley 26300: art 31;

Ley 27238;

Ley 27860;

P.I.D.C.P.: arto 1.2;

P.I.D.E.S.C.: art.1.2

Christian Donayre

1. Introducción

El artículo que pasaremos a comentar a continuación aborda uno de los temas que en muchas ocasiones ha sido materia de controversia, sobre todo por el hecho de encontrarnos en un país pobre, en donde las demandas sociales son cada vez mayores y el destino de fondos a las Fuerzas Armadas, en este escenario, puede resultar quizá no precisamente una de las principales prioridades. En cuanto a la Policía Nacional, existen antecedentes que demuestran que el tema no ha dejado de adquirir importancia. Y es que lo cierto es que se trata de una institución, que en virtud de los fines que se le confían requiere indudablemente de una infraestructura y logística que le permita atenderlos satisfaciendo los requerimientos de la sociedad. Como veremos de inmediato, ya desde la Constitución de 1823, conocida como la primera del Perú, la economía de los institutos armados ha sido materia de preocupación.

2. Antecedentes del artículo bajo comentario

Aun cuando en la Constitución de 1823 el tema que nos ocupa fue tratado, aunque con muy poco detalle en el artículo 174¹⁰⁵⁸, va a ser en la Constitución de 1979 que vamos a encontrar el referente directo del presente artículo 170. Allí, en el artículo 279 se estableció lo siguiente:

"La ley asigna fondos destinados a garantizar el equipamiento que requieren las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, respectivamente. Tales fondos no

¹⁰⁵⁸ En el artículo 174 se establecía, pues, que las ordenanzas que prefijare el Congreso, determinarán todo lo relativo a la organización de estos cuerpos, la escala militar, disciplina y arreglo económico del ejército

pueden ser dedicados sino a los fines que corresponden a cada una de dichas instituciones"¹⁰⁵⁹.

Como se puede apreciar, actualmente el artículo 170 establece tres cambios a lo consignado en la Carta de 1979. Primero, en vez de aludir al "equipamiento" alude a los "requerimientos logísticos". No estamos ante una modificación de términos que no haya generado algún debate¹⁰⁶⁰. En segundo lugar, hace referencia a "fines institucionales", que en buena cuenta viene a ser lo mismo que "los fines que correspondan a cada una de dichas instituciones", fórmula prevista en la Constitución de 1979.

Esta última modificación tampoco ha estado libre de generar alguna discusión en el Debate Constitucional de 1993¹⁰⁶¹.

Por último, establece expresamente la existencia de una autoridad que se encargará de controlar la forma cómo son utilizados los fondos que se confían a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Esta modificación fue producto también de un intenso debate al momento de elaborar la Constitución vigente, en particular por lo ocurrido con la Marina de Guerra tiempo atrás, esto es, que luego de quince años recién se puso en evidencia el mal manejo de los fondos destinados a dicha institución.

Había quienes planteaban que se trataba de una disposición innecesaria, toda vez que el uso de todos los recursos del Estado se encuentra sujeto a fiscalización y, en tal sentido, se entiende que tanto los fondos de las Fuerzas Armadas como los de la Policía Nacional corren esa suerte¹⁰⁶².

La Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional parece ir en la misma línea de esta última postura cuando establece que: "(...) la asignación de fondos a las Fuerzas Armadas debe hacerse por ley, pero (...) esa es una disposición que no corresponde incorporarla en la Constitución, porque va de suyo en cuanto a la asignación de cualquier fondo público que debe hacerse por esa vía"¹⁰⁶³.

¹⁰⁵⁹ Así quedó esta disposición luego de su modificación por la Ley N° 24949.

Véase al respecto: COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO. Diario de Debates de la Constitución la 1993. Especialmente p. 2310

¹⁰⁶⁰ Actualmente, según la vigésimo segunda edición de! Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por "equipamiento" e! "conjunto de todos los servicios necesarios en industrias, urbanizaciones, ejércitos, etc."

Revítese al respecto COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO. Ob. cit., P. 2293 Y ss.

¹⁰⁶¹ En esta línea de pensamiento e! en ese entonces congresista Enrique Chirinos Soto (véase *Ibíd*em, p. 2309) o e! congresista Henry Pease García (*Ibíd*em, p. 2311). La congresista Martha Chávez Cossío planteó por ello la eliminación de todo e! artículo 170 (*Ibíd*em, p. 2310).

¹⁰⁶² Véase: MINISTERIO DE JUSTICIA. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma

¹⁰⁶³ Constitucional. Lima, julio 2001, p. 85. Ese parece haber sido el tenor común, ya que luego tanto en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución (CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución. Texto para el debate. Lima, abril de 2002) como en el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Proyecto de Ley la Reforma de la Constitución. Lima, julio 2002) no se consigna una disposición similar

Por otro lado, algunos congresistas consideraban indispensable la precisión de que sería otro órgano el que se encargaría de dicho control, es decir, distinto a las mismas Fuerzas Armadas y Policía Nacional, órgano que debía estar recogido en la Constitución, y cuyas atribuciones y límites estarían consignadas en la ley¹⁰⁶⁴.

A nuestro juicio, resulta de suma relevancia que sea un órgano externo el que efectúe tal control, así como que dicho órgano esté libre de sufrir cualquier eventual injerencia arbitraria en el ejercicio de sus funciones por parte de quien es controlado.

Ello constituye un elemento que contribuye a la transparencia que debe existir en el manejo de los fondos públicos.

3. ¿Por qué es la ley la que se encarga de asignar los fondos a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional?

El hecho de que el artículo 170 haga referencia expresa a que será la ley la que se encargará de determinar los recursos que serán destinados a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, es expresión de lo que Duverger¹⁰⁶⁵ calificaba como el "poder de delimitación" que ostenta el Congreso frente al Gobierno. Y es que siendo el Congreso la institución política que se encarga de aprobar la Ley General del Presupuesto de la República, establece un importante límite a cualquier futuro interés político por parte del gobernante de turno. No obstante, no debe tampoco dejarse de lado que en el caso peruano el Presidente maneja los denominados "créditos suplementarios", los cuales le permiten destinar más fondos para determinados fines, atribución que debe ser manejada en aras del interés nacional, bajo un criterio de prioridad, en función de los requerimientos a satisfacer y de conformidad con el ordenamiento jurídico.

4. Los fondos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional durante la década fujimorista: la importancia de destinar los fondos a fines exclusivamente institucionales bajo un criterio de eficiencia

Durante la década fujimorista, en el caso de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, es bien sabido que no ha habido precisamente una política de control de los gastos efectuados en su momento. Esto no es más que la lógica consecuencia de un régimen en donde los diferentes órganos del Estado que podían constituir un obstáculo para los intereses del gobernante de turno fueron copados o, incluso, en algunos casos, desactivados.

Es importante no dejar de tomar en cuenta lo establecido en el mismo artículo 170 que venimos comentando, cuando hace referencia a que dichos fondos serán destinados exclusivamente a fines institucionales. De esta forma, al menos constitucionalmente, se establece un importante límite a los entes que deciden el destino de los recursos, así como a quienes se encargarán de

¹⁰⁶⁴ En ese sentido, los congresistas Henry Pease García y Carlos Ferrero Costa. Sobre el particular puede revisarse COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO. Ob. cit., p. 2307 Y ss.

¹⁰⁶⁵ DUVERGER, Maurice. Instituciones políticas y Derecho Constitucional Ediciones Ariel. Barcelona, 1970, pp. 186 Y ss

ejecutar el presupuesto, a fin de que le den el uso que le corresponde, y no a fines distintos, lejos de los que inspiran a dichas instituciones.

Durante la década fujimorista, la Policía Nacional pasó a ser la gran relegada, pese a que existían demandas por parte de la sociedad civil a efectos de iniciar una profunda reforma institucional. Se intentó realizar algunas modificaciones destinadas a mejorar la eficiencia del sector y destacar el importante rol que está encargada de cumplir en la sociedad. En ese sentido se procuró un mejor equipamiento de la institución, apoyado por los empresarios organizados en el Sistema Nacional de Cooperación con la Policía Nacional (SINACCOOP); se establecieron áreas metropolitanas en Lima; se buscó promover la participación ciudadana, por medio de comités de apoyo; se les dotó de mayores recursos a las unidades especializadas, entre otros¹⁰⁶⁶. Según nos da cuenta Gino Costa¹⁰⁶⁷, los recursos que en aquel entonces se le destinaba a la Policía Nacional llegaban a un aproximado de 10% del presupuesto nacional, sin embargo, la ausencia de una política policial clara va a impedir aprovecharlos mejor.

y es que, como es de conocimiento general, el manejo del presupuesto que se les destinó a tan importantes instituciones del Estado no ha sido precisamente el más idóneo. Casos como la adquisición de aviones con graves falencias para las Fuerzas Armadas constituye tan solo un claro ejemplo de lo que hemos acabado de afirmar.

y es que no se trata tan solo de destinar los recursos a los fines de la institución, sino que se manejen de forma adecuada, bajo un criterio de eficiencia.

5. Los fondos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional: de la transición democrática hasta nuestros días

Culminado el gobierno de Alberto Fujimori, una de las principales medidas adoptadas respecto de las Fuerzas Armadas fue la de la reducción de su presupuesto.

Tal reducción se justificó, entre otras razones, en la precariedad de la caja fiscal y la necesidad de destinar los gastos del Estado a las exigencias sociales. A partir de ese entonces se van a dejar escuchar constantes demandas por parte de algunos miembros del sector en aras de obtener un aumento de su presupuesto.

Según Juan Rial¹⁰⁶⁸, el Ministerio de Economía del gobierno transitorio del Doctor Valentín Paniagua Corrao estimó un presupuesto para las Fuerzas Armadas para el periodo 2001-2005 de 4 476 millones de dólares, es decir, 826 millones por año. Esto último suponía una reducción de 8% en el sector. El

¹⁰⁶⁶ COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Seguridad ciudadana. Cambios necesarios. Comisión Andina de Juristas. Lima, julio de 1999, pp. 219-220

¹⁰⁶⁷ COSTA, Gino. Comentarios a los Proyectos de Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú. En: "Mecanismos de control democrático en el mantenimiento de la seguridad interior". Centro de Estudios del Desarrollo. Chile, 1998. Citado por: Ibídem, p. 220

¹⁰⁶⁸ RIAL, Juan. Los militares tras el régimen Fujimori-Montesinos. En: www.resdal.org/art-rial.htm (noviembre de 2004).

destino de tales fondos sería el siguiente: 3111,4 millones para la tarea de perfeccionar la administración y el desarrollo institucional de los componentes del sector defensa, 385 millones para mantener la participación de las fuerzas militares en tareas de desarrollo y de apoyo a la defensa civil y 162 millones a las labores de pacificación, que comprendía el manejo institucional de las rondas campesinas y el apoyo al proceso de repoblamiento en zonas serranas. Finalmente, se destinaban 818 millones de dólares, es decir, 163 millones anuales, para el mantenimiento de una fuerza "convencional-disuasiva".

De acuerdo con lo establecido en el Informe Final de la Comisión para la Reestructuración Integral de las Fuerzas Armadas, un sistema colectivo de seguridad en la región, esto es, vinculando a los diversos países del área, permitiría un proceso largo de racionalización del gasto de defensa. Y es que, según dicho informe, ya no habría que destinar fondos a efectos de defenderse eventualmente de algún país vecino, sino que se determinarían intereses comunes y se asignarían los recursos en forma estratégica a su consecución. Añade el mismo informe respecto del equipamiento y la ejecución presupuestal del Ministerio de Defensa, entidad vinculada con el tema que nos ocupa, lo siguiente:

"c) En cuanto al equipamiento de las Fuerzas Armadas, analizar las alternativas en el corto plazo para recuperar el material fuera de uso y modernizar el material disponible; y en el mediano y largo plazo las alternativas de reequipamiento de las mismas.

d) Incorporar el proceso de ejecución presupuestal del Ministerio de Defensa al Sistema Integrado de Administración Financiera SIAF-SP a fin de dotarlo de mayor transparencia. Asimismo, integrar el control de gestión a través del Sistema Integrado de Planeamiento de Administración Financiera de la Fuerza Armada SIPAFA, el mismo que ya se viene aplicando en la Marina de Guerra".

El mismo informe propuso además propiciar la venta o concesión de los bienes que forman parte del patrimonio de cada instituto y que no resulten indispensables, con el objeto de destinar los recursos que se obtengan al equipamiento y/o infraestructura del mismo instituto; establecer, en cuanto a las adquisiciones de las Fuerzas Armadas, mecanismos que garanticen transparencia, control y accionar conjunto; e impulsar la racionalización, la sistematización y la normalización de los materiales de cada uno de los institutos, teniendo en cuenta la actuación conjunta.

Ahora bien, el presupuesto del Sector Defensa, según información proporcionada muy gentilmente por el mismo Ministerio, ha ido en descenso frente al Presupuesto General de la República. Y es que si bien en términos de cantidad es posible notar incrementos, si contrastamos dichos montos con la suma del Presupuesto General de la República, porcentualmente se pueden constatar, sobre todo, reducciones.

Sin lugar a dudas, como veremos en el cuadro que mostraremos, ha habido años en los que se evidencia un incremento respecto del año anterior, incluso porcentual, del presupuesto del Sector frente al General de la República. Ello

es lo que ha ocurrido en los años 1992, 1998 Y 2000. Sin embargo, se puede afirmar que el presupuesto del Sector Defensa, en lo que se refiere a los recursos ordinarios, ha ido decreciendo aproximadamente en 2.5 veces en relación con el Presupuesto General de la República.

En el año 2004, a diferencia de lo que ha venido ocurriendo, según la información proporcionada por el mismo sector, pese a que el Presupuesto General de la República es menor al del año 2003, se puede acreditar un incremento en el presupuesto del Sector Defensa, lo que parece mostrar un cambio de actitud de las autoridades políticas frente a la cantidad de recursos que se le destinan.

PARTICIPACIÓN DEL PRESUPUESTO ASIGNADO AL PLIEGO 026: SECTOR DEFENSA EN EL PRESUPUESTO GENERAL DE LA REPÚBLICA

AÑOS PRESUPUESTO PRESUPUESTO PARTICIPACIÓN GENERAL DE LA ASIGNADO PORCENTUAL % REPÚBLICA SI. AL SECTOR SI.

1989	1, 504, 762	217, 333	14.44	1990	31, 520, 152	4, 498.415	14.27
1991	2,785,144,646	308, 453, 509	11.07	1992	6,107,494,288	797,678,351	13.06
1993	10, 813, 992, 924	1,346,710, 160	12.45	1994	16,158,416,646	1,726,947,579	10.69
1995	21, 840, 000, 000	2, 255, 538, 150	10.33	1996	22,262,773,000	2, 425, 833, 563	10.90
1997	24, 765, 000, 000	2, 223, 642, 194	8.98	1998	29, 523, 775, 426	2, 670, 966, 458	9.05
1999	31,947,306,720	2, 772, 803, 520	8.68	2000	34,045, 803, 045	3,227,753,061	9.48
2001	35,711,747,654	3,485,756,061	9.76	2002	36,377,987,911	2, 496, 389, 938	6.86
2003	44,516,006,305	2, 695, 027, 000	6.05	2004	44, 115, 387, 252	2, 806, 577, 000	6.36

En el caso de la Policía Nacional, algunos autores han puesto de relieve justamente que uno de los graves problemas que le aquejan viene a ser la falta de fondos suficientes como para poder otorgar salarios idóneos a sus miembros, así como infraestructura e instrumentos necesarios para hacer frente a la delincuencia que amenaza la seguridad ciudadana. Esto no solo hace poca atractiva la carrera policial, sino que además ha contribuido a que malos elementos desprestigien a la institución en razón de que recurren a prácticas delictivas tales como el secuestro, el robo y, fundamentalmente, la corrupción¹⁰⁶⁹. Indudablemente se trata de conductas en las que no solo han incurrido miembros de la Policía Nacional sino también de las mismas Fuerzas Armadas, muy a pesar de muchos de los integrantes de ambas instituciones.

En el año 2004, el presupuesto que se le destinó al Ministerio del Interior, entidad estrechamente vinculada con la institución que nos ocupa, fue, en lo que concierne a los recursos ordinarios, de S/, 2, 914, 657.000, esto supone en relación con el Presupuesto General de la República el 6.6% de él¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁹ Así lo han destacado DARGENT BOCANEGRA, Eduardo y RÚZ BALLÓN, Antonio. La policía en el Perú: legislación y realidad. En: "Ius et Ventas". Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 15. Lima, 1997, p. 250.

¹⁰⁷⁰ Fuente: www.mininterrobpe(noviembre de 2004).

Sin lugar a dudas hay mucho aún que comentar sobre este tema, pero por cuestiones de tiempo y espacio hemos tratado de abordar, en lo posible, algunos de los ítems que consideramos los más relevantes. Como dijimos, en un país pobre sin lugar a dudas uno de los temas que no dejará de generar controversia es el de los fondos que se destinan a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. En todo caso, no conviene dejar de lado la necesidad de contar con unas Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú altamente preparadas y con la infraestructura suficiente para que cumplan debidamente las importantes funciones y finalidad que se les confían, salvo mejor parecer.

DOCTRINA

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO DEL CCD. Diario de Debates de la Constitución de 1993; COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Seguridad ciudadana.

Cambios necesarios. CAJ, Lima, julio de 1999; CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución. Texto para el debate. Lima, abril de 2002, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución.

Lima, julio 2002; COSTA, Gino. Comentarios a los Proyectos de Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú. En: "Mecanismos de control democrático en el mantenimiento de la seguridad interior". Centro de Estudios del Desarrollo, Chile, 1998; DARGENT BOCANEGRA, Eduardo y RUÍZ BALLÓN, Antonio. La policía en el Perú: legislación y realidad. En: "Ius et Veritas". N° 15, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997; DUVERGER, Maurice. Instituciones políticas y Derecho Constitucional. Ediciones Ariel, Barcelona, 1970; MINISTERIO DE JUSTICIA. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional. Lima, julio, 2001; RIAL, Juan. Los militares tras el régimen Fujimori-Montesinos. En: www.resdal.org/ors/Jart-rial.htm (Noviembre de 2004).

Participación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en el desarrollo del país

Artículo 171

Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participan en el desarrollo económico y social del país, y en la defensa civil de acuerdo a ley.

CONCORDANCIAS:

C.:arts.; 14, 44, 58, 69, 165, 168y188;

Ley 24150: arts. 5 inc. d), 6;

Ley 27860;

D.Leg. 743: arto 23;

P.I.D.C .P.: arto 1.2;

P.I.D.E.S.C.: arto 1.2

Christian Donayre Montesinos

1. Introducción

Estamos ante un artículo que no ha estado libre de generar alguna discusión, toda vez que lo que en buena cuenta trae consigo es ampliar las funciones de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, ampliación que se da, por cierto, para atender el desarrollo económico y social de país, finalidad desde luego atendible, pero creemos nosotros que no a través de las instituciones que en el artículo se mencionan. En el caso de la defensa civil, como tendremos oportunidad de comprobar luego, ya la ley que regula la materia en nuestro país ha previsto una serie de mecanismos destinados a canalizar las funciones que sobre el particular deben cumplir las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

2. Antecedentes de la participación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en el desarrollo económico y social del país, así como en la defensa civil

En la Constitución de 1823, conocida como la primera de nuestro país, se estableció expresamente, en el artículo 166, que "el destino del ejército de línea es defender la seguridad exterior de la República, y se empleará donde esta pueda ser amenazada". En el texto constitucional de 1828 se hace una referencia similar en el artículo 145, al establecer que la, en ese entonces denominada, "fuerza pública" tiene por objeto defender al Estado contra los enemigos exteriores, asegurar el orden en el interior y sostener la ejecución de las leyes. Una redacción idéntica es la que encontraremos en el artículo 140 de la Constitución de 1834.

La Carta de 1839 omite hacer alguna referencia al tema que nos ocupa, sin embargo, la Constitución de 1856 sí va a abordar la materia en el artículo 118, señalando que la "fuerza pública" debe garantizar los derechos de la nación en el exterior; y asegurar el orden y ejecución de las leyes en el interior. La misma fórmula será la que el texto constitucional de 1860 preverá en su artículo 119,

la Carta Magna de 1867 en su artículo 116 y la Constitución de 1920 en su artículo 143.

Con posterioridad, la Carta Política de 1933 establecerá en su artículo 213 que la finalidad de la fuerza armada es asegurar los derechos de la República, el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, y la conservación del orden público. La Constitución de 1979, por su parte, preverá una redacción idéntica a la que vemos hoy en día en el artículo 171 de la Constitución de 1993.

3. Algunas precisiones en torno a los fines y funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional

Como habrá tenido oportunidad de observar el lector, a lo largo de los textos constitucionales peruanos se le ha otorgado a las Fuerzas Armadas, sin distinguirla de la Policía Nacional, la finalidad de tutelar el orden interno, es decir, velar porque las leyes al interior del Estado sean cumplidas. Esto último nos obliga a tener que precisar cuál es el margen de actuación de cada una de estas instituciones a efectos de evitar confusiones que a la larga pueden conducir a un entendimiento equivocado de las funciones y finalidades que se confían a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

Las Fuerzas Armadas circunscriben su actuación fundamentalmente a la tutela de la seguridad exterior del Estado. Sin embargo, ello aún resulta muy amplio para poner en sus justos términos la labor que se le confía a los institutos castrenses.

Aquella referencia a la seguridad exterior supone la defensa de la independencia, soberanía e integridad territorial frente a amenazas externas. No obstante ello, podemos todavía delimitar aún más la participación de nuestras Fuerzas Armadas. Y es que es bien sabido que, actualmente, el recurrir a las armas, por decirlo de alguna manera, constituye en buena cuenta la última vía, máxime si, como se sabe, la guerra se encuentra absolutamente proscrita a nivel mundial. En consecuencia, ante un problema de alguna amenaza externa, por ejemplo de algún país vecino en específico, será la vía diplomática la que intentará resolver el asunto y, de no ser posible, podemos incluso acudir a tribunales internacionales de justicia, que contribuirán a encontrarle una salida pacífica al impasse en que podemos eventualmente encontrarnos involucrados.

Lo expuesto hasta aquí nos lleva necesariamente a inferir que el rol que cumplen actualmente las Fuerzas Armadas, esto es, en un escenario en el cual el diálogo ha pasado a ser la principal arma frente a alguna amenaza externa, es sin duda relevante, pero subsidiario. En otros términos, pasan a adoptar una función fundamentalmente disuasiva frente a aquella amenaza externa que atente contra la independencia, soberanía e integridad territorial-del país, ya que dicha amenaza externa intentará ser superada principalmente a través del diálogo, sin necesidad de entrar a un enfrentamiento armado.

Excepcionalmente, según lo prescrito por el mismo texto constitucional vigente en su artículo 137, las Fuerzas Armadas podrán asumir el control del orden interno. Esto último ocurrirá tanto en el supuesto de la declaratoria del estado

de emergencia, si así lo dispone el Presidente de la República, tal como se encuentra previsto expresamente en el primer inciso del artículo mencionado, como en el supuesto del estado de sitio. Y es que, tal como lo señalamos al momento de comentar dicho artículo, si bien la Constitución omite referirse a la participación de las Fuerzas Armadas en este último supuesto de estado de excepción, debido a las circunstancias que habilitarían su declaratoria suponen, por la misma naturaleza de ellas, la participación de las Fuerzas Armadas¹⁰⁷¹.

Por lo antes dicho, el otorgarle a las Fuerzas Armadas la labor de participar en el desarrollo económico y social del país sobredimensiona las funciones y finalidades que en rigor se le confían.

Por otro lado, a la Policía Nacional se le encomienda la tutela del orden interno, la vigencia y ejecución de las leyes al interior del territorio nacional. Esto último marca una diferencia clara con las labores que se constituyen más bien propias de los institutos castrenses, las cuales están circunscritas a la defensa externa del país, específicamente de su independencia, soberanía e integridad territorial. Esto último debiera conducir a que el tratamiento de ambas instituciones, es decir, de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en un futuro texto constitucional se dé en capítulos y/o títulos distintos.

Es por lo expuesto que, a nuestro juicio, una disposición como la recogida en el artículo 171 que venimos comentando, que alude a una participación en el desarrollo económico y social del país, trae consigo la posibilidad de ampliar y utilizar en exceso las funciones confiadas a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

La Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional¹⁰⁷² señaló en torno a este tema lo siguiente¹⁰⁷³:

"Las tareas de desarrollo del país, tanto económico como social no deben encomendarse a las Fuerzas Armadas y Policiales, y en caso de ser necesaria la utilización de su estructura o de su personal, debe ser definido en cada

¹⁰⁷¹ En esta línea de pensamiento se encuentra FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial. En: BIDART CAMPOS, Germán y PALOMINO MANCHEGO, José (coordinadores). "Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica". Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 1997, p. 152.

¹⁰⁷² Nos referimos aquí a la Comisión creada en virtud del Decreto Supremo N° 018-2001-JUS, de fecha 26 de mayo de 2001, durante el Gobierno de Transición del Doctor Valentín Paniagua Corazao. Dicha Comisión, denominada "Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional", estuvo integrada por veintiocho juristas, personas de reconocida trayectoria profesional y académica, designados por Resolución Suprema N° 232-2001-JUS con fecha 31 de mayo de 2001, y debía proponer tres productos:

1. Las normas constitucionales que podrían ser reformadas, a partir de la evaluación de su contenido, de su análisis sistemático y de la regulación de las instituciones políticas.

¹⁰⁷³ 2. Las opciones sobre el contenido de las reformas propuestas.

3. El procedimiento para desarrollar las reformas constitucionales propuestas.

El producto final de este trabajo conjunto fue publicado por el Ministerio de Justicia en julio de 2001.

oportunidad por el poder civil, tanto en la extensión de su ayuda, como en su duración y en el sentido de la misma. Siempre, cuando participen en estas tareas han de hacerlo bajo la dirección de las autoridades civiles y políticas".

Ello puede explicar por qué tanto el Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución¹⁰⁷⁴ como el Proyecto de Ley de reforma de la Constitución¹⁰⁷⁵ no contienen disposición alguna en el sentido del artículo 171 que venimos comentando, sino solo, en el caso del Anteproyecto el artículo 251 y en el caso del Proyecto el artículo 224, hacen referencia a la participación de las Fuerzas Armadas en la defensa civil.

Igualmente, hay una previsión similar para la Policía Nacional en el artículo 235 del Anteproyecto y en el artículo 226 del Proyecto de Ley de reforma de la Constitución.

4. La participación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en la defensa civil

Según lo establecido en el Decreto Ley N° 19338, que se encarga de regular el Sistema Nacional de Defensa Civil, este tiene como finalidad proteger a la población, previniendo daños, proporcionando ayuda oportuna y adecuada, y asegurando su rehabilitación en caso de desastres o calamidades de toda índole, cualquiera que sea su origen.

Qué duda cabe que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden contribuir a superar los perjuicios que traen consigo alguna calamidad o desastre. Es más, ya hemos tenido oportunidad de comprobar en algunas ocasiones, como por ejemplo las inundaciones que tuvieron lugar como consecuencia del Fenómeno del Niño, que ello resulta por demás importante por la infraestructura e instrumentos con que cuentan, así como por la preparación que tiene su personal.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la mencionada Ley del Sistema de Defensa Civil, para alcanzar sus objetivos y cumplir sus fines deberá planear y coordinar todos los recursos necesarios, públicos y privados, a fin de contar en forma oportuna y adecuada con los medios indispensables para proporcionar ayuda en la recuperación de las personas y los bienes. Cuando la mencionada disposición hace referencia a los recursos públicos, a nuestro juicio se consideran incluidos los recursos que ostentan las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Ahora bien, el organismo central, rector y conductor del Sistema Nacional de Defensa Civil lo constituye el Instituto Nacional de Defensa Civil, quien se encarga, según establece el artículo 5 de ley mencionada, de la población, coordinación, planeamiento y control de las actividades de defensa civil. Entre las funciones del Instituto Nacional de Defensa Civil está la de proponer al

¹⁰⁷⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA. Comisión de Estudio de los Bases de la Reforma Constitucional Lima, julio, 2001, p. 82.

¹⁰⁷⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución. Texto para el debate. Lima, abril, 2002. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución. Lima, julio, 2002.

Consejo de Defensa Nacional los objetivos y políticas de defensa civil, así como las previsiones y acciones que garanticen la seguridad de la población, de acuerdo con la política de defensa nacional; asesorar al Consejo de Defensa Nacional en materia de defensa civil; propiciar la coordinación entre los componentes del Sistema de Defensa Civil, con el objeto de establecer relaciones de colaboración con la Policía Nacional del Perú en labores relacionadas con la vigilancia de locales públicos y escolares, control de tránsito, protección de la flora y la fauna, atención de mujeres y menores, y demás similares; entre otras.

Antes, el presupuesto del Sistema de Defensa Civil estaba incluido en el presupuesto del Ministerio del Interior, posteriormente, a través del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 442, publicado el 27 de setiembre de 1987, se estableció que el Instituto Nacional de Defensa Civil pasaba a ser un Pliego Presupuestal Autónomo comprendido dentro del sector Defensa. Luego, por medio del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 735, publicado el 12 de noviembre de 1991, se estableció que el Instituto Nacional de Defensa Civil constituye un Pliego Presupuestal Autónomo, dentro del sector Presidencia del Consejo de Ministros.

A nuestro juicio debe mantenerse la posibilidad de que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participen en la defensa civil. Ello porque constituye, qué duda cabe, un aporte por demás necesario e importante frente a un escenario de desastre o calamidad, en donde normalmente no se cuenta con todos los instrumentos e infraestructura necesaria para hacerles frente.

DOCTRINA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución. Texto para el debate. Lima, abril de 2002; CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución. Lima, julio, 2002; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial. En: BIDART CAMPOS, Germán y P ALOMINO MANCHEGO, José (coordinadores). "Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica". Libro-Homenaje a Domingo Garcia Belaunde. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 1997; MINISTERIO DE JUSTIOA. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional. Lima, julio 2001.

Fijación de efectivos y ascensos en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional

Artículo 172

El número de efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional se fija anualmente por el Poder Ejecutivo. Los recursos correspondientes son aprobados en la Ley de Presupuesto. Los ascensos se confieren de conformidad con la ley. El Presidente de la República otorga los ascensos de los generales y almirantes de las Fuerzas Armadas y de los generales de la Policía Nacional, según propuesta del instituto correspondiente.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 77, 80, 98, 118 inc. 24), 165 Y 167 a 170;
Ley 27860;
D.Leg. 752: arts. 1 y ss.;
C.A.D.H.: arto 23.1.c;
D.U.D.H.: art 21.2;
P.I.D.C.P.: arto 25.c

Christian Donayre Montesinos

En el presente artículo se abordan fundamentalmente dos temas medulares en lo que a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se refiere: el número de efectivos y los ascensos. Es por ello que nuestro comentario sobre el particular lo desarrollaremos, en primer lugar, en lo que concierne al número de efectivos, para luego dedicarnos al tema de los ascensos.

1. El número de efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en las Constituciones peruanas

Ya en la Constitución de 1823, conocida como la primera de nuestro país, se abordó el tema del número de efectivos. De conformidad con lo establecido en el artículo 173 de dicha Carta Magna, sería el Congreso el que se encargaría de "(...) fijar anualmente el número de tropas necesarias en el ejército de línea, y el modo de levantar las que fueren más convenientes".

En el artículo 123 de la Constitución de 1856 encontramos una disposición que sería luego reiterada en los textos constitucionales que le sucederían, según dicha disposición: "Es prohibido el reclutamiento: la fuerza pública no podrá formarse sino por los medios expresamente designados por la ley". Es así, pues, que la Constitución de 1860, luego de señalar en el artículo 120 que la fuerza pública y el número de generales y jefes se establece por una ley, agregaba en su artículo 123 que la, en ese entonces denominada, "fuerza pública" no se puede aumentar ni renovar sino conforme a la ley, y que el reclutamiento es un crimen que habilita a todo ciudadano a acudir a los tribunales y al Congreso para denunciarlo.

Dama la atención lo establecido en la Constitución de 1867 respecto del número de efectivos. Y es que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117 de dicha Carta Política, el número de los miembros que conformarían la llamada "fuerza pública" en tiempo de paz, no podía exceder de tres mil hombres para el Ejército, y tres mil para la Gendarmería. Señalaba además dicho precepto, que el número de generales, jefes y oficiales se designaría a través de la ley. Establecía también en el artículo 120 que la fuerza pública no podía ser aumentada o renovada, si no es de conformidad con la ley.

En lo que respecta a la Constitución de 1920, el artículo 144 señalaba en relación con el número de efectivos militares lo siguiente: "La fuerza pública se compone del Ejército y de la Armada y tendrá la organización que designe la ley. Su número y el de generales y jefes se fijarán por la ley". Aquella disposición que prohibía la posibilidad de aumentarla o renovarla si no es por la ley, también sería recogida en el artículo 145 del texto de 1920, así como la calificación del reclutamiento como un crimen que habilita a efectuar la respectiva denuncia ante los tribunales y el Congreso.

Ya en la línea de lo que se había venido estableciendo en los textos constitucionales que le antecedieron, la Constitución de 1933 consignó en el artículo 216 que el efectivo¹⁰⁷⁶ de las Fuerzas Armadas y el número de oficiales generales, superiores y subalternos, serán determinados por la ley. La Constitución de 1979, por su parte, estableció una redacción bastante similar a la del primer párrafo del artículo que venimos comentando, tan solo con una modificación. Este cambio es el referido a la precisión del término "número" de efectivos recogida en el texto de 1993, lo cual en nuestra opinión es más adecuado.

En la medida en que la materia que nos ocupa comprende a dos instituciones no precisamente con funciones comunes, nosotros plantearíamos que en un futuro texto constitucional se distinga las labores que corresponda a cada una de ellas, estableciéndose de ser necesario un capítulo para lo que corresponde a las Fuerzas Armadas y otro para la Policía Nacional.

2. Algunos de los rasgos que caracterizan a unas Fuerzas Armadas "modernas". A propósito del número efectivos que la componen

Se ha venido identificando a unas Fuerzas Armadas "modernas" sobre la base de una serie de características que pasaremos a reseñar de inmediato. El tema adquiere particular relevancia para la materia que venimos abordando toda vez que justamente uno de los rasgos que se atribuyen a unas Fuerzas Armadas con tal calidad es la de contar con un menor número de efectivos, pero altamente calificados. Veamos entonces cuáles son aquellas características que nos permitirían calificar a unas Fuerzas Armadas como "modernas"(2).

Un primer rasgo a tomar en cuenta es el de que estamos ante cuerpos plenamente profesionales, lo cual supone la existencia de un sistema conjunto

¹⁰⁷⁶ Así lo había previsto la fórmula original del artículo 216 de la Constitución de 1933, sin embargo, creemos nosotros que debía precisarse que es "el número de efectivos" el que se determina por ley y no al efectivo en sí mismo.

de selección y evaluación de sus principales mandos, de conformidad con sus capacidades y con los valores éticos que deben inspirar la actuación de cada uno de sus integrantes. Una segunda característica es la de contar con suficiente capacidad tecnológica, lo cual no quiere decir necesariamente que las Fuerzas Armadas tenga que abastecerse con los últimos avances tecnológicos en materia, por ejemplo, de armamento, sino sobre todo, tener una fuerza disuasiva suficiente, eficiente y eficaz. Esto último guarda relación con lo que señalamos en nuestro comentario al artículo 170 de nuestra Constitución vigente.

En tercer lugar, y aquí entramos justamente al tema que nos ocupa, se debe contar con unas Fuerzas Armadas con un tamaño idóneo para cumplir con los fines que se le confían. Y es que parece ser que hoy en día se privilegia más que un ejército numeroso, unas Fuerzas Armadas con el número de efectivos suficiente y debidamente calificados y preparados. Como se suele decir, cantidad no es sinónimo de calidad¹⁰⁷⁷. Finalmente, otro de los rasgos que se le atribuyen a unas Fuerzas Armadas "modernas" es la de ser móviles y flexibles, es decir, susceptibles de subdividirse modularmente sin deteriorar sus capacidades¹⁰⁷⁸.

3. El número de efectivos de la Policía Nacional: un tema que pone en riesgo la seguridad ciudadana

El número de efectivos policiales es una materia de suma relevancia para un país como el nuestro, que cuenta lamentablemente con altos índices de delincuencia común. Sin embargo, el tema no pasa solo por contar con un buen número de policías, sino también, como señalamos anteriormente para el caso de las Fuerzas Armadas, y haciendo la necesaria salvedad de las diferentes atribuciones y fines que se les confían, de tener una alta preparación y

¹⁰⁷⁷ Las características a las que hacemos mención en este apartado se encuentran recogidas con más detalle en PEDRAGLIO, Santiago; TAMA YO, Ana María y CASTILLO, Eduardo. Fuerzas Armadas: control civil y relaciones civiles-militares. Especial Ideele, Instituto de Defensa Legal, Lima, pp. 49 Y ss.

¹⁰⁷⁸ En el Informe Final de la Comisión para la Reestructuración Integral de las Fuerzas Armadas dentro del apartado referido a las acciones que corresponde adoptar al Ministerio de Defensa, se establece expresamente lo siguiente:

"a) Ejecución progresiva de las acciones necesarias para la reestructuración de las Fuerzas Armadas. Debe adecuarse el tamaño de los tres Institutos a las necesidades de defensa actuales y también a la situación económica y las posibilidades fiscales del país. Esto requiere definir unas Fuerzas Armadas más reducidas y más eficaces. La reducción debe ser equilibrada, tanto en efectivos como en equipamiento e instalaciones. Definido por el Poder Ejecutivo el número de efectivos adecuados a una estructura piramidal, el Ministerio de Defensa procederá a formular un programa plurianual de acercamiento gradual al número señalado".

En buena cuenta, lo que se busca es contar no necesariamente con unas Fuerzas Armadas con una gran cantidad de integrantes, sino sobre todo, altamente calificados y preparados para cumplir con los altos fines que se les confían. Actualmente, justamente los institutos armados han disminuido en cuanto al número de sus miembros, como consecuencia de la instauración en el Perú de un servicio militar voluntario a partir de la Ley N° 27178.

GARCÍA COVARRUBIAS, Jaime. La modernización militar. En: "Fuerzas Armadas y Sociedad". Año 14, N° 1, enero-marzo, p. 5. Citado por: PEDRAGLIO, Santiago; TAMAYO, Ana María y CASTILLO, Eduardo. Ob. cit., p. 50.

calificación, así como una labor inspirada en los valores éticos que impidan que la institución policial vea mellada su imagen.

Otro de los asuntos que guarda relación con el tema de los efectivos policiales es el de su distribución. Según un cuadro elaborado en el año 1998 respecto de la distribución operativa de la Policía Nacional, se detectó que de los 106,000 efectivos que había en aquel entonces, 55,000 estaban en la ciudad de Lima¹⁰⁷⁹. Aun cuando sabemos que se han adoptado una serie de medidas en aras de hacer frente a esta problemática, al parecer todavía resultan insuficientes frente a la importante tarea que involucra la seguridad ciudadana.

Una vez que hemos abordado de forma muy sucinta el tema del número de efectivos policiales y militares, y es que por cuestiones de espacio tiene que ser así, pasaremos a ocuparnos del tema de los ascensos en ambos institutos.

4. Los ascensos en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional a lo largo de las Constituciones peruanas

En nuestros primeros textos constitucionales no encontraremos referencia alguna a este tema hasta la Constitución de 1834, que señaló expresamente en el artículo 142 que: "No se darán más grados militares que los de las vacantes de plazas efectivas de los cuerpos permanentes de la fuerza pública, y los que se decreten por acciones distinguidas en el campo de batalla".

Luego, la Constitución de 1839 establecería en el artículo 147, que al interior del Ejército no habrá más que un gran mariscal, tres generales de división y seis de brigada, y en el artículo 148 que en la armada habrá un vicealmirante y un contralmirante y demás subalternos, según la ordenanza naval. Esta fórmula de establecer en la Constitución el número de generales o almirantes fue luego reiterada en el artículo 121 de la Constitución de 1856. Allí se estableció que en el Ejército no podían haber más de dos generales de división y cuatro de brigada, y en la armada no más de un contralmirante.

Posteriormente, como ya vimos antes, se dejaría más bien a la ley la determinación del número de generales y jefes correspondiente. Así, según lo dispuesto en el artículo 144 de la Constitución de 1920: "La fuerza pública se compone del ejército y de la Armada y tendrá la organización que designe la ley. Su número y el de Generales y jefes se fijará por la ley. No podrá el Poder Ejecutivo proponer ni el Congreso aprobar ascensos sino en caso de vacante". Así la vacancia pasaba a ser un límite al gobernante de turno y al Congreso a efectos del otorgamiento de los ascensos. En la Constitución de 1933 se consignaría en el artículo 216 una fórmula bastante similar a la aquí citada, agregando en el artículo 218: "Los miembros de la fuerza armada que pertenecen al Congreso no pueden ser ascendidos a las clases de General de División, Vicealmirante, General de Brigada, Contralmirante, Coronel y Capitán de Navío, mientras dure su mandato legislativo. Esta prohibición no es aplicable a los que, previo el consentimiento de su respectiva Cámara, reingresen en el servicio en caso de guerra nacional".

¹⁰⁷⁹ COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Seguridad ciudadana. Cambios necesarios. CAJ, Lima, julio, 1999, pp. 220-221

Ahora bien, la Constitución de 1979 va a establecer expresamente en el artículo 281 que los ascensos se otorgarán solo en caso de vacancia y que sería el Senado el que se encargaría de ratificar los correspondientes a los Generales y Almirantes de las Fuerzas Armadas, y de los Generales y grados equivalentes de la Policía Nacional.

Los cambios que vendrían luego con la Constitución de 1993 van a tener un norte muy claro. Las modificaciones a la que hacemos referencia son fundamentalmente dos: la sustitución de la fórmula de que se otorgarán los ascensos solo en caso de vacancia por la de "de conformidad con la ley" y la eliminación de la ratificación por parte del Senado.

5. ¿Debe el Congreso ratificar los ascensos correspondientes a los altos mandos de las instituciones armadas y policiales?

. Durante el debate de la Constitución de 1993 las posiciones a favor de que se mantenga la ratificación por parte del Senado se hicieron sentir¹⁰⁸⁰, así como también las que estaban en contra¹⁰⁸¹. Entre los argumentos que esbozaron los defensores de la primera postura encontramos, por ejemplo, que el Presidente de la República, el ministro o los ministros respectivos suelen intervenir en forma arbitraria decidiendo no solo quién asciende o no, sino que además quiénes pasan al retiro; mientras que el Congreso, por el contrario, significaría una garantía de respeto al cuadro de méritos¹⁰⁸².

En contra más bien de la ratificación de los ascensos por parte del Senado se manifestó que ello contribuye a politizar la institución, toda vez que los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policiales se verían obligados a recurrir a recomendaciones o amistades políticas en aras de obtener lo que pueden considerar ellos una decisión justa¹⁰⁸³. Otros planteaban que antes se mantenía la ratificación por parte del Senado en virtud de que lo que se buscaba era evitar que los miembros de las Fuerzas Armadas efectúen golpes de Estado¹⁰⁸⁴, lo cual, a su parecer, finalmente no tiene ninguna utilidad.

Hay quienes, no obstante, plantean un retorno a lo dispuesto en la Constitución de 1979, pues, en su opinión, constituye una forma más de control civil que contribuiría, además, a promover una relación más fluida, transparente, respetuosa y distendida entre la clase política y los institutos armados y policiales¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸⁰ Los señores Roger Cáceres Velásquez, Enrique Chirinos Soto y Henry Pease García se mostraron, por ejemplo, a favor de mantener la ratificación por parte del Senado. Véase al respecto: COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO. Diario de Debates de la Constitución de 1993, pp. 2296 Y ss.

¹⁰⁸¹ Ferrero Costa manifestó estar en contra, apoyándose en las opiniones vertidas sobre el particular por GARCÍA BELAUNDE, Domingo y QUISPE CORREA, Alfredo. En: *Ibíd*

¹⁰⁸² Así lo sostuvo Henry Pease García. Ver: *Ibíd*, p. 2297

¹⁰⁸³ Así lo sostuvo Carlos Ferrero Costa. Ver: *Ibíd*,

¹⁰⁸⁴ Así lo sostuvo Carlos Ferrero Costa. Ver: *Ibíd*, p. 2298

¹⁰⁸⁵ En ese sentido CHIRI MÁRQUEZ, Remo. Democracia, ciudadanía y Fuerzas Armadas en el Perú del siglo XXI. En: AA. VV "Las tareas de la transición democrática". Serie: Democracia N° 1. Comisión Andina de Juristas, Lima, setiembre de 2001, p. 257

La Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional planteó que los ascensos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional debieran ser propuestos por la autoridad que fije la ley, siguiendo el orden de méritos y decididos, en el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas, por el Consejo de Defensa¹⁰⁸⁶, con ratificación del Poder Ejecutivo y en el caso de los ascensos de los oficiales generales 6' de alto rango para el caso de los policías), debían ser además ratificados por el Senado (la propuesta supone asumir un Congreso bicameral)¹⁰⁸⁷. Esta fórmula, a criterio de la misma Comisión, expresa la opinión del pueblo respecto del compromiso democrático de las Fuerzas Armadas y evita que sean consideradas como "coto privado del Presidente de la República, cuidándose de la tentación de convertirlas en una institución que tenga una relación personal y no institucional con su persona".

Por su parte, el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución¹⁰⁸⁸ ha previsto el tema de los ascensos de los oficiales generales y almirantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en el inciso 16 del artículo 194, referido a las atribuciones presidenciales, estableciéndose además expresamente que se requerirá la ratificación del Congreso de la República.

El Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución establece también en el inciso 16 del artículo 173 que el Presidente de la República otorga los ascensos a los oficiales generales y almirantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, señalando además en el inciso 1 del artículo 153, entre las atribuciones del Senado, la de ratificar tal otorgamiento,

En realidad el tema se presta para un debate mucho más amplio que por cuestiones de espacio no podemos desarrollar aquí. Resulta fundamental a fin de tomar una posición clara en esta materia, el dar respuesta a interrogantes tales como si se debe dejar que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional evalúen sus ascensos sin ningún tipo de injerencia de alguna entidad política como puede ser el Gobierno o el Congreso; o si se va a aceptar algún tipo de intervención, qué organismos se encargarían de ello, bajo qué criterios o pautas, y sobre todo límites, pues tampoco debe perderse de vista que los altos mandos militares y policiales le deben obediencia básicamente al Estado

¹⁰⁸⁶ El Consejo de Defensa Nacional, en los términos de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, se encargaría de la propuesta, por medio del Gobierno, de las leyes y los reglamentos respectivos que determinen la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas, así como la supervisión de su funcionamiento y la disposición de lo necesario para la formación, composición, organización de las reservas, equipamiento y repliegue de las Fuerzas Armadas.

Estaría conformado por el Presidente de la República, el Presidente del Senado, el Presidente de la Cámara de Diputados, el Presidente del Consejo de Ministros, por los ministros de Defensa, de Relaciones Exteriores, de Economía, del Interior y los Jefes de Estado Mayor de cada arma. A criterio de la misma Comisión, esta composición garantiza una presencia mixta e incorpora los diversos funcionarios civiles que tienen relación con el proyecto nacional de defensa, evitando que la labor en cuestión esté consagrada solo a las fuerzas militares

¹⁰⁸⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional. Lima, julio 2001, pp. 85-86, en el caso de los militares, y, p. 88, para el caso de los policías.

¹⁰⁸⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución. Lima, abril, 2002, p. 117.

Constitucional y no puede o debe utilizarse el mecanismo de los ascensos para someter incondicionalmente a sus integrantes al régimen de turno¹⁰⁸⁹.

6. Algunas observaciones frente al tema de los ascensos de los altos mandos militares y policiales

Dejando de lado el tema de si se debe requerir o no ratificación por parte del Senado en el tema de los ascensos, ya abordado además líneas arriba, nos limitaremos a señalar aquí algunas pautas que a nuestro juicio, podrían considerarse para un correcto ejercicio de esta atribución que la Constitución vigente le confía al Presidente de la República.

Primero, tal como lo establece el artículo 172, será conforme a la ley que los ascensos se otorgarán, en tal sentido entonces, dicha norma legal debe contener pautas objetivas, tales como el respeto al cuadro de méritos, y mecanismos que permitan a los ciudadanos en general y a los mismos militares y policías en particular el conocer cuáles son los criterios sobre la base de los cuales son evaluados a efectos de que se les otorgue o no el ascenso correspondiente. Estas pautas o criterios evidentemente deben guardar estrecha relación y coherencia con las funciones y fines que se confían a los institutos armados y policiales. Somos de la opinión de que esto resulta de particular relevancia no solo para la transparencia de un tema tan delicado como es este y en el que los intereses en juego pueden conducir a obrar de forma arbitraria, sino para que los mismos integrantes de ambas instituciones tengan conocimiento pleno de cómo debe ser su desempeño si lo que aspiran es ostentar un alto grado en la entidad que conforman.

En segundo lugar, y en la línea de lo antes dicho, debe haber una motivación en las resoluciones por las cuales se ha otorgado el ascenso. De esa forma, tanto el

El artículo 21 del Decreto Legislativo N° 752, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 26780, publicada el 3 de mayo de 1997, establecía que el Presidente de la República en su condición de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas podía otorgar el ascenso al grado inmediato superior a los oficiales generales y almirantes, oficiales superiores y oficiales subalternos, en situación de actividad, que cumplan excepcionales acciones meritorias en la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y en hechos que atenten contra la

¹⁰⁸⁹ Durante el gobierno dictatorial de Alberto Fujimori va a ser justamente el ascenso uno de los mecanismos de lo que se sirvió para someter a sus designios a altos mandos de los institutos castrenses y policiales. (Así lo ha puesto de relieve RIAL, Juan. Los militares tras el régimen Fujimori-Montesinos. En: www.resdal.Olg/art-rial.htm). De allí que luego, en el gobierno transitorio del Doctor Valentín Paniagua Corazao, se hayan adoptado una serie de medidas en aras de corregir esta situación.

El Decreto Legislativo N° 752, hoy derogado por la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28359, publicada el 13 de octubre de 2004, constituyó el marco jurídico en tomo al cual se va a hacer un uso, en algunos casos arbitrario, de los ascensos de los altos mandos de las Fuerzas Armadas. En esta oportunidad nos limitaremos tan solo a comentar algunas de sus disposiciones.

Conforme lo establece el artículo 172 que venimos comentando, dicho Decreto Legislativo señalaba, en el artículo 4, que para Oficiales Generales y Almirantes el grado era otorgado por el Presidente de la República y con el refrendo del Ministro del sector.

seguridad y la defensa nacional, aportando así a la pacificación nacional, respeto y mantenimiento del orden democrático, soberanía e integridad territorial y la vigencia de los derechos humanos. Esta potestad del gobernante de turno se hacía efectiva a través de Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Defensa.

Independientemente del mérito que tienen todos aquellos miembros de las Fuerzas Armadas que luchan por defender nuestro país, poniendo en riesgo su vida y la de sus familiares, labor que sin lugar a dudas debe ser recompensada, lo cierto es que una disposición como la antes citada, sin mecanismo alguno que permitiera un control del ejercicio de esta prerrogativa presidencial, condujo a que en algunas ocasiones se ascienda a algunos integrantes de los institutos armados sobre todo por su sometimiento y especial apego al régimen de turno.

Algunas de las deficiencias que se le imputaban al Decreto Legislativo N° 752 han buscado ser superadas a través de la Ley N° 28359, que se encarga de regular hoy la situación militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea, ascendido como aquella persona que no pudo acceder al grado inmediato superior, tendrá conocimiento de cuáles fueron las razones en virtud de las cuales no obtuvo dicho grado. Hay quienes¹⁰⁹⁰ incluso plantean la existencia de un recurso que le permita al personal que no ascendió solicitar la revisión de su caso con pleno respeto del derecho al debido proceso, derecho que como sabemos trasciende del escenario jurisdiccional al administrativo y a las relaciones corporativas entre particulares.

En tercer y último término, y como señalamos anteriormente, debe tenerse presente que la decisión que recae en este caso sobre el Presidente de la República, no es una decisión que deba estar libre de pautas o criterios objetivos, en la medida en que resulta de particular relevancia evitar el uso arbitrario de ella y así contribuir al fortalecimiento institucional de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. En tal sentido, somos de la opinión que el gobernante de turno debe respetar la propuesta que es elaborada por cada uno de los comandantes generales, propuesta que por cierto, según ya lo hemos indicado, debe también armarse con pleno respeto de pautas objetivas como es, por ejemplo, el cuadro de méritos. Y será, según lo dispone la Constitución, el Presidente quien decida, pero sobre la base de la propuesta presentada, no pudiendo, en consecuencia, introducir otros nombres que no hayan estado comprendidos en ella, salvo mejor parecer.

DOCTRINA

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Seguridad ciudadana. Cambios necesarios. CAJ, julio de 1999; CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución. Lima, abril 2002; CHIRI MÁRQUEZ, Renzo. Democracia, ciudadanía y Fuerzas Armadas en el Perú del siglo XXI. En: AA. VV. "Las tareas de la transición democrática". Serie: Democracia N° 1. Comisión Andina de Juristas, Lima, setiembre, 2001; GARCÍA COY ARRUBIAS, Jaime. La modernización militar. En: "Fuerzas Armadas y Sociedad". Año 14, N° 1, enero-marzo;

¹⁰⁹⁰ En esta línea de pensamiento: PEDRAGLIO, Santiago; TAMAYO, Ana María y CASTILLO, Eduardo. Op. cit., p. 55

MINISTERIO DE JUSTICIA. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional. Lima, julio 2001; PEDRAGLIO, Santiago; TAMAYO, Ana María y CASTILLO, Eduardo. Fuerzas Armadas: control civil y relaciones civiles-militares.

Especial Ideele. Instituto de Defensa Legal, Lima; RIAL, Juan. Los militares tras el régimen Fujimori-Montesinos. En: www.resdal.org/art-rial.htm).

Delito de función

Artículo 173

En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 solo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 41, 97, 118.9, 139 incs. 1) y 3), 140, 141, 165, 168, 169, 174 Y 205;

C.P.; arts. 36 inc. 8), 229, 284, 319 al 334, 341, 346 al 353, 360, 361;

C.P.P.: arts. 18 inc. 1), 26 inc. 8);

C.J.M.: arts. 179 al 205;

L.O.p.]: arto 1;

L.O.M.P.: arto 64;

D.L. 25659: arts. 1 y 2;

C.A.D.H.: arto 4;

D.D.D.H.: arto 3;

P.I.D.C.P.: arts. 6.2 a 6.6

Daniel Soria Luján

1. Antecedente: la Constitución de 1979

El artículo 173 tiene su antecedente en el artículo 282 de la Constitución de 1979, que señalaba lo siguiente:

"Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales (esta última unificadas en la Policía Nacional en virtud de una reforma constitucional plasmada en la Ley N° 24949) en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar"¹⁰⁹¹.

Como podemos apreciar, los miembros de la Asamblea Constituyente, teniendo presente la experiencia política de décadas anteriores, precisaron claramente que:

1) los tribunales militares solo justifican su existencia para juzgar delitos de función y, en consecuencia, su ámbito de competencia se restringe únicamente

¹⁰⁹¹ El artículo 235 del referido texto constitucional establecía que no había pena de muerte, salvo en el supuesto de traición a la patria en caso de guerra exterior.

a la materia penal-militar; y 2) los civiles no están sometidos a la justicia castrense, excepto si traicionan al país en el marco de un conflicto bélico entre el Perú y otro u otros estados.

Con esta cláusula constitucional se pretendió impedir que los gobiernos utilizaran a los tribunales militares como herramientas de mantenimiento del orden público, como fueron los casos de la Ley de Emergencia de 1932, la Ley de Seguridad Interior de la República de 1948 o la Ley N° 15590 de 1965¹⁰⁹²,

No obstante, la acertada decisión de restringir la competencia de los tribunales militares al juzgamiento de los delitos de función fue superada por la realidad política peruana de las décadas de los años 80 y 90. En este periodo se extendió indebidamente la competencia de la justicia militar al juzgamiento de delitos comunes cometidos en las zonas de emergencia por algunos policías y militares, como por ejemplo los delitos contra los derechos humanos (ejecuciones extrajudiciales, torturas o desaparición forzada de personas), atribuyéndose dicha competencia en función al criterio del lugar de la comisión del delito (la zona declarada en estado de emergencia) o del fuero personal (que el agente sea militar o policía), obviando el criterio constitucional de la comisión de un delito de función.

2. Contenido del delito de función

En perspectiva histórica, el concepto de delito de función consagrado en las Constituciones de 1979 y 1993 ha sido interpretado de manera amplia por los órganos jurisdiccionales de la justicia común y militar. Así por ejemplo, tenemos el criterio de ocasionalidad aplicado por la Corte Suprema, según el cual estaremos ante un delito de función si es cometido por un militar o policía en circunstancias calificadas como acto de servicio o nociones análogas vinculadas a la función militar o como consecuencia de las mismas¹⁰⁹³.

La Corte Suprema aplicó el criterio de ocasionalidad, por ejemplo, en la contienda de competencia del caso La Cantuta (referido a la desaparición forzada de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle"), fijando la competencia en la jurisdicción militar en la medida de que los presuntos hechos delictivos fueron consecuencia del cumplimiento de órdenes militares y se ejecutaron como actos de función del personal militar involucrado.

Asimismo, en la contienda de competencia del caso Chavín de Huántar (referido a la presunta ejecución extrajudicial de algunos terroristas del MRTA que se habrían rendido luego del rescate de los rehenes de la residencia del

¹⁰⁹² Cfr. LANDA ARROYO, César, CAMPOS TORRES, Joseph y SORIA LUJÁN, Daniel. Base de datos sobre estados de emergencia en el Perú (Documento de trabajo). Lima, si ed., 1995, p. 6.

SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos. La legislación de emergencia y la especialidad del delito militar.

¹⁰⁹³ En: HURTADO POZO, José (director) "La reforma del Derecho Penal militar". Anuario de Derecho Penal 2001-2002 Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo. Lima, 2002, p. 180. Es menester precisar que, para este autor, la invocación de una relación de causalidad forma parte del criterio de ocasionalidad

embajador japonés), este órgano jurisdiccional también dirimió la competencia a favor de la justicia militar, debido a que los comandos actuaron en cumplimiento de una orden superior, es decir, en ejercicio de una función militar¹⁰⁹⁴.

En general, los criterios del lugar de la comisión del hecho, del fuero personal o de la ocasionalidad deben ser descartados como aproximaciones válidas para concretizar el delito de función¹⁰⁹⁵, ya que desde el punto de vista del Estado Democrático de Derecho, en el cual el respeto y la tutela efectiva de los derechos humanos constituye uno de sus deberes primordiales¹⁰⁹⁶, solo un criterio material (es decir, por la naturaleza del delito) puede ser fiel al diseño constitucional de una jurisdicción militar de excepción que solo reprima las conductas que afecten o pongan en riesgo el ejercicio de las atribuciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

El delito de función o delito militar pertenece al ámbito de los delitos especiales propios, en atención a que el sujeto activo debe tener una determinada calificación o característica (ser militar o policía en actividad), a diferencia de los delitos comunes, en donde sus autores son descritos de manera impersonal y generalizada. En tal sentido, la calidad especial del sujeto (militar o policía) es determinante para la existencia del delito, en caso contrario el hecho sería atípico¹⁰⁹⁷.

La característica de delito especial también está relacionada con una determinada cualidad del autor, que a decir del profesor César San Martín consiste en una posición de deber extrapenal que opera fundamentando la pena:

"La índole del deber violado es, pues, central para determinar si un comportamiento determinado es común o militar. Si el deber es común o genérico, propio de todos los ciudadanos, el delito no será militar aun cuando sea perpetrado por un militar o policía. En tal virtud, todo dependerá del bien jurídico vulnerado, que es el objeto de protección. Consecuentemente, los bienes jurídicos están vinculados a las labores castrenses o policiales y a los fines institucionales, de ahí que las conductas deben afectar la organización, las funciones y las finalidades institucionales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. Estas se encuentran precisadas en los arts. 165, 166, 168 Y 170 de la Constitución"¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁴ Con relación al mencionado criterio, el profesor César San Martín ha señalado que es "absolutamente insuficiente destacar como punto definitorio una circunstancia externa del hecho, como es el que el agente se encuentre de servicio o el hecho se vincule, ocasional o causalmente, al servicio que presta"~ SAN MARTÍN CASTRO, César. Algunos aspectos de la justicia militar (a propósito del caso peruano). En: HURTADO POZO, José (director), Ob. cit., p. 124.

¹⁰⁹⁵ La Corte Suprema ha abandonado dichos criterios en la resolución de la Sala Penal Permanente del 17 de noviembre de 2004, que dirime a favor de la justicia común una contienda de competencia con la jurisdicción militar. La mencionada resolución fue publicada el 23 de noviembre de 2004

¹⁰⁹⁶ Ver el artículo 44 de la Constitución

¹⁰⁹⁷ SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos. Ob. cit., pp. 181-182

Teniendo en cuenta lo expuesto se puede construir un concepto constitucional del delito de función, caracterizado por los siguientes elementos¹⁰⁹⁹:

El delito de función debe afectar o poner en peligro un bien jurídico institucional del ámbito funcional castrense o policial, como consecuencia de la infracción de un deber relacionado con dicho ámbito funcional.

El sujeto activo debe ser necesariamente un militar o policía en actividad.

Los sujetos pasivos deben ser las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional.

El delito de función debe estar tipificado en el Código de Justicia :Militar.

Estos criterios también tienen asidero en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, como se expondrá a continuación.

El delito de función en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional¹¹⁰⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de dotar de contenido al concepto de delito de función, a propósito de algunas sentencias en las que se condenó al Estado peruano por violar los derechos humanos de las personas.

Un ejemplo lo encontramos en el caso Castillo Petrucci y otros (sentencia del 30 de mayo de 1999), relativo al juzgamiento de cuatro ciudadanos chilenos en la jurisdicción militar por la comisión del delito de traición a la patria (terrorismo agravado), en el cual la Corte advierte que la referida jurisdicción tiene como finalidad el mantenimiento del orden y la disciplina dentro de las Fuerzas Armadas, reservando su aplicación "a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias" (párrafo 128).

Asimismo, en el caso Durand y Ugarte (sentencia del 16 de agosto de 2000), en el cual se determinó que el Estado peruano violó el derecho a la vida y otros derechos humanos de Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera durante la represión de los presos amotinados en el establecimiento penal de El Frontón en 1986, señaló este tribunal supranacional que la jurisdicción penal militar debe estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares, por ende, solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia

¹⁰⁹⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Volumen 1,2ª edición, Grijley, Lima, 2003, p.166

¹⁰⁹⁹ Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pp. 164-165. Asimismo, revisar el Informe N° 66 de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO titulado ¿Quién juzga qué? Justicia militar vs. justicia ordinaria. Defensoría del Pueblo, Lima, 2003, p. 95

¹¹⁰⁰ Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden consultarse en la página web www.corteidh.or.cr. Las del Tribunal Constitucional en la página web www.tc.gob.pe.

naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar (párrafo 117).

Es por esta razón, agrega la Corte, que los militares que debelaron el motín ocurrido en El Frontón "hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función", por lo que "los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria" (párrafo 1.18).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el conocido caso Villalba Zapata (sentencia recaída en el Expediente N° 585-96-HC/TC)¹¹⁰¹, define el delito de función como aquella conducta que afecta bienes jurídicos de los institutos armados o policiales y/o constituya la afectación de deberes de función (literal "c" del Fundamento N° 3). A decir de la Defensoría del Pueblo, con esta definición se excluyen del ámbito del delito de función a todos aquellos delitos que protegen bienes jurídicos individuales, tales como la vida, la integridad física, la libertad, el honor, el patrimonio, etc.¹¹⁰²

De esta manera, tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Constitucional se adscriben a una perspectiva material del delito de función, en la cual el elemento determinante lo constituye la afectación de bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, los cuales deben identificarse con sus fines constitucionales fundamentales: Garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial del país (artículo 165 de la Constitución) en el primer caso; y garantizar, mantener y restablecer el orden interno (artículo 166), en el segundo caso.

Por otra parte, esta definición del delito de función excluye de su ámbito a los militares o policías en situación de retiro y a los civiles como sujetos activos, ya que no cumplen ninguna función castrense o policial. Por ello, en ningún supuesto podrían afectar bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional¹¹⁰³. Respecto al primer supuesto (militares o policías en situación de retiro) se ha pronunciado la Corte Interamericana en el caso Cesti Hurtado (sentencia del 29 de setiembre de 1999), así como el Tribunal Constitucional en su línea jurisprudencial¹¹⁰⁴. Asimismo, el juzgamiento

¹¹⁰¹ En este caso, Carlos Alfredo Villalba Zapata interpone un hábeas corpus a favor de su hijo, el teniente de infantería en situación de retiro Carlos Alberto Villalba Olaechea, por haber sido detenido y procesado en la justicia castrense a pesar de su situación militar. El Tribunal Constitucional consideró este hecho como una afectación a su derecho constitucional a la jurisdicción predeterminada por la ley, por lo que declaró fundada la demanda y ordenó la suspensión total del proceso penal que se le seguía en el Segundo Juzgado Permanente de la Zona Militar de Lima

¹¹⁰² DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Ob. cit. p. 58.

¹¹⁰³ *Ibidem*, p. 63

¹¹⁰⁴ Sobre el particular, el Supremo Intérprete de la Constitución ha ratificado que "la Constitución establece que el ámbito de competencia del Fuero Militar está circunscrito para el juzgamiento de los denominados delitos de función, esto es, aquellas conductas punibles que afecten bienes jurídicos de los institutos armados o policiales y/o constituyan afectación de deberes de función, las cuales solo podrán ser cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad" (Expediente N° 1932-2003-HC/TC, Fundamento N° 2).

de civiles en la justicia militar ha sido definido por el referido tribunal regional en los casos Castillo Petruzzi, Durand y Ugarte, y Cantoral Benavides (sentencia del 18 de agosto de 2000), como una afectación al derecho humano a un juez competente, independiente e imparcial.

El Tribunal Constitucional secunda dicho criterio a partir de la sentencia de inconstitucionalidad contra las leyes antiterroristas expedidas por el gobierno dictatorial de 1992 (Expediente N° 01O-2002-AI/TC), de fecha 3 de enero de 2003, en la cual establece expresamente que "la autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural". De esta manera, el Supremo Intérprete de la Constitución, a la luz de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, ha dotado de contenido al artículo 173 de la Constitución en lo relativo al juzgamiento de civiles, al señalar que este precepto "no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria" (Fundamento N° 104). Lo contrario implicaría una afectación del derecho al juez natural. Por otro lado, el Tribunal Constitucional precisa que la aplicación del Código de Justicia Militar para procesar a civiles por terrorismo o traición a la patria en el fuero común debe entenderse como una situación excepcional, referida solo a reglas de procedimiento a ser utilizadas por la justicia ordinaria y en la cual se debe respetar siempre el derecho al debido proceso. Por último, el máximo órgano de justicia constitucional menciona que esta interpretación se acoge, "entre tanto, el legislador adecua el artículo 173 de la Constitución a la referida Convención [Americana sobre Derechos Humanos]".

Por último, es importante mencionar la sentencia expedida en el proceso de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley N° 24150 que regula las funciones de las Fuerzas Armadas durante los estados de excepción (Expediente N° 0017-2003-AI/TC), publicada el 24 de agosto de 2004, en la cual se ha consolidado la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el delito de función citado anteriormente.

4. La casación ante la Corte Suprema

El artículo bajo estudio restringe el control de la Corte Suprema sobre los tribunales militares a la aplicación de la pena de muerte. Esta disposición es coherente con la idea de una jurisdicción militar independiente del Poder Judicial. No obstante, un I rediseño constitucional de la jurisdicción castrense debería contemplar su incorporación al Poder Judicial como una especialidad del sistema de impartición de justicia.

5. El servicio militar y el Código de Justicia Militar

I Siguiendo el razonamiento de la Defensoría del Pueblo; la parte final del artículo que comentamos no consagra la obligatoriedad del servicio militar, sino tan solo establece cuál es la legislación aplicable en el supuesto de que el

modelo sea obligatorio y las personas que deban cumplir dicho servicio infringen sus normas¹¹⁰⁵. Este criterio se refuerza con dos cuestiones: 1) A diferencia de la Carta de 1979, en donde se estableció expresamente en el capítulo sobre los deberes de la persona que el servicio militar era una obligación patriótica de todos los peruanos (artículo 78), en la Constitución de 1993 solo se señala que toda persona está obligada a participar en la defensa nacional de conformidad con la ley (artículo 163); y 2) Bajo la vigencia de la Constitución de 1993 se ha implementado un servicio militar parcialmente voluntario en la Ley N° 27178 publicada el 29 de setiembre de 1999.

En todo caso, en un futuro el constituyente debería consagrar definitivamente el carácter voluntario del servicio militar, cuya obligatoriedad ha sido una fuente inagotable de abusos a lo largo de la historia peruana.

DOCTRINA

DEFENSORIA DEL PUEBLO. ¿ Quién juzga qué? Justicia militar vs. justicia ordinaria. Informe N° 66 de la Defensoría del Pueblo. Lima, 2003; DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Lineamientos para la reforma del servicio militar. Hacia un modelo voluntario. Lfma, 1999; LANDA ARROYO, César, CAMPOS TORRES, Joseph, SORIA LUJAN, Daniel. Base de datos sobre estados de emergencia en el Perú (documento de trabajo). Lima, 1995; SANDOV AL CORONADO, Juan Carlos. La legislación de emergencia y la especialidad del delito militar. En: HURTADO POZO, José (director) "La reforma del Derecho Penal militar". Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2002; SAN MARTÍN CASTRO, César.

Algunos aspectos de la justicia militar (a propósito del caso peruano). En: HURTADO POZO, José (director) "La reforma del Derecho Penal militar". Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2002; SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Volumen 1, Segunda Edición, Grijley, Lima, 2003.

¹¹⁰⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Lineamientos para la reforma del servicio militar. Hacia un modelo voluntario. Defensoria dd Pueblo. Lima, 1999, p. 52

Derechos análogos entre las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional

Artículo 174

Los grados y honores, las remuneraciones y las pensiones inherentes a la jerarquía de oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional son equivalentes. La ley establece las equivalencias correspondientes al personal militar o policial de carrera que TW tiene grado o jerarquía de oficial.

En ambos casos, los derechos indicados solo pueden retirarse a sus titulares por sentencia judicial.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 138, 139 inc. 3), 143, 165, 172 Y 173;

C.P.; arto 36 me. 8);

C.P.C.: arto 648 ine. 4);

D.Leg. 752: arto 2

Alberto Otárola Peñaranda

. El primer párrafo establece la equivalencia de grados análogos entre las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, de tal manera que queden totalmente homologados a pesar de ser instituciones bastante diferentes entre sí. Existe algún personal que no tiene grado. o. jerarquía de oficial en las instituciones castrenses o. policiales. Se ordena establecer las equivalencias.

El segundo párrafo. es una garantía totalmente razonable en virtud del carácter vertical y del espíritu de disciplina de estas instituciones: los derechos solo pueden ser retirados por sentencia judicial. De lo contrario, sería relativamente fácil que un jefe cometa arbitrariedades con sus subordinados, privándolos por órdenes propias de estos derechos.

Cuando un oficial de las Fuerzas Armadas o. Policía Nacional pasa al retiro, igualmente la Constitución garantiza ciertos derechos que es bueno recordar. Así se origina el derecho a percibir como pensión el íntegro. de las remuneraciones pensionables correspondientes al grado inmediato superior en situación de actividad y otros beneficios y goces sobrevivientes a su nueva situación.

No. debe perderse de vista que según la Ley de Situación Militar, Ley N° 28359, que en este tema repite los mismos conceptos de la derogada Ley de Situación Militar (Decreto. Legislativo. N° 752), existen beneficios expresos para los oficiales que han pasado. a la situación de retiro. por cualquier causal que no. sea la medida disciplinaria o. sentencia judicial. En efecto., en el artículo. 56 se establece textualmente: "El oficial que pase a la situación de retiro. tiene derecho. a la pensión, compensaciones, indemnizaciones y beneficios que establezca la legislación sobre la materia. Los referidos derechos tienen el carácter vitalicio. Únicamente pueden ser suspendidos o retirados por resolución judicial". Inmediatamente el artículo 57 regula lo siguiente: "El Oficial General y/o Almirante en situación de retiro conserva el goce de los honores, preeminencias, tratamientos y otros goces

correspondientes a su grado en situación en actividad, con excepción del Oficial comprendido en el literal H) del artículo 44 de la presente Ley". ¿Y qué contiene el literal H) del artículo 44? La causal de sentencia judicial.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Sª edición. Instituto Constitución y Sociedad. Lima, 1999; GARCIA BELAUNDE, Domingo. Teoría y práctica de la Constitución peruana. Tomo 11. Editorial Eddili. Lima, 1989; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

Artículo 175

Posesión y uso de armas de guerra

Solo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra. Todas las que existen, así COTTW las que se fabriquen o se introduzcan en el país pasan a ser propiedad del Estado sin proceso ni indemnización.

Se exceptúa la fabricación de armas de guerra por la industria privada en los casos que la ley señale.

La ley reglamenta la fabricación, el comercio, la posesión y el uso, por los particulares, de armas distintas de las de guerra.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 12), 24)f, 37,140,163 al 165 Y 173;

C.P.; arts. 279,321 inc 5);

Ley 25054;

D.Leg. 370: arto 28;

D.Leg. 898: arts. 1 y ss.;

D.L.. 23214: arts. 134 al 137;

C.A.D.H.: arto 15

Mateo Castañeda Segovia

1. Algunas consideraciones preliminares

Arma de fuego es cualquier arma que conste por lo menos de un cañón por el cual una bala o proyectil puede ser descargado por la acción de un explosivo y que haya sido diseñada para ello o pueda convertirse fácilmente para tal efecto. También comprende a cualquier otra arma o dispositivo destructivo tal como bomba explosiva, incendiaria o de gas, granada, cohete, lanzacohetes, misil, sistema de misiles y minas¹¹⁰⁶.

Las armas de guerra son aquellas destinadas para el combate o la guerra (parabellum), fabricadas para soportar una gran cadencia de tiro en ráfaga, aun cuando poseen mecanismos de selección que permiten disparar también tiro por tiro. Además, las armas de guerra tienen gran capacidad de almacén de municiones (cacerinas) y poseen mecanismos para otros elementos bélicos como bayonetas, lanzagranadas, etc.

Las armas de guerra hoy en día son en general automáticas, es decir, su ciclo completo de cargar, amartillar, disparar, extraer y recargar es completamente mecánico. En cambio, las semiautomáticas son aquellas armas en las que el ciclo es similar, excepto la acción de disparar que debe realizarse cada vez por el agente.

¹¹⁰⁶ Ambas definiciones pertenecen a la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados, vigente desde 1998

Naturalmente existen armas de guerra largas y armas de guerra cortas o de puño. En el Perú existen -solo a manera de ejemplo-las siguientes armas de guerra:

AKM, fusil de asalto Kalashnikov (ruso y coreano) de uso militar y policial.

F AL, fusil ametrallador ligero belga, arma usada por las FEAA. y PNP.

FAP, fusil ametrallador pesado belga, usado por las FEAA. y PNP (DINOES)

Galil, fusil ametrallador israelita, usado por comandos de la Marina.

Pistolas ametralladoras como la HK Heckler Koch alemán de uso militar y policial, la UZI, mini-UZI, micro-UZI y pistol-UZI israelitas, la MGP y la mini-MGP peruanas y otros.

Nuestra legislación por excepción, ha incluido también en esta categoría de armas de guerra, a las pistolas semiautomáticas calibre 9 mm parabellum y calibres superiores como el 10 mm, y los revólveres de calibre 9 mm parabellum y superiores como: 357 magnum, .44 magnum, 45, 44.40.

Esta excepción ha sido muy criticada por expertos en el tema, porque internacionalmente las pistolas 9 mm semiautomáticas no son consideradas como armas de guerra sino de uso civil. Es cierto que la munición es para la guerra, pero un arma semiautomática no es aparente para la guerra, y tampoco están preparadas estructuralmente para soportar una gran cadencia de tiro, no pudiendo una norma legal cambiar la naturaleza de lo que no está fabricado para la guerra.

2. Exclusividad del uso de armas de guerra

Las armas de guerra en el Perú son de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional de acuerdo al artículo 175 de nuestra Constitución Política. Esto significa que ninguna persona y por ninguna razón puede utilizar armas de guerra, procediendo su decomiso sin proceso ni indemnización alguna.

Sin embargo, nuestra legislación¹¹⁰⁷ permite por excepción, el uso de algunas armas llamadas "de guerra" (pistolas automáticas y semiautomáticas) a ciudadanos considerados como "personalidades", que por la naturaleza de su función pública, cargo político o empresarial requieren del uso de esta clase de armas para su seguridad personal.

3. Armas de uso civil

Son aquellas armas que por sus características y diseño son fabricadas para cubrir requerimientos de defensa personal, deporte, caza, seguridad, vigilancia

¹¹⁰⁷ Decreto Supremo N° 022-98-PCM de 29 de mayo de 1998, Reglamento que norma la entrega de Armas de Guerra

y colección. Son armas selectivas cuyos materiales no resisten grandes cadencias de tiro y no están preparadas para disparar en ráfaga.

La munición de estas armas no debe exceder de 40 kilogrametros de energía en la boca del cañón para armas cortas y de 400 kilogrametros de energía en la boca del cañón para armas largas¹¹⁰⁸.

Sin embargo, se debe tener presente que existen algunas armas de uso civil (de cacería mayor) como la carabina de calibres .308, .30-06 Y otros mayores (denominados "africanos") que poseen energía en la boca de cañón superior a estos parámetros legales, pero que no cambian la naturaleza de dichas armas que son de uso civil.

Las armas de uso civil pueden ser:

Armas de defensa personal; son armas cortas (pistolas, revólveres) que usan munición de menos de 40 kilogrametros.

Armas de deporte de tiro al blanco; son armas cortas o largas (pistola, revólver, carabina, escopeta) empleadas en la programación oficial de concursos de las federaciones de tiro deportivo nacional¹¹⁰⁹.

Armas de caza; son armas largas que usan munición de menos de 400 kilogrametros, como las escopetas, las carabinas y las combinaciones carabina-escopetas.

Armas de seguridad y vigilancia; son armas de fuego cortas (pistola, revólver) cuya munición no genere más de 80 kilogrametros en boca del cañón, armas de fuego largas como escopetas de seguridad y armas de caza fuera del radio urbano.

Armas de colección; son aquellas que poseen valor por su antigüedad, historia, diseño u otras peculiaridades. No pueden ser portadas ni tener munición, y deben guardarse des activadas. Las armas de colección pueden ser antiguas o modernas.

En el caso del fusil "Máuser", existe el problema de determinar si debe ser considerado o no como arma de guerra, lo que afectará la calificación de su posesión, uso y tenencia. Recuérdese que existe en todo el Perú una gran cantidad de estos fusiles en manos de civiles, y fue con estas armas que los ronderos combatieron a Sendero Luminoso durante la década del ochenta y parte del noventa. Además, hasta el momento siguen siendo usados para la instrucción militar y para las competencias de tiro de precisión.

Estos fusiles generalmente son de calibre 7.65 mm y tienen sistema de cerrojo (tiro por tiro) y cacerina de cinco proyectiles. Estas armas, si bien en su momento -hace cien años- fueron fabricadas para la guerra, actualmente no

¹¹⁰⁸ Un kilogrametro es una unidad de trabajo mecánico o esfuerzo capaz de levantar un kilogramo de peso a un metro de altura

¹¹⁰⁹ Una de las modalidades precisamente es el tiro con fusil Máuser

reúnen las características necesarias para la guerra moderna, especialmente la capacidad de fuego (automáticas) y gran capacidad de almacenamiento de munición, razones por las que deben ser consideradas como armas de uso civil (deporte, caza, colección, etc.).

4. Legislación de desarrollo

La fabricación, comercio, posesión, tenencia, porte y uso de armas de uso civil se encuentran reguladas por la Ley N° 25054 del 20 de junio de 1989 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 007-98-IN publicado en el diario oficial El Peruano el 5 de octubre de 1998, y la autoridad encargada de su control es la Dirección de Control de Servicios de Seguridad, Control de Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil (DICSCAMEC) del Ministerio del Interior.

Por su parte, el Código Penal ha previsto los siguientes delitos:

Fabricación, almacenamiento, suministro y tenencia ilegítima de armas (artículo 279) con una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

Producción, desarrollo, comercialización, almacenamiento, venta, adquisición, uso y posesión de armas químicas (artículo 279-A) con una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de veinte años.

Sustracción o arrebató de armas de fuego a miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional (artículo 279-B) con una pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años.

DOCTRINA

BASE DE DATOS POLITICOS DE LAS AMERICAS. Uso y posesión de armas. Análisis comparativo de Constituciones de los regímenes presidenciales. (Internet).

Georgetown University y Organización de Estados Americanos. En: <http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Seguridad/uso.html>; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. 5ª edición.

Instituto Constitución y Sociedad. Lima, 1999; GARCIA BELAUNDE, Domingo. Teoría y práctica de la Constitución peruana. Tomo II. Editorial Eddili. Lima, 1989; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

CAPÍTULO XIII

DEL SISTEMA ELECTORAL

Finalidad y funciones del Sistema Electoral

Artículo 176

El sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa.

Tiene por funciones básicas el planeamiento, la organización y la ejecución de los procesos electorales o de referéndum u otras consultas populares; el mantenimiento y la custodia de un registro único de identificación de las personas; y el registro de los actos que modifican el estado civil.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 17),31,90,111,113 inc. 5), 114 inc. 2), 117, 134, 152 y 191;

L.O.E.: arts. 1,2,26 al 28;

Ley 26486: arts. 1,2;

C.A.D.H.: arts. 23.1.a,23.1.b;

D.U.D.H.: art. 21 mes. 1), 3);

P.I.D.C.P.: arts. 25.a, 25.b

Gastón Soto Vallenás

1. Aspectos generales

Los artículos materia de nuestro comentario abren el Capítulo XIII de la Estructura del Estado, dedicado al denominado Sistema Electoral. Sin embargo, encontramos que el constituyente ha dado al concepto de sistema electoral un sentido que no se ajusta al utilizado en el lenguaje científico político.

En efecto, del análisis de los doce artículos -del 176 al 187- que comprenden el Capítulo, solo el primer párrafo del artículo 187 contiene una prescripción relativa al sistema electoral propiamente, cuando establece el principio de representación proporcional en las elecciones pluripersonales.

Cuando nos referimos a la expresión sistema electoral, estamos aludiendo al conjunto de mecanismos o procedimientos que permiten convertir la voluntad política del cuerpo electoral en representación política.

Sobre el concepto de sistema electoral, el Diccionario Electoral del Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL)¹¹¹⁰, reconoce dos tipos de sentidos: uno amplio y otro estricto. El primero comprende el conjunto de normas jurídicas escritas o consuetudinarias que regulan los procesos electorales; en tanto que el sentido estricto se refiere al modo de convertir votos en escaños.

En el campo académico, es decir, científico político-social, se recurre al sentido estricto del concepto de sistema electoral. Así, el tratadista alemán Dieter Nohlen lo define: "El sistema electoral tiene por finalidad determinar las reglas según las cuales los electores pueden expresar sus preferencias políticas en votos y según las cuales se pueden convertir votos en escaños parlamentarios (en el caso de elecciones parlamentarias) o en cargos de gobierno (en el caso de elecciones de presidente, gobernador, alcalde, etcétera)"¹¹¹¹. Por su parte, Francisco Fernández Segado, destacado constitucionalista español, sobre el particular, se pronuncia en la misma dirección: "Un sistema electoral, como es de sobra conocido, es aquel procedimiento por el que el cuerpo electoral expresa su voluntad en sufragios, que a su vez se transforman, en las elecciones parlamentarias, en escaños, para las fuerzas políticas que participan en la lid electoral"¹¹¹².

De lo señalado, estamos en condiciones de afirmar, que el Capítulo "Del Sistema Electoral" se refiere en puridad, a lo que se denomina, en realidad, administración electoral-órganos encargados de conducir los procesos electorales-, haciendo una vaga referencia al sistema electoral cuando se refiere a las elecciones pluripersonales.

Debemos dejar claro entonces, que el sistema electoral está vinculado directamente con lo relativo a la representación política, por lo que comprende los principios de representación, los reglamentos técnicos sobre la zona electoral, formas de candidatura y procedimientos de votación, métodos de cómputo, barrera de representación, entre otros.

En resumen, podemos sostener que el sistema electoral comprende tres grandes componentes: 1) fórmula electoral (mayoritaria o proporcional); 2) circunscripciones electorales (uninominales o plurinominales) y; 3) lista electoral (formas de candidatura).

2. Análisis

El primer párrafo del artículo esboza una definición de sistema electoral que se confunde con el concepto de Derecho Electoral, que alude -este último- al conjunto de normas jurídicas que rigen los procesos electorales.

En realidad, lo que se traza son objetivos, metas y finalidades hacia los que se deben dirigir los procesos de selección y renovación de la representación política.

¹¹¹⁰ CAPEL. Diccionario Electoral Tomo II, 2ª edición, IIDH, Costa Rica, 2000

¹¹¹¹ NOHLEN, Dieter. Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina. IIDH, México, 1998, p.145

¹¹¹² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Estudios de Derecho Electoral Ediciones Jurídicas, Lima, 1997, p.23

Las elecciones, en definitiva, no son por sí solas procesos exclusivos ni garantía suficiente de un régimen democrático representativo; pero sin lugar a dudas, constituyen un elemento fundamental para su caracterización. Por ello, la necesidad de dotadas de determinadas reglas que aseguren que los resultados electorales reflejen la voluntad de los electores.

Es en ese orden de ideas que el legislador constituyente incorpora en el primer párrafo, conceptos dirigidos a garantizar el respeto de la voluntad popular. Así se establece que el sistema electoral-entiéndase en el real sentido del artículo 176 como sistema electoral propiamente, administración electoral y Derecho electoral nacional- tiene por finalidad que las votaciones traduzcan la expresión auténtica de los ciudadanos. Se trata pues, que los resultados electorales, real y efectivamente correspondan a lo que el elector, individualmente, y el cuerpo electoral, de manera colectiva, expresó en el acto de votación. Se persigue que las elecciones sean procesos transparentes, excluyendo la posibilidad del fraude electoral, recurso frecuentemente utilizado en nuestra historia electoral del siglo XIX e inicios del XX, y que asomó durante las elecciones desarrolladas durante el mandato del presidente Fujimori, luego del autogolpe del 5 de abril de 1992.

Se prescribe, también, que las votaciones sean expresión libre y espontánea. Entendemos que en esta parte se alude a la libertad de sufragio, como característica y garantía del ejercicio del derecho político de sufragio. El sufragio es libre, en tanto que su ejercicio no esté sujeto ni sometido a presión de ningún tipo. La libertad de sufragio se ve amenazada ya sea mediante la intimidación o por medio del soborno.

En el primer caso, nos encontramos ante aquella modalidad de presión que consiste en la amenaza de represalias contra el elector si es que no vota en el sentido sugerido por un tercero, que en no pocos casos se trata del gobernante. El soborno se expresa en prebendas o regalías que se otorgan al elector a efecto que este se sienta comprometido con votar a favor de determinada opción política. La protección de la libertad de sufragio se garantiza, con normas electorales que regulen adecuadamente las campañas electorales y la utilización de fondos públicos, así como a través de la institucionalización del voto secreto, que permite -este último- que la voluntad del elector no pueda ser conocida por terceros.

Finalmente, el primer párrafo del artículo en análisis, hace mención a que los escrutinios deben caracterizarse por su exactitud y oportunidad. El escrutinio comporta una etapa sumamente importante del proceso electoral, y consiste en el acto jurídico -en tanto lo realizan funcionarios nombrados por el órgano electoral correspondiente- de contabilizar los votos. La exactitud y oportunidad del escrutinio implica que el recuento de votos debe revelar la voluntad del cuerpo electoral expresada en las urnas, y que los resultados, deben publicitarse en el plazo más corto posible.

Es preciso anotar que la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859, en lo referente al conteo de votos y determinación de resultados, establece dos etapas: el escrutinio y el cómputo. El escrutinio se realiza en la misma mesa de sufragio al término de la votación. El escrutinio en mesa, conforme al artículo 284 de la

citada ley electoral, es irrevisable, lo que no impide que los personeros puedan formular impugnaciones, las mismas que son resueltas en la mesa de sufragio, y contra lo que cabe apelación, la que es resuelta, a su vez, por los Jurados Electorales Especiales, en tanto que el cómputo supone la consolidación de los resultados de mesa sobre la base de las actas electorales de cada una de ellas. El cómputo electoral está a cargo de la Oficina Nacional de Procesos electorales (ONPE).

El segundo párrafo se refiere a las funciones del sistema electoral, que como ya se ha sostenido, en realidad se trata de funciones de los órganos que comprenden la administración electoral en el Perú.

Los procesos electorales reportan el desarrollo de dos funciones bien definidas una operativa (planificación, dirección, ejecución y fiscalización) y otra contenciosa (resolución de reclamaciones, impugnaciones, tachas, etc.). Lo que es materia de comentario, alude a la función operativa, que se detalla en las siguientes: el planeamiento, la organización y la ejecución de los procesos electorales o de referéndum u otras consultas populares; así como el mantenimiento y la custodia de un registro único de identificación de las personas.

El planeamiento y organización supone el diseño e implementación de una serie de medidas, acciones y procedimientos dirigidos a la realización de elecciones, estableciéndose metas y objetivos, los mismos que se encuentran establecidos en el primer párrafo del artículo en análisis. La ejecución comporta la materialización y puesta en marcha de dichas acciones y procedimientos, y que se desarrollan a lo largo de las distintas etapas del proceso electoral.

El Diccionario Electoral de CAPEV4), distingue tres etapas del proceso electoral: a) preparatoria; b) constitutiva; y c) integrativa de eficacia.

La etapa preparatoria se inicia con la convocatoria, que en el Perú, la realiza el Presidente de la República, para el caso de elecciones generales, regionales y municipales; y el Jurado Nacional de Elecciones, para referéndum y otras consultas populares. Así mismo comprende la inscripción de los partidos y candidatos, y todo lo concerniente a la campaña electoral.

La segunda etapa -constitutiva- se resume fundamentalmente en tres fases: votación, escrutinio y proclamación de resultados.

Finalmente, la etapa integrativa de eficacia materializa la renovación de la representación política, lo que se consigue mediante la publicidad de los resultados electorales.

En cuanto al mantenimiento y la custodia de un registro único de identificación de las personas, es una función que se encarga al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). En épocas electorales, el RENIEC proporciona el padrón electoral actualizado al Jurado Nacional de Elecciones, el que a su vez lo aprueba para su utilización en los comicios electorales.

DOCTRINA

CAPEL. Diccionario Electoral. Tomo 11, segunda edición, IIDH, Costa Rica, 2000; NOHLEN, Dieter. Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina. IIDH, México, 1998; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Estudios de Derecho Electoral.

Ediciones Jurídicas, Lima, 1997.

Conformación del Sistema Electoral

Artículo 177

El sistema electoral está conformado por el Jurado Nacional de Elecciones; la Oficina Nacional de Procesos Electorales; y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Actúan con autonomía y mantienen entre sí relaciones de coordinación, de acuerdo con sus atribuciones.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 43, 178, 182, 183 Y 203 inc. 3);

L.O.J.N.E.: arts. 3,6;

L.O.O.N.P.E.: art 3;

L.O.R.E.N.I.E.C.: arts. 1,3

Gastón Soto Vallenas

1. Aspectos generales

El artículo 177 de la Constitución Política vigente, establece que conforman el sistema electoral peruano tres órganos: El Jurado Nacional de Elecciones (JNE), la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC).

Sin embargo, como lo hemos señalado, cuando hacemos referencia a los órganos electorales, estamos refiriéndonos a lo concerniente con la administración electoral no al sistema electoral.

Desde la Constitución de 1933 hasta la de 1979, y en un lapso de casi 70 años, el diseño de la administración electoral estaba concebido en base a un solo organismo electoral: el Jurado Nacional de Elecciones.

Es a partir de la Constitución vigente que se quiebra este modelo creándose un denominado "sistema" tricéfalo.

Los argumentos centrales que justificaron la creación de tres órganos electorales fueron la modernización y la necesidad de especialización en el tratamiento de los procesos electorales.

Sin embargo, cierto es que un importante sector -académico y político- discrepa de este nuevo diseño de la administración electoral. Sobre el particular, resulta importante la opinión del profesor español Fernández Segado quien refiere: "El artículo 177 de la Constitución contempla junto al JNE a otros dos órganos que se integran en el sistema electoral: la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, órganos todos ellos que actúan con autonomía y mantienen entre sí relaciones de coordinación, de acuerdo con sus atribuciones. Este tríptico de órganos electorales se nos antoja innecesario, muy especialmente en lo que atañe a la Oficina Nacional de Procesos Electorales. Más que clarificar el proceso electoral, aporta confusión

al mismo, sobre todo por la falta de delimitación en el ejercicio de sus respectivas atribuciones"¹¹¹³.

Similar cuestionamiento formula el peruano García Toma, cuando sostiene: "En conclusión, si queremos preservar el fin supremo del régimen electoral, consistente en velar por respeto y cumplimiento de la voluntad popular manifestada en los procesos electorales con atención a criterios de eficiencia y eficacia, debe devolverse al Jurado Nacional de Elecciones la condición de ente exclusivo de dicha actividad"¹¹¹⁴.

A partir del modelo adoptado por la Constitución de 1993, el problema se ha centrado en optar por dos opciones: organismo único, o más de un organismo con funciones diferenciadas en materia electoral. Consideramos que el legislador constituyente, al momento de formular el diseño de la administración electoral, no tomó en cuenta que esta debe responder a consideraciones históricas, de cultura política, de institucionalidad y de carácter técnico.

Sobre las consideraciones históricas, nos referimos a la denominada Constitución histórica, que no es otra cosa que: "un conjunto de normas y principios que, reiterados en el tiempo, se convierten en una constante que identifica a las instituciones con la realidad y con la legislación al uso. Todas las instituciones reconocidas por la Constitución tienen un antecedente, un tronco común que las identifica y enriquece. La Constitución histórica busca, precisamente, identificar el hilo conductor(...) que permite la formación de la Constitución escrita o formal"¹¹¹⁵.

El modelo vigente del denominado sistema electoral, ha quebrado innecesariamente la Constitución histórica del Perú en materia electoral, al crear dos órganos adicionales al JNE, restándole a este, atribuciones y competencias, como bien sostiene Valentín Paniagua: "Se han deprimido y debilitado gradualmente las tareas usuales del Jurado Nacional de Elecciones. La reforma planteada por los constituyentes de 1993 no guarda concordancia con la Constitución histórica del Perú(...)"¹¹¹⁶.

En relación a las consideraciones de carácter institucional, consideramos que el modelo tricéfalo ha truncado un proceso sostenido de consolidación y afirmación institucional del JNE, que no era otra cosa que fruto del resultado de los procesos electorales que tuvo a su cargo diseñar, conducir y gestionar desde 1931 hasta 1992, como único órgano electoral.

Por último, y en cuanto al aspecto técnico, como se sostuvo, uno de los argumentos que se esgrimió a favor del nuevo modelo de tres órganos, fue el

¹¹¹³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Estudios de Derecho Electoral. Ediciones Jurídicas, Lima, 1997.

¹¹¹⁴ GARCÍA TOMA, Víctor. Razones para una unificación: opiniones y análisis de juristas. Varios autores. JNE, Lima, 2002, p. 19.

¹¹¹⁵ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Razones para una unificación: opiniones y análisis de juristas. Varios autores. JNE, Lima, 2002, p. 27

¹¹¹⁶ PANIAGUA CORAZAO, Valentín. La Constitución de 1993: Análisis y comentarios. Varios autores. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994

de la especialización. Es decir, la necesidad de un órgano altamente especializado, a efectos de que desarrolle la función operativa de los procesos electorales. Sin embargo, la experiencia mundial nos permite verificar que la parte operativa de los procesos electorales es encargada a empresas de alto nivel técnico, como fue el caso de Argentina en las últimas elecciones presidenciales, que contó con la participación de INDRA (empresa española), el caso de Paraguay, o el de Ecuador el año 2002.

El Perú no es ajeno a esta práctica. En las elecciones generales del 2001, intervinieron las firmas nacionales J. Evans y Asociados S.A. y Enotria. Finalmente, Cosapi Data y GMD realizaron el análisis, diseño, soporte y operación del sistema electoral, así como la implementación y puesta en marcha de los 133 centros de cómputo que operaron en las elecciones municipales y regionales del 2002; es decir, casi la totalidad de la planificación y organización de dicho proceso electoral.

A ello se suma los constantes y potenciales conflictos de competencia entre los órganos que componen el sistema, así como la duplicidad de esfuerzos por la falta de unidad de mando.

En resumen, el modelo de administración electoral de la Constitución de 1993, que comprende y mantiene tres órganos, resulta contrario a la Constitución histórica del Perú, trunca el proceso de consolidación institucional del Jurado Nacional de Elecciones, y reporta una experiencia negativa por la duplicidad de esfuerzo y los conflictos de competencia, por lo que bien debería retornarse al modelo que rigió y funcionó desde la Constitución de 1933.

2. Análisis

Como se ha señalado, el artículo materia de análisis establece tres órganos que componen el denominado sistema electoral.

El primero de ellos es el Jurado Nacional de Elecciones, que conforme lo establece su Ley Orgánica, es un organismo autónomo que cuenta con personería jurídica de derecho público siendo sus funciones más importantes: administrar justicia en materia electoral; la fiscalización de los procesos electorales y de las consultas populares; el mantenimiento y custodia del registro de organizaciones políticas, entre otras que dispone la Constitución y las leyes.

La Oficina Nacional de Procesos Electorales tiene como función la de organizar los procesos electorales, de referéndum y otras consultas populares. Así mismo diseña la cédula de sufragio y suministra el material electoral que se utiliza en los procesos electorales. A diferencia del Jurado Nacional de Elecciones, que es un órgano colegiado, al frente de la ONPE se ubica un Jefe cuyo nombramiento recae sobre el Consejo Nacional de la Magistratura.

Por su parte, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil es un órgano técnico, que se encarga de la identificación de los ciudadanos, de extender el documento de identidad, entre otros. En puridad, su única participación en

materia electoral consiste en elaborar y mantener actualizado el padrón electoral para que en épocas electorales lo proporcione al Jurado Nacional de Elecciones para su aprobación y utilización oficial en los procesos electorales y de consulta popular.

El artículo prescribe que estos organismos actúan con autonomía y mantienen una relación de coordinación.

Coincidimos con García Toma cuando sostiene que "la autonomía debe ser entendida como el ejercicio privativo de autoridad -con plenas facultades de administración y jurisdicción sobre los asuntos de su competencia- que la Constitución le asigna a cada uno de los órganos"¹¹¹⁷.

En consecuencia la autonomía de los órganos electorales se expresa en el ejercicio libre de sus atribuciones y competencias.

Finalmente, el artículo 177 establece que entre los órganos del sistema debe mantenerse una relación de coordinación funcional, que tiene por propósito, entendemos, la cristalización de los fines previstos en el artículo 176. Es decir, el JNE, la ONPE y el RENIEC deben conjugar esfuerzos a efectos de que los procesos electorales sean transparentes y los resultados sean fiel reflejo de la voluntad popular.

Sin embargo, y como lo hemos sostenido, la tricefalia del modelo de administración electoral constituye un obstáculo potencial para que el nivel de coordinación sea eficaz.

DOCTRINA

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Estudios de Derecho Electoral. Ediciones Jurídicas, Lima, 1997; GARCÍA TOMA, Víctor. Razones para una unificación: opiniones y análisis de juristas. AA.W., JNE, Lima, 2002; GARCÍA TOMA, Víctor.

Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Tomo 1, Universidad de Lima - Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, 1998; PANIAGUA CORAZAO, Valentín. La Constitución de 1993: análisis y comentarios. AA.W., Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994; SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Razones para una unificación: opiniones y análisis de juristas. AA.W., JNE, Lima, 2002.

¹¹¹⁷ GARCÍA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Tomo 1, Universidad de Lima-Fondo de Desarrollo Editorial. Lima, 1998, p. 247.

Artículo 178

Atribuciones del Jurado Nacional de Elecciones

Compete al Jurado Nacional de Elecciones:

1. Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares, así como también la elaboración de los padrones electorales.
2. Mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas.
3. Velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral.
4. Administrar justicia en materia electoral.
5. Proclamar a los candidatos elegidos; el resultado del referéndum o el de otros tipos de consulta popular y expedir las credenciales correspondientes.
6. Las demás que la ley señala.

En materia electoral, el Jurado Nacional de Elecciones tiene iniciativa en la formación de las leyes.

Presenta al Poder Ejecutivo el proyecto de Presupuesto del Sistema Electoral que incluye por separado las partidas propuestas por cada entidad del sistema. Lo sustenta en esa instancia y ante el Congreso.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 35, 96, 107, 113 inc. 5), 114 inc. 2), 117,118 inc. 10),142, 179 a 181 y 203 inc. 5);

L.O.E.: arts. 26 al 28, 370;

L.O.J.N.E.: arts. 1, 5, 6, 7;

Ley 26533: arto 3;

C.A.D.H.: arts. 23.1.a, 23.1.b;

D.U.D.H.: arto 21 incs. 1), 3);

P.I.D.C.P.: arts. 25.a, 25.b -

Isaac Hurtado Cruz

El artículo 178 de la Constitución delimita el marco del ámbito funcional del Jurado Nacional de Elecciones, enumerando las atribuciones que le corresponden según el nuevo rol que se le asigna dentro del modelo tripartito de organización electoral asumido por la referida Carta Magna. Desde la creación de este organismo, mediante Decreto Ley N° 7177, Estatuto Electoral, expedido el 26 de mayo de 1931, su ámbito de competencias ha ido variando en el tiempo. Conforme a lo establecido en este Estatuto, el Jurado Nacional de Elecciones por ser jurado electoral, tenía funciones generales relativas a la fiscalización electoral¹¹¹⁸; y, funciones especiales inherentes a su carácter nacional. Para el primer caso, el artículo 50 del Estatuto precisaba que "los jurados electorales tendrán a su cargo, con plena autonomía, pero de acuerdo con este Estatuto, la supervigilancia del Registro Electoral Nacional, de las

¹¹¹⁸ El Capítulo II del Decreto Ley N° 7177, Estatuto Electoral, Titulado "Jurados Electorales", distingue -en el artículo 49- entre el Jurado Nacional de Elecciones y los Jurados Departamentales de Elecciones.

elecciones mismas, del escrutinio, de la proclamación, y, en general, de todos los actos inherentes a las elecciones para el Presidente de la República y representantes a Congreso".

Para el segundo caso, el artículo 82 de la referida norma otorgaba al Jurado Nacional de Elecciones las siguientes atribuciones: 1) revisar los escrutinios de las elecciones para presidente de la República, realizar el cómputo general y proclamar al elegido; 2) determinar el cociente electoral para los efectos de la representación de las minorías y señalar, conforme a las disposiciones pertinentes de este Estatuto, la proporción en que los partidos tengan derecho a tal representación; 3) proclamar y otorgar las respectivas credenciales a los candidatos elegidos por voto acumulativo cuyos nombres figuren en las listas oficiales inscritas y registradas por los partidos; 4) resolver los recursos de nulidad referentes a las elecciones de representantes, en las formas prescritas por este Estatuto; 5) resolver las reclamaciones y tachas que se presenten dentro de los plazos establecidos en este Estatuto sobre la constitución de los jurados departamentales de elecciones; la calificación y registro de las listas de candidatos; el ejercicio de sus derechos por los personeros de los partidos; la validez del sufragio y la legalidad del escrutinio y, en general, todos los casos que el presente Estatuto contempla; y, 6) aclarar todas las dudas que se presenten sobre la aplicación de este Estatuto y dictar los reglamentos e instrucciones que juzgue necesarios.

La Carta Política de 1933 fortaleciendo el modelo del Estatuto Electoral, consagró la independencia definitiva de las funciones electorales que antes habían recaído en el Congreso de la República e instituye al Poder Electoral en su artículo 88 que a la letra reza: "El Poder electoral es autónomo. El registro es permanente. La inscripción y el voto son obligatorios para los varones hasta la edad de 60 años, y facultativos para los mayores de esta edad. El voto es secreto. El sistema de elecciones dará representación a las minorías, con tendencia a la proporcionalidad".

El Jurado Nacional de Elecciones, en un proceso de evolución constitucional iniciado desde 1931, estuvo ejerciendo las atribuciones propias del Poder Electoral¹¹¹⁹.

La Constitución de 1979, en su Capítulo XIV lo incorpora a la estructura del Estado, poniendo a su cargo los procesos electorales, de conformidad con el artículo 286 de esta ley de leyes. También le otorga, como parte de sus

¹¹¹⁹ PAREJA PAZ SOLDÁN, José. Derecho Constitucional peruano. 4ª edición aumentada. Biblioteca de Derecho. Ediciones Librería Studium, Lima, 1966, p. 373. Sobre el término "Poder Electoral", el constitucionalista precisa lo siguiente: "El Poder Electoral tiene a su cargo la organización de la función electoral. Es el órgano supremo y directo del Estado encargado de organizar el proceso electoral, de constatar sus resultados y de proclamar a los elegidos, otorgándoles las respectivas credenciales. Es una función de Estado que representa una voluntad autónoma: la del cuerpo electoral. Sus decisiones tienen fuerza obligatoria. El Poder Electoral tiene menor o mayor extensión según la amplitud del régimen del sufragio en los diversos países".

funciones, "el conocimiento de las materias relativas al ejercicio del sufragio, la validez o nulidad de las elecciones, la proclamación de los elegidos, la expedición de credenciales, los procedimientos electorales y las demás señaladas en la ley." Asimismo, en el artículo 294 de dicha Carta Política se estableció que el Registro Electoral y el Registro de Partidos Políticos dependen del Jurado Nacional de Elecciones, lo cual fortalecía a este organismo como ente rector del Poder Electoral.

El modelo de organización electoral que adopta la Constitución de 1993, como bien acota Enrique Bernaldes¹¹²⁰, deja de lado la estructura unificada de organización electoral estatuida desde 1931, para distribuir las funciones que antes correspondían al Poder Electoral, a tres órganos autónomos distintos: Jurado Nacional de Elecciones, en el que recaían todas las atribuciones de dicho poder; la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil¹¹²¹, correspondiendo actualmente al Jurado las atribuciones contenidas en el artículo 178 de la Constitución y que pasaremos a desarrollar a continuación.

1. Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares, así como también la elaboración de los padrones electorales

Este inciso consagra lo que en la práctica se ha denominado fiscalización electoral, función que conforme a la revisión histórica efectuada en las líneas precedentes es consustancial al Jurado Nacional de Elecciones. En términos electorales, la fiscalización consiste en el ejercicio de todos aquellos medios de vigilancia y control electorales, por parte de las autoridades competentes, con el objeto de asegurar que los comicios se lleven adelante conforme a la legislación electoral y traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos¹¹²².

Para el Jurado Nacional de Elecciones, la "fiscalización electoral implica acciones de observación, verificación, vigilancia, supervisión, investigación, control -entre otras- que buscan prevenir, evitar y / o detectar la realización de actos o actividades contrarios a las disposiciones vigentes, en todos sus momentos y en los diversos ámbitos donde se lleva a cabo el proceso electoral¹¹²³".

Entendida así, se observa que desde una perspectiva funcional, la fiscalización cumple dos roles fundamentales. Por un lado se constituye en una función que garantiza el ejercicio de los derechos políticos enunciados en el primer párrafo

¹¹²⁰ BERNALDES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. 5' edición.

Instituto Constitución y Sociedad. Lima, 1999, p. 749

¹¹²¹ HURTADO CRUZ, Virgilio. &1orma electoral. En: "Diario oficial El Peruano". Miércoles 5 de mayo de 2004, p. 8.

¹¹²² HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. Fiscalización de elecciones. En: "Diccionario Electoral". Tomo 1. 2' edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), Costa Rica, 2000, pp. 594-595

¹¹²³ JURADO NACIONAL DE ELECCIONES. 1) Manual del fiscalizador electoral. Elecciones Generales 2001, pp. 7 -8.

del artículo 31 de la Constitución, los cuales revisten el carácter de fundamentales al estar consagrados en el inciso 17 del artículo 2 de dicha Carta Fundamental. En tanto que por otro lado, es garantía a los intereses de los partidos políticos y a la legitimidad de la democracia representativa.

1.1. Fiscalización de la legalidad del ejercicio del sufragio

La estructura de la norma bajo comentario contempla tres supuestos de hecho. El primero está referido a la fiscalización de la legalidad del ejercicio del sufragio, función que ha sido recogida literalmente por el inciso b) del artículo 5 de la Ley N° 26486, Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones. Consiste básicamente en que el acto de sufragio se efectúe respetando los actos técnicos previstos en las normas electorales vigentes¹¹²⁴, lo que implica una labor de verificación de garantías para que los ciudadanos inscritos en el padrón electoral hagan ejercicio de su derecho a voto observando su carácter personal, igual, libre, secreto y obligatorio, conforme a lo establecido en el artículo 31 de la Constitución.

A excepción de la obligatoriedad, los demás caracteres del voto deben observarse durante el acto electoral, mediante los mecanismos de fiscalización¹¹²⁵. El carácter personal del voto implica la diligencia de verificar que sea la persona del propio elector la que emita el voto, por cuanto se trata de sufragio directo. Esta razón hace inadmisibles toda forma de representación, disponiendo la legislación la figura de "impugnación a la identidad del elector" y sancionando penalmente la suplantación según lo dispuesto por el artículo 386 de la Ley Orgánica de Elecciones¹¹²⁶. El carácter igual significa que el voto emitido por una persona tiene el mismo efecto y valor que el emitido por las demás, lo que exige un conjunto de medidas destinadas a verificar que en cada mesa de sufragio las cédulas de votación que se encuentran en las ánforas electorales coincidan en igual número con los ciudadanos que han emitido el voto y han firmado el padrón electoral, dejando constancia de ello en las actas electorales. El carácter libre implica que el elector cuente con todas las garantías para que su voto sea el fiel reflejo de su voluntad interna (autónoma)¹¹²⁷ y no sea emitido mediante actos de coacción, coerción o

¹¹²⁴ SILIE GATON, José A. Tratado de Derecho Electoral. Editorial Incat. República Dominicana, Santo Domingo, 1994, p. 244. El autor define a la elección como "un conjunto de actos de carácter técnico jurídico conducentes a un ordenamiento político, para civilizadamente seleccionar las personas con actitudes legales y que por delegación popular han de gobernar la nación durante el período constitucional establecido". De ello se colige que la función de fiscalización de la legalidad del sufragio importa también la de las normas adjetivas en su conjunto.

¹¹²⁵ JURADO NACIONAL DE ELECCIONES. 2) Manual de procedimientos de fiscalización electoral. Elecciones regionales y municipales 2002, p. 85. Aquí se observan los puntos que son de interés para la fiscalización al momento de realizarse la votación

¹¹²⁶ El artículo 386 de la Ley N° 26859, Orgánica de Elecciones establece que: "Es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años aquél que vota con Documento Nacional de Identificación ajeno o sin tener derecho de sufragio".

¹¹²⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo 1, Palestra Editores, Lima, 2001, pp. 103-104. El autor precisa que "la voluntad interna se forma mediante el concurso del discernimiento (aptitud de apreciar), la intención (querer lo que se sabe) y libertad (falta de presión externa)". Si este último elemento -libertad- no se diera, el voto ya no correspondería al querer intrínseco del

inducción¹¹²⁸. El carácter secreto del voto implica que los ambientes de votación destinen espacios adecuados para que los electores emitan su voto con la plena certeza de que ningún tercero tendrá acceso a la cédula de sufragio que contiene su decisión política, exceptuándose únicamente al elector invidente que puede ingresar a la cámara secreta con una persona de su confianza¹¹²⁹.

La obligatoriedad del voto está relacionada con el deber que tienen todos los ciudadanos de integrar el cuerpo electoral¹¹³⁰ y ser partícipes de la decisión política agregada que se determina en el proceso electoral. Esto no implica que el ciudadano va a ser requerido por el Estado bajo el imperio de la coerción para que emita el voto, sino que simplemente será sancionado con una multa por ser omiso al acto de sufragio. En tal sentido, el Jurado Nacional de Elecciones fiscaliza la obligatoriedad del voto en acto posterior al sufragio imponiendo la multa correspondiente¹¹³¹.

1.2. Fiscalización de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares

El segundo supuesto de hecho contenido en el inciso 1) del artículo 178 está referido a que el Jurado Nacional de Elecciones debe fiscalizar la legalidad de la realización de los procesos electorales, de referéndum y de otras consultas populares, precepto que ha sido recogido textualmente por el inciso c) del artículo 5 de su Ley Orgánica. Para ello, los actos de fiscalización del Jurado deben orientarse también a garantizar que los procesos electorales, el de referéndum u otras consultas populares -en todas sus etapas- se sujeten a las disposiciones previstas en la ley. Los tres procesos se inician con la convocatoria¹¹³² y culminan con la proclamación de los resultados, de las opciones políticas o ciudadanos elegidos o con la posesión de sus cargos¹¹³³; por lo que se sobrentiende que dentro de ellos están implícitos la elaboración

elector y sería una imposición

¹¹²⁸ PRESNO LINERA, Miguel Ángel. El derecho al voto. Colección Temas Clave de la Constitución Española. Editorial Tecnos, Madrid, 2003, pp. 206-207. Al respecto, el citado autor afirma que "la exigencia de que la participación de los individuos en las elecciones consista en un acto libre (...) parece un requisito imprescindible y, por ello, redundante en un sistema que se califique de democrático, pues la libertad en el ejercicio de autodeterminación política en que consiste el sufragio es consustancial a la democracia". En tal sentido prosigue indicando que "si el ejercicio del sufragio está sometido a amenazas, coacciones o cualquier tipo de influencia externa que coarte la libertad del individuo no nos encontramos ante un proceso democrático".

¹¹²⁹ El artículo 263 de la Ley Orgánica de Elecciones establece que: "Los invidentes son acompañados a la cámara secreta por una persona de su confianza y, de ser posible, se le proporciona una cédula especial que le permita emitir su voto".

¹¹³⁰ RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge. Teoría y práctica del Derecho Constitucional Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 269. Anota el autor que: "El Cuerpo electoral está constituido por todos los ciudadanos mayores de edad con derecho de sufragio activo (...)". Asimismo, precisa que el Cuerpo Electoral "está formado por los miembros de la comunidad nacional capaces de manifestar las decisiones que condicionan cualquier actividad pública en un Estado democrático, incluso la forma política de ese mismo Estado mediante la reforma constitucional".

¹¹³¹ Texto Único de Procedimientos Administrativos del Jurado Nacional de Elecciones. Resolución N° 036-2004-P-JNE de 08 de marzo de 2004.

¹¹³² El proceso electoral se inicia con la convocatoria efectuada por el Presidente de la República (numeral 5 del artículo 118 de la Constitución, artículos 80 y 81 de la Ley N° 26859, artículo 4 de la Ley N° 27683 Y artículo 3 de la Ley N° 26864); el referéndum con la convocatoria de la autoridad electoral (artículo 44 de la Ley N° 26300) Y las revocatorias con la convocatoria efectuada por el Jurado Nacional de Elecciones (artículo 21 de la Ley N° 26300).

del padrón electoral así como el acto de votación, de manera que este segundo supuesto de hecho pudo ser suficiente para que se fiscalice todo. Sin embargo, el constituyente de 1993 hace el distingo correspondiente, para que en cada caso se tomen acciones específicas de fiscalización.

La función de organización y ejecución de los procesos electorales, de referéndum y otras consultas populares corresponde a la Oficina Nacional de Procesos Electorales-ONPE¹¹³⁴, en tanto que los actores electorales tienen espacios de participación, sea como parte en la contienda electoral o fuera de ella en el cumplimiento de normas de garantía y neutralidad, por lo que la fiscalización de estos procesos por parte del Jurado Nacional de Elecciones se orientará, fundamentalmente a que la ONPE mediante sus diversas unidades, y los actores cumplan con sus funciones dentro del marco de la ley.

Pero la fiscalización no queda allí. Los partidos durante los procesos electorales son parte de la "lucha electoral", tienen espacios en los medios, despliegan maquinaria publicitaria y en ese escenario son actores electorales y no deben alterar el curso del proceso. En este sentido, el Jurado Nacional de Elecciones centra su atención en la campaña electoral¹¹³⁵ a efectos de que los partidos políticos accedan a los medios de comunicación, de publicidad y propaganda electoral para que la ciudadanía conozca a sus candidatos y sus propuestas políticas¹¹³⁶; observando el respeto a parámetros de igualdad en la contienda¹¹³⁷, así como la conservación de los bienes públicos, de relevancia

¹¹³³ GARCÍA SORIANO, María Vicenta. Elementos del Derecho Electoral. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 67. Define al proceso electoral como "un iter que integra diferentes momentos hasta llegar a aquel en que los electos pueden tomar posesión de sus cargos, legitimándose así las instituciones representativas". Asimismo, la autora acota que resulta necesario comenzar el estudio del proceso electoral "por el acto con que se inicia, es decir, la Convocatoria de la elección". Este enfoque implica que en la doctrina, el proceso puede concluir con la posesión del cargo y no con la sola proclamación del candidato ganador

¹¹³⁴ El artículo 1 de la Ley N° 26487, Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales prescribe que este organismo "es la autoridad máxima en la organización y ejecución de los procesos electorales, de referéndum u otras consultas populares. (...)".

¹¹³⁵ BARAS GÓMEZ, Monserrat y BOTELLA CORRALES, Juan. El sistema electoral Colección Temas Clave de la Constitución Española. Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 83. Señala que la campaña electoral es el periodo de tiempo destinado por las candidaturas y los grupos políticos que las apoyan, a captar los votos del día de la elección.

¹¹³⁶ ALCUBILLA, Enrique Arnaldo. Los sondeos electorales: ¿liberalización o reglamentación? En: "Comentarios a la Constitución de 1993". Comisión Andina de Juristas, Lima, p. 223. Afirma que "la campaña electoral asegura la difusión de los programas electorales de las candidaturas en liza ante el universo de los electores a fin de obtener su apoyo; la campaña electoral hace posible, en términos de auténtica competencia, la presentación y discusión de las distintas opciones o alternativas que demandan el apoyo del cuerpo electoral".

PLANAS SILVA, Pedro. para regular lo campaña electoral En: "Simposio sobre reforma electoral. Memoria". Fundación Internacional para Sistemas Electorales-IFES. Lima, 1996, p. 215.

Afirma que la campaña electoral "requiere de un conjunto previo de actividades y de esfuerzos encaminados a orientar las decisiones a favor de cada partido, programa y candidatura".

¹¹³⁷ PEASE GARCÍA, Henry. El financiamiento de lo campaña electoral en el Perú 1989-1990. En: "Financiamiento y democratización interna de partidos políticos. Aproximaciones". Memorias del IV Curso Anual Interamericano de Elecciones. IIDH-Instituto Interamericano de Derechos Humanos;

CAPEL-Centro de Asesoría y Promoción Electoral. Costa Rica, 1991, p. 142. Coincidimos con el autor en el marcado nivel de desigualdad en el tema de las campañas electorales, por lo que la ley debe procurar la participación equitativa entre las diversas fuerzas políticas durante las

histórica, nacional o pertenecientes a privados; el deber de neutralidad de los funcionarios públicos y las prohibiciones a quienes postulan a la reelección (inmediata).

La función de sancionar los actos que contravengan este tipo de disposiciones son parte de la fiscalización de la legalidad del proceso y el Jurado como órgano electoral encargado de esta fiscalización tiene un papel importante. En virtud a esta función, el Jurado expidió para el Proceso de Elecciones Regionales y Municipales 2002, la Resolución N° 182-2002-JNE que aprueba la Directiva N° 002-ERM/ JNE -2002 que reguló la "Difusión y Control de Propaganda Electoral durante el Proceso de Elecciones Regionales y Municipales del año 2002", en cuyo marco se sancionó a autoridades públicas y a los propios partidos por incurrir en diversas prohibiciones, tal como se muestran en las Resoluciones N°s. 752-2002-JNE, 767-2002-JNE, 7742002-JNE Y N° 288-2002-JNE, entre otras.

1.3. Fiscalización de la elaboración de los padrones electorales

El último supuesto de hecho del inciso 1 del artículo 178, establece que corresponde al Jurado Nacional de Elecciones la fiscalización de la elaboración del padrón electoral, que implica un conjunto de actos previos al sufragio. El inciso d) del artículo 5 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones además de contemplar la fiscalización a la elaboración del padrón electoral, incluye acertadamente a "la fiscalización de la legalidad de la actualización y depuración final del padrón electoral de manera previa a cada proceso electoral", porque efectivamente, el tema requiere de un proceso constante y necesario que determine con exactitud el cuerpo electoral.

El padrón electoral es definido en la Ley Orgánica de Elecciones, artículo 196, como la relación de ciudadanos hábiles¹¹³⁸ elaborada sobre la base del registro único de identificación de las personas y que se mantiene y actualiza según los cronogramas y coordinaciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales. La importancia del padrón electoral radica en que es un instrumento público que permite la identificación del cuerpo electoral, la distribución geográfica del electorado para que los ciudadanos ejerzan el sufragio, así como orientar la campaña de las organizaciones políticas, medir la abstención electoral verdadera y servir de prueba documental del derecho de votar¹¹³⁹.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 183 de la Constitución, corresponde al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC preparar y mantener actualizado el padrón electoral. La elaboración del padrón electoral trae consigo la observancia y seguimiento a un conjunto de actos desarrollados en la Ley Orgánica de Elecciones (artículos 198-201). En este caso, el Jurado Nacional de Elecciones hace una verificación de los fallecidos de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional que aún figuran en

elecciones.

¹¹³⁸ Los ciudadanos hábiles son los ciudadanos peruanos con derechos civiles vigentes, como lo define el artículo 9 de la Ley N° 26859, Orgánica de Elecciones

¹¹³⁹ LEÓN-ROCH, Marta. Los registros electorales. En: "Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina". Dieter Nohlen, Sonia Picado, Daniel Zovatto (compiladores). 1 a edición. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1998, p. 253

el padrón, así como la consistencia en la integridad de los datos¹¹⁴⁰. Todo este proceso culmina con la conformidad del Jurado Nacional de Elecciones para que pueda ser utilizado en los procesos electorales.

En este orden de ideas, el Jurado Nacional de Elecciones debe verificar que todo el proceso de elaboración del padrón electoral se circunscriba a los pasos y actos previstos en la Ley. Para este efecto el padrón electoral se cierra dentro de los 120 días anteriores a la fecha prevista para las elecciones¹¹⁴¹. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil debe remitirlo al JNE con 90 días de anticipación a la fecha de las elecciones, para que apruebe su uso dentro de los 10 días posteriores a su recepción. La ausencia de pronunciamiento del Jurado dentro de dicho plazo importa el silencio administrativo positivo, produciéndose la aprobación automática y definitiva del padrón electoral.

Desde una perspectiva operativa, la función de fiscalización del Jurado Nacional de Elecciones es llevada a cabo de manera orgánica y sistematizada, por la Secretaría General a través de la Gerencia de Fiscalización, los Fiscalizadores y los Jurados Electorales Especiales¹¹⁴² y no se circunscribe únicamente a los organismos electorales, sino también a los partidos políticos a efectos de que la campaña y/o lucha electoral no contravenga los límites que dispone el ordenamiento jurídico¹¹⁴³. Asimismo, la fiscalización también alcanza a los demás actores electorales que conforme a las disposiciones de ley participan en el proceso electoral, como por ejemplo, los miembros de las Fuerzas Armadas, los observadores electorales y los propios electores.

2. Mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas

Las funciones de mantener y custodiar el registro de los partidos políticos siempre han correspondido al Jurado Nacional de Elecciones desde su creación en el Estatuto Electoral de 1931¹¹⁴⁴. La Constitución Política de 1979 establecía que el registro de partidos políticos dependía del Jurado Nacional de Elecciones. A diferencia de estas normas, el artículo 35 de la Constitución incorpora el término organizaciones políticas para hacer referencia a toda una gama de modelos societarios para la participación política, tales como los

¹¹⁴⁰ JURADO NACIONAL DE ELECCIONES. 3) resultados de la fiscalización del padrón electoral para las elecciones regionales y municipales 2002. Elaborado por la Gerencia de Fiscalización Electoral. Lima, 2002

¹¹⁴¹ Sobre este tema, el artículo 1 de la Ley N° 27764, que permite la inscripción de nuevos ciudadanos durante los procesos electorales establece el siguiente procedimiento: "En todo proceso electoral, incluidos los relacionados en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859, en la Ley de Elecciones Municipales N° 26864 Y en la Ley de Elecciones Regionales N° 27683, el padrón electoral se cierra ciento veinte (120) días antes de la fecha de las respectivas elecciones. (...)"

¹¹⁴² JURADO NACIONAL DE ELECCIONES. Ob. cit. 2), p. 9.

¹¹⁴³ RADUNSKY, Peter. Los luchas electorales. Colección Material de Formación Política N° 5. Konrad Adenauer Stiftung, Bonn, 1983.

¹¹⁴⁴ El artículo 86 del Estatuto Electoral de 1931 establecía que: "Los partidos políticos deberán registrarse ante el Jurado Nacional de Elecciones, si tienen candidato propio a la Presidencia de la República o lista de candidatos para representación de las minorías, y ante los Jurados Departamentales en los cuales lancen candidatos a representantes por mayoría. (...)". En todas las normas posteriores, tal como el artículo 60 del Decreto Ley N° 14250, Estatuto Electoral, se reafirma dicha función

partidos, movimientos y alianzas electorales¹¹⁴⁵. En tal sentido, el inciso 2 del artículo 178 de la Carta vigente y el inciso e) del artículo 5 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, hacen referencia al Registro de Organizaciones Políticas, distinguiendo asientos para cada uno de los modelos societarios antes referidos.

En tales asientos se inscriben las organizaciones políticas para tener su personería jurídica¹¹⁴⁶. La inscripción genera efectos políticos¹¹⁴⁷ inmediatos para la organización, pudiendo a partir de ella, participar en los procesos electorales y presentar listas de candidatos al Congreso, entre otros previstos en la Ley Orgánica de Elecciones y demás normas electorales. La Ley N° 28094, Ley de Partidos Políticos, en su artículo 4, consagró la existencia de un Registro de Organizaciones Políticas como órgano especializado a cargo del Jurado Nacional de Elecciones. En virtud a esta disposición se crea la Oficina de Registro de Organizaciones Políticas-OROP, como entidad encargada de la inscripción de las organizaciones políticas de alcance nacional, regional y local¹¹⁴⁸, lo que permitirá al Jurado Nacional de Elecciones cumplir con este mandato constitucional de manera más organizada, sistemática y especializada, ante el notable incremento de organizaciones políticas¹¹⁴⁹.

La norma constitucional sometida a análisis distingue dos deberes a cumplir por parte del Jurado: mantener el Registro de Organizaciones Políticas y

¹¹⁴⁵ La Ley N° 28094, Ley de Partidos Políticos, ha desarrollado esta distinción, definiendo cada uno de estos modelos societarios para la participación política. Así, el segundo párrafo del artículo 1 de la referida ley establece que "los partidos políticos son asociaciones de ciudadanos que constituyen personas jurídicas de derecho privado cuyo objetivo es participar por medios lícitos, democráticamente, en los asuntos públicos del país dentro del marco de la Constitución Política del Estado y de la presente ley. Del mismo modo, el primer párrafo del artículo 17 de la mencionada norma prescribe que "se entienden como movimientos las organizaciones políticas de alcance regional o departamental y como organizaciones políticas locales las de alcance provincial o distrital". Las alianzas electorales se reservan a los partidos y a los movimientos. El artículo 15 de la Ley de Partidos establece que "los partidos pueden hacer alianza con otros partidos o movimientos políticos debidamente inscritos, con fines electorales y bajo una denominación común. (...)".

¹¹⁴⁶ PATIÑO CAMARENA, Javier. Nuevo Derecho Electoral mexicano. 7a edición. Editorial Constitucionalista, México, 2002. p. 308. En diversos países latinoamericanos ocurre lo mismo, señalando el citado autor sobre este tema que "los partidos políticos inscritos tienen personalidad jurídica, gozan de derechos y prerrogativas y quedan sujetos a las obligaciones que establece la Constitución".

¹¹⁴⁷ GARCÍA TOMA, Víctor. Los derechos humanos y la Constitución. Editorial Gráfica Horizonte S.A., Lima, 2001, p. 402

¹¹⁴⁸ Artículo 4 del Reglamento del Registro de Organizaciones Políticas, aprobado por Resolución N° 015 -2004-JNE. Se entiende en dicho Reglamento que el Registro de Organizaciones Políticas es una dependencia del Jurado Nacional de Elecciones; es de carácter público y está abierto permanentemente, excepto seis (6) meses antes y tres meses después de cualquier proceso electoral, entendiéndose que se refiere a la fecha de los comicios.

¹¹⁴⁹ Antes de la Ley N° 28094, el Jurado Nacional de Elecciones cumplía con la función de inscripción de organizaciones políticas dentro de los parámetros establecidos por las leyes electorales. A este respecto expidió, por ejemplo, la Resolución N° 109-2002-JNE, publicada el 3 de abril de 2002 en el diario oficial El Peruano, en cuya virtud se aprueba el "Reglamento de Inscripción de Organizaciones Políticas". La norma tiene el carácter de reglamento secundum legem (reproduce la ley) y no establece el procedimiento administrativo a seguirse en el Jurado, lo que hoy en día se ha institucionalizado por lo establecido en la Ley N° 28094, Ley de Partidos Políticos.

custodiar dicho registro. El primero implica un conjunto de actos administrativos y diligencias orientadas al funcionamiento permanente del Registro, salvo el periodo de seis meses antes y tres meses después de cualquier proceso electoral. Durante su funcionamiento -conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Partidos- se registran el nombre del partido político, la fecha de su inscripción, los nombres de los fundadores, de sus dirigentes, representantes legales, apoderados y personeros, la síntesis del Estatuto y el símbolo.

El segundo deber lleva implícito un conjunto de actividades destinadas a cuidar y proteger el Registro en su integridad, siendo en ambos casos el Jurado Nacional de Elecciones responsable de los datos consignados en el Libro para Partidos Políticos;

y los Libros especiales para los Movimientos Regionales o Departamentales y para las Organizaciones Políticas Locales Provinciales y Distritales, así como de todo lo inherente al registro de datos sobre organizaciones políticas en su conjunto.

3. Velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral

El ejercicio de esta función lleva consigo la labor de vigilancia que debe hacer el Jurado Nacional de Elecciones para que las normas que hagan referencia a las organizaciones políticas y a la materia electoral sean efectivamente cumplidas por los actores electorales y por las instituciones comprometidas. Esta función es de carácter permanente, lo cual hace que este colegiado sea el garante de dicha normatividad, complementando y fortalecimiento además, la función de fiscalización prevista en el inciso 1) del presente artículo que se circunscribe únicamente a actos concretos sujetos a un plazo determinado dentro del proceso electoral.

Esta función bajo comentario también se encuentra prevista en el inciso g) del artículo 5 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones y distingue dos atribuciones claramente diferenciadas que conviene analizar. La primera es la de velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas, requiriéndose para su ejecución de una ley especial que desarrolle oportunamente el artículo 35 de la Constitución, tarea legislativa de suma importancia para la paulatina construcción del sistema de partidos y el consecuente fortalecimiento de la democracia representativa; y que desde una perspectiva institucional era de imperiosa necesidad para que el país inicie la reconstrucción de las instituciones políticas mediante el concurso de partidos con estructura democrática¹¹⁵⁰ capaces de canalizar la participación política y generar todo un circuito que genere mayor vinculación entre los ciudadanos y las instituciones públicas¹¹⁵¹.

¹¹⁵⁰ RUBIO CORREA, Marcial. Ley de partidos políticos: las reglas que nadie quiso aprobar. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997. Anota el constitucionalista que "el sistema de partidos aparece como un requisito indispensable pero no suficiente para el aporte partidario a la democracia. También es evidente que para que el sistema en su conjunto sea democrático, cada partido debe también ser serio a su interior y en la relación con los demás".

Sobre este tema, debemos recordar que desde la vigencia de la Constitución Política de 1993 hasta el 2 de noviembre de 2003 -fecha en que se expide la Ley N° 28094, Ley de Partidos Políticos- el Congreso no reguló el accionar de las organizaciones políticas en un corpus juns especializado que sistematice el tema, por lo que la función de observancia de las normas sobre partidos políticos quedó reducida a las disposiciones previstas en la Ley Orgánica de Elecciones, que señalan un conjunto de formalidades para la inscripción de las organizaciones políticas y, a su vez, prestan mayor atención al requisito de la lista de adherentes¹¹⁵²; así como la presentación de la proyección de gastos de campaña y la sus tentación respectiva con carácter de declaración jurada conforme al artículo 183; y, el acceso gratuito a los medios de comunicación del Estado previsto en el artículo 194, posteriormente modificado por el artículo 20 de la Ley N° 27369 que establece la franja electoral. La Ley Orgánica de Elecciones regula estas dos últimas actividades en el marco del proceso electoral, lo que l ha dado a la supervisión del Jurado Nacional de Elecciones en estos temas, un carácter estrictamente temporal.

La ausencia de una norma de esta naturaleza, así como la falta de voluntad política por parte del Congreso para desarrollar el artículo 35 de la Constitución y l expedir la tan ansiada Ley de Partidos Políticos, ha sido muy criticada por la doctrina l nacional¹¹⁵³.

Por estas consideraciones, la dación de la Ley N° 28094, Ley de Partidos Políticos, cobra singular importancia, porque permite al Jurado contar con una base firme para velar por la observancia de la legislación sobre organizaciones políticas, dejando de lado la fiscalización de las exigencias mínimas que prevé la Ley Orgánica de Elecciones para avocarse a una vigilancia más dinámica en temas fundamentales como la constitución y funcionamiento democrático de los partidos políticos; la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos; y, el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general, así como el financiamiento público directo de los partidos políticos; entre otros temas que desarrolla la mencionada ley¹¹⁵⁴.

La Ley de Partidos Políticos también otorga funciones a los demás organismos electorales, como es el caso de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, al

¹¹⁵¹ ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel. Gobernabilidad, crisis y cambio. Elementos para el estudio de la gobernabilidad de /os sistemas políticos en pocas de crisis y cambio. Primera reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México, 1995. El tratadista anota que "los partidos políticos han desempeñado desde hace dos siglos el papel fundamental de vincular la estructura formal del sistema político con los distintos elementos de la sociedad civil, fuesen ciudadanos individuales o integrados en los muchos tipos de grupos constituidos según criterios económicos, culturales, religiosos y raciales, entre otros".

¹¹⁵² Ver artículos 87 a 103 de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones

¹¹⁵³ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Ob. cit., p. 762.

¹¹⁵⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Partidos políticos, camino a una lry. Aportes y propuestas. Centro de Investigación Parlamentaria, Lima, 2003, pp. 25-37. En el texto se comprenden todos estos temas relativos a los partidos políticos en tres: "democracia interna, financiamiento y acceso a los medios de comunicación".

que de acuerdo al artículo 21 de la referida norma, le corresponde apoyar y brindar asistencia técnica a los procesos electorales organizados por los partidos políticos en las etapas de planeamiento del proceso y cronograma, elaboración del padrón electoral para este tipo de elecciones, inscripción de candidatos, elaboración del material electoral, publicidad electoral, conformación de las mesas receptoras de votos, acto de votación, escrutinio y cómputo de votos, entrega de resultados, resolución de impugnaciones y proclamación de resultados; temas que están vinculados a la especialidad de dicho órgano electoral.

Sin embargo, a pesar de que la Constitución Política y la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, le asignan al Jurado la atribución de "velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas", la Ley de Partidos Políticos, en un claro error de técnica legislativa, otorga a la Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios de la Oficina Nacional de Procesos Electorales funciones relativas a la verificación y control de la actividad económica y financiera de los partidos políticos, así como las asignaciones de tiempos para la aplicación de la franja electoral y espacios en radio y televisión en periodo no electoral¹¹⁵⁵.

Esta situación genera un evidente conflicto que pone en riesgo la validez¹¹⁵⁶ y constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley de Partidos y, en el mejor de los casos, genera una duplicidad de funciones, porque el inciso g) del artículo 5 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones que ordena al Jurado "velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas", aún está vigente. Dicha norma no ha sido derogada expresamente y no se aplica la derogación tácita por cuanto si bien la Ley de Partidos Políticos es una ley ordinaria aprobada con una votación variable, 74 votos para el caso concreto¹¹⁵⁷ el artículo 34 de esta ley no ha observado el procedimiento legislativo previsto en el Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso para la aprobación, modificación o derogación de leyes orgánicas¹¹⁵⁸. En este

¹¹⁵⁵ Ver artículo 34 de la Ley N° 28094, Ley de Partidos Políticos y el Reglamento de Asignación de Espacios en Radio y Televisión de propiedad del Estado a los partidos políticos en periodo no electoral, aprobado por Resolución Jefatura! N° 077 -2004-J / ONPE, publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de abril de 2004.

¹¹⁵⁶ BOBBIO, Norberto. Teoría general del Derecho. Tercera reimpresión de la segunda edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 21. El autor ha señalado que una de las operaciones a realizar para decidir si una norma es válida o no es la de "comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema (lo que también se llama derogación implícita), particularmente con una norma jerárquicamente superior (una norma constitucional es superior a una ley ordinaria en una constitución rígida) o con una norma posterior, como quiera que en todo ordenamiento jurídico rige el principio de que dos normas incompatibles no pueden ser válidas a un mismo tiempo (así como en un sistema científico dos proposiciones contradictorias no pueden ser ambas válidas)".

¹¹⁵⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo General. Expediente de la Ley N' 28094. Fojas 873.

Se advierte que la votación de la Ley de Partidos fue por partes y la concerniente al artículo 34 de este corpus iuris, es decir, el Capítulo IV, fue aprobado con 74 votos, pero no registra el procedimiento de doble votación que requiere una norma con carácter de ley orgánica.

¹¹⁵⁸ El último párrafo del artículo 73 del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso establece que "las iniciativas que versen sobre leyes orgánicas, leyes de desarrollo constitucional y la modificación de las leyes que se refieren al Régimen Económico (Título III de la Constitución Política) requieren para su aprobación de una doble votación. No se aplica este

contexto, el Jurado Nacional de Elecciones para cumplir con el mandato constitucional y de su ley orgánica, deberá supervisar la actuación de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y de su Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios, lo que equivale a decir: supervisar al supervisor.

Por último, el Jurado Nacional de Elecciones debe velar por el cumplimiento de las demás normas electorales, tales como la Ley N° 27683, Ley de Elecciones Regionales; la Ley N° 26864, de Elecciones Municipales; y, por extensión la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos que regula el referéndum y la revocatoria de autoridades, por cuanto el artículo 6 de la Ley Orgánica de Elecciones los comprende dentro de los procesos electorales.

4. Administrar justicia en materia electoral

La administración de justicia en materia electoral es otra de las atribuciones históricas del Jurado Nacional de Elecciones. La justicia electoral en sentido técnico o estricto, según el enfoque de Jesús Orozco Henríquez, comprende los diversos medios jurídicos-técnicos de impugnación o control, sean juicios, recursos o reclamaciones, de los actos y procedimientos electorales, ya sea que se substancien ante un órgano de naturaleza administrativa, jurisdiccional y/o política, para garantizar la regularidad de las elecciones y que las mismas se ajusten a derecho, esto es, a los principios de constitucionalidad y/o legalidad, resolviendo los diversos conflictos o controversias electorales y corrigiendo eventuales errores o infracciones a la norma correspondiente(44)(45) ¹¹⁵⁹.

El mismo autor ha precisado que la finalidad de la justicia electoral o contencioso electoral "ha sido la protección auténtica o tutela eficaz del derecho a elegir o ser elegido para desempeñar un cargo público, mediante un conjunto de garantías a los participantes (partidos políticos y, en su caso,

requisito a las iniciativas legislativas sobre las normas previstas en los artículos 78 y 80 de la Constitución".

Además, el inciso b) del artículo 81 de la misma norma prescribe que "para el debate y aprobación de proposiciones de ley que no se refieran a materia común, se observarán las siguientes reglas: (...) b) Leyes Orgánicas; se aprobarán o modificarán con el voto favorable de por lo menos la mitad más uno del número legal de Congresistas". De todo ello se colige que el procedimiento para aprobar o modificar una ley orgánica es la doble votación del Pleno, teniendo cada una la votación de la mitad más uno del número legal de los miembros del Congreso, requisito que no ha sido observado por la Ley de Partidos Políticos, siendo además una ley de desarrollo constitucional.

¹¹⁵⁹ OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. (1) Justicia electoral En: "Diccionario Electoral". Tomo 1. 2a edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL). Costa Rica, 2000, pp. 752-768.

COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús. Derecho Constitucional Electoral. 3a edición. Editorial Porma. México, 2003, p. 236. Siguiendo un parecer similar precisa que la justicia electoral en sentido estricto garantiza "la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales; en la transmisión del poder, en la elección de los poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión y de los Entes Federados, así como los Municipales en el ejercicio de los Derechos Políticos Electorales de los Ciudadanos, en el control de la Constitucionalidad de las leyes electorales; en la definitividad e inatacabilidad de los actos consentidos durante el proceso electoral y todo ello en la expedición de una justicia a través del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el cual está expedito para administrar justicia de manera gratuita en los plazos y términos que fija la ley tendiendo a que sea completa e imparcial".

ciudadanos y candidatos) a efecto de impedir que pueda violarse en su perjuicio la voluntad popular, contribuyendo a asegurar la legalidad, certeza, objetividad, imparcialidad, autenticidad, transparencia y justicia de los actos y procedimientos electorales¹¹⁶⁰.

La doctrina distingue cuatro modelos de organización para el ejercicio de la justicia electoral. El contencioso político, que se da cuando la asamblea política -Congreso o Parlamento- resuelve el recurso; el contencioso jurisdiccional, cuando resuelve un órgano jurisdiccional, el contencioso electoral administrativo, cuando la resolución de los recursos corresponde al propio órgano encargado de preparar las elecciones y el mismo tiene propiamente naturaleza administrativa; y el contencioso mixto, que contiene alguna combinación de elementos de los paradigmas anteriores en la solución de las controversias electorales.

En este sentido, resulta importante reflexionar sobre el modelo peruano, porque es evidente que el Jurado Nacional de Elecciones al tener funciones administrativas como el Registro de Organizaciones Políticas va a ejercer justicia administrativa, por un lado; en tanto que en lo contencioso electoral ejerce funciones de máximo tribunal electoral como lo señala el artículo 181 de la Carta Política, además de ser instancia definitiva para revisar las resoluciones de los demás organismos electorales, configurándose con todo ello un diseño institucional propio de los organismos que ejercen funciones jurisdiccionales. Estos elementos nos permite ubicar al modelo peruano dentro del paradigma contencioso electoral mixto, el cual es consecuencia de la división del Poder Electoral en tres órganos autónomos previstos en la Carta de 1993, diseño que ha mostrado graves problemas de ingeniería constitucional. Expresamente, Orozco Henríquez ha precisado que la organización electoral peruana se encuentra inmersa en el modelo contencioso electoral mixto por combinar la posibilidad de impugnar ante un órgano electoral administrativo autónomo y ante un órgano electoral jurisdiccional¹¹⁶¹,

El artículo 178 solo enumera las funciones del Jurado Nacional de Elecciones, por lo que el espíritu de la justicia electoral se encuentra desarrollado en el artículo 181 de la Constitución, el cual precisa sus principales características, como veremos más adelante,

5. Proclamar a los candidatos elegidos; el resultado del referéndum o el de otros tipos de consulta popular y expedir las credenciales correspondientes

La proclamación es un acto público en cuya virtud se habilita de manera oficial a los candidatos que han ganado o calificado en el proceso electoral para que desempeñen la función pública sujeta a elección popular¹¹⁶², La proclamación

¹¹⁶⁰ OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. (2) El contencioso electoral/La calificación electoral. En: "Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina". la edición, Dieter Nohlen, Sonia Picado, Daniel Zovatto (compiladores). Fondo de Cultura Económica. México D. F., 1998, p. 709.

¹¹⁶¹ OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. Ob. cito (2). p.736.

¹¹⁶² LAUGA, Martín. Publicación de /os resultados electorales, proclamación de /os candidatos electos. En: "Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina" l' edición. Dieter

de los resultados así como de los candidatos elegidos son la última etapa del proceso electoral, de referéndum o consulta popular, procediendo luego el repliegue de toda la maquinaria electoral que se extendió a lo largo y ancho del territorio de la República para la organización y ejecución de tales procesos¹¹⁶³, En América Latina es una atribución propia de los Tribunales Electorales quienes luego de haber absuelto las impugnaciones y apelaciones interpuestas durante el curso del proceso electoral, proceden a reconocer en acto público a los candidatos elegidos. El Consejo Nacional Electoral de Colombia¹¹⁶⁴, el Tribunal Supremo Electoral de Ecuador, la Corte Nacional Electoral de Bolivia, el Tribunal Nacional de Elecciones de Honduras, el Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica¹¹⁶⁵, el Tribunal Electoral de Panamá, entre otros, ejercen esta función.

Para que pueda efectuarse la proclamación se debe resolver previamente los recursos de nulidad o apelación interpuestos en el transcurso del proceso, culminar la calificación de todas las actas de cómputo emitidas por los Jurados Electorales Especiales así como de las actas de las mesas de sufragio instaladas para ciudadanos que residen en el exterior, efectuar el cómputo de la elección, referéndum o consulta sometida a proceso, efectuar el cómputo de votos correspondiente y resolver, el Jurado Nacional de Elecciones, las observaciones hechas por sus miembros y por los personeros. Cumplido ello, el Jurado procede a proclamar los resultados del proceso electoral, de referéndum u otras consultas populares¹¹⁶⁶.

6. Las demás que la ley señala

Este inciso 6 del artículo 178 de la Constitución es una fórmula jurídica que la doctrina denomina *numerus apertus* y permite que las funciones del Jurado Nacional de Elecciones no se agoten en las que menciona la Carta Política, sino que puedan establecerse otras en la legislación especial y demás normas

Nohlen, Sonia Picado, Daniel Zovatto (compiladores). Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1998, p. 689.

¹¹⁶³ En este sentido, el artículo 48 de la Ley N° 26859, Orgánica de Elecciones, que regula la vigencia de los Jurados Electorales Especiales -órganos temporales del Jurado Nacional de Elecciones establece que "los cargos de los miembros de los Jurados Electorales Especiales se mantienen vigentes hasta la proclamación de los candidatos y la entrega de las respectivas credenciales".

Asimismo, precisa que "el cargo de Presidente del Jurado Electoral Especial mantiene vigencia hasta la rendición de cuentas de los fondos asignados, plazo que no puede ser mayor de diez (10) días, bajo responsabilidad, contados desde la proclamación de los candidatos y la entrega de las respectivas credenciales".

¹¹⁶⁴ El inciso 3 del artículo 265 de la Constitución Política de Colombia de 1991, precisa que corresponde a este colegiado "conocer y decidir definitivamente los recursos que se interpongan contra las decisiones de sus delegados sobre escrutinios generales y en tales casos hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales correspondientes

¹¹⁶⁵ El inciso 8 del artículo 102 de la Constitución Política de la República de Costa Rica establece como función de este organismo electoral la de "hacer la declaratoria definitiva de la elección de Presidente y Vicepresidentes de la República, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la votación y en el plazo que la ley determine, la de otros funcionarios citados en el inciso anterior".

¹¹⁶⁶ DÍAZ ZEGARRA, Walter. Derecho Electoral en el Perú. Palestra Editores. Lima, 2000, p. 126.

de desarrollo constitucional. Por ejemplo, la Ley N° 26486, Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones incorpora en su artículo 5 como atribuciones de este órgano constitucional: declarar la vacancia de los cargos y proclamar a los candidatos que por ley deben asumidos, diseñar y ejecutar programas de capacitación electoral dirigidos a los miembros de los organismos conformantes del Sistema Electoral, así como desarrollar programas de educación electoral que permitan crear conciencia cívica en la ciudadanía, función última que es fundamental para la consolidación democrática¹¹⁶⁷ y que corresponde de manera permanente al Jurado Nacional de Elecciones, excepto durante los periodos electorales en que es ejercida por la Oficina Nacional de Procesos Electorales.

Del mismo modo, el artículo 18 de la Ley N° 27369 otorga una nueva función al Jurado cuando precisa que "toda persona o institución que realice encuestas electorales para su difusión debe inscribirse ante el Jurado Nacional de Elecciones¹¹⁶⁸." En virtud a esta disposición, el Jurado crea el Registro Electoral de Encuestadoras mediante Resolución N° 142-2001-JNE¹¹⁶⁹, reglamentándose una actividad que en el proceso de elecciones generales del año 2000 y anteriores, era de libre ejercicio, sin que se requiriera la publicación adjunta de datos sobre la metodología aplicada¹¹⁷⁰.

Se pueden encontrar diversas funciones del Jurado en toda la legislación electoral. Por ejemplo, en la Ley N° 26859, Orgánica de Elecciones; en la Ley N° 26864, Ley de Elecciones Municipales; en la Ley N° 27683, Ley de Elecciones Regionales; y, en las normas especiales como la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadano, así como en la reciente Ley N° 28094, Ley de Partidos Políticos que, por ejemplo, en su artículo 36 establece que las resoluciones de sanción expedidas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales en materia de financiamiento de los partidos políticos, puedan ser impugnadas ante el Jurado Nacional de Elecciones; y en la Ley N° 28360, Ley de Elecciones de Representantes ante el Parlamento Andino¹¹⁷¹, que en su artículo 5 otorga al Jurado Nacional de Elecciones la atribución de informar e instruir "al electorado de la importancia del Parlamento Andino en el

¹¹⁶⁷ IDEA-International Institute for Democracy and Electoral Assistance & Grupo de Río. Gobernabilidad democrática y partidos políticos en América Latina. Suecia, 2003, pp. 10-12. En el texto se precisa que uno de los factores del nivel de insatisfacción de la democracia es "la insuficiente educación y cultura democráticas, que afecta a extensos sectores sociales, secularmente excluidos de la vida política, así como a sectores dominantes que a menudo impregnan de prácticas autoritarias la vida democrática".

¹¹⁶⁸ ASOCIACIÓN CIVIL TRANSPARENCIA. Datos para la democracia. N° 9, Año I. Publicado el 9 de noviembre de 2000

¹¹⁶⁹ Publicada en el diario oficial El Peruano el 10 de febrero de año 2001, pp. 198459-198460

¹¹⁷⁰ El artículo 191 de la Ley N° 26859, Orgánica de Elecciones, que fuera modificado por el artículo 18 de la Ley N° 27369 decía lo siguiente: "La publicación o difusión de encuestas y proyecciones de cualquier naturaleza, sobre los resultados de las elecciones, a través de los medios de comunicación solo puede efectuarse hasta 15 (quince) días antes del día de la elección. En caso de incumplimiento se sancionará al infractor con una multa que fijará el Jurado Nacional de Elecciones tomando como referencia la Unidad Impositiva Tributaria (O.I.T.); lo recaudado constituirá recursos propios de dicho órgano electoral". La norma no imponía ningún otro requisito para las personas u organizaciones que realizaban encuestas y proyecciones.

¹¹⁷¹ Publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2004, p. 278346

proceso de integración supranacional desarrollado por la Comunidad Andina, para la vida en democracia".

El inciso 6 del artículo 178 de la Constitución da al legislador la posibilidad de adaptar al Jurado Nacional de Elecciones a las circunstancias históricas, haciendo más funcional su rol en la institucionalidad democrática del país. Sin embargo, consideramos que la redacción de esta norma no solo debió referirse a las demás funciones señaladas por la ley, sino también a las otras que también le asigna la Constitución, por dos casos muy puntuales. El primero es el referido al artículo 184 de la Carta Magna, que otorga al Jurado Nacional de Elecciones la función de declarar la nulidad de un proceso electoral, de un referéndum o de otro tipo de consulta popular cuando los votos nulos o en blanco, sumados o separadamente, superan a los dos tercios del número de votos emitidos; función que, afortunadamente ha sido recogida en el inciso k) del artículo 5 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones.

El segundo caso, es el previsto en el inciso 5 del artículo 203 de la Constitución, que atribuye al Jurado la función de comprobar las cinco mil firmas de los ciudadanos que interponen una acción de inconstitucionalidad, facultad que no está contemplada en la Ley Orgánica de esta institución ni en la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos porque efectivamente, este derecho no se encuentra comprendido dentro de los derechos políticos; razón por la cual concluimos que la Constitución misma otorga al Jurado otras funciones, distintas a las establecidas en su artículo 178 y en la Ley.

Resulta prudente hacer un paréntesis en esta función de certificación de firmas, porque en sí acarrea un defecto propio del diseño institucional de la organización electoral. El inciso 5 del artículo 203 de la Carta Política vigente recoge íntegramente la función plasmada en el inciso 6 del artículo 299 de la Constitución de 1979 que se encuadraba en un modelo de organización electoral distinto al actual, concentrando las funciones electorales en el Jurado Nacional de Elecciones¹¹⁷², organismo que tenía a su cargo el Registro Electoral, así como la función de organizar y ejecutar el proceso electoral, por lo que, bajo ese contexto, el Jurado se encontraba en condiciones operativas y técnicas para verificar las firmas de los peticionarios. Con el diseño de la Carta de 1993, la organización electoral cambia a un modelo tripartito, conformado por el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil que son organismos autónomos entre sí. La función de certificación de las firmas de los ciudadanos que interponen la acción de inconstitucionalidad importa una previa revisión o constatación de sus identidades, firmas e impresión de huella dactilar, actos que implican la consulta respectiva al Registro de Identificación

¹¹⁷²) El artículo 299 de la Constitución de 1979 prescribió que: "Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

- 1.- El Presidente de la República.
- 2.- La Corte Suprema de Justicia.
- 3.- El Fiscal de la Nación.
- 4.- Sesenta Diputados.
- 5.- Veinte Senadores; y
- 6.- Cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones".

de las Personas¹¹⁷³ que se encuentra a cargo del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC.

Por esta razón, en un intento de simplificación administrativa pero contrario al criterio rector de la Constitución, el Congreso Constituyente Democrático expidió la -hoy derogada- Ley N° 26435 (Orgánica del Tribunal Constitucional), en cuyo artículo 30, inciso 3, trasladó esta responsabilidad de carácter técnico al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, estableciendo que se debe acompañar a la demanda de inconstitucionalidad: "la certificación en cada caso por el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, en los formatos que proporcione el Tribunal, si los actores son cinco mil ciudadanos del respectivo ámbito territorial".

Por más que esta fórmula jurídica respondiera a un criterio técnico, contravenía la Constitución. La norma pudo prever salidas como la coordinación entre los organismos electorales, porque el mandato constitucional no exige que el Jurado Nacional de Elecciones verifique directamente las firmas de los ciudadanos que piden ante el Tribunal Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley que vulnere la Constitución, sino que emita una declaración de certeza de que efectivamente son cinco mil o más los ciudadanos que debidamente identificados, solicitan dicho petitorio ante el Tribunal.

En la práctica se siguió el camino de la coordinación, porque en los casos de demandas de inconstitucionalidad presentadas por cinco mil o más ciudadanos, el criterio del Tribunal Constitucional ha sido siempre el de la Constitución, y remitía al Jurado la relación de ciudadanos recurrentes, a efectos de que proceda a la certificación correspondiente. El Jurado Nacional de Elecciones procedía a remitir dicha relación al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, para luego hacer suyos los resultados y cumplir así con la certificación exigida por la Constitución y la anterior ley orgánica del Tribunal Constitucional, tal como se muestra en la Resolución N° 286-2004-JNE¹¹⁷⁴.

¹¹⁷³ Ley N° 26497, Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, artículo 7, inciso t).

¹¹⁷⁴ Publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de noviembre de 2004. Los dos primeros considerandos de la norma, así como el artículo único de la parte resolutive son fundamentales para entender este procedimiento. Ambos considerandos de la resolución ad litteram rezan: "Que, mediante resolución de fecha 15 de julio de 2004 el Tribunal Constitucional concedió plazo de veinte días para que los demandantes de la Acción de Inconstitucionalidad subsanen la omisión de la comprobación de firmas de adherentes por parte del Jurado Nacional de Elecciones, conforme al inciso 5) del artículo 203 de la Constitución Política del Perú; Que, el Jurado Nacional de Elecciones no realiza la tarea de verificación de la autenticidad de firmas y documentos de identidad de ciudadanos, labor que, para el caso de los adherentes a las solicitudes presentadas en el ejercicio de los derechos políticos previstos por la Constitución y las leyes, desarrolla el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, de acuerdo al literal o) del artículo 7 de su Ley Orgánica N° 26497, modificada por Ley N° 27706". En el artículo único, el Jurado resuelve "poner en conocimiento del Tribunal Constitucional y del ciudadano Luis Nicanor Maraví Arias, que el Jurado Nacional de Elecciones hace suya la certificación otorgada por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil en la Acción de Inconstitucionalidad promovida por dicho ciudadano, para los efectos del numeral 5) del artículo 203 de la Constitución Política del Perú".

A pesar de ello, el Congreso ha subsanado esta deficiencia siguiendo un camino distinto. Ha expedido la Ley N° 28301, nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, quedando derogada la anterior que regulaba el procedimiento que tienen que seguir los cinco mil ciudadanos que solicitan la acción de inconstitucionalidad, incorporando esta materia a la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional. El inciso 3 del artículo 102 de esta norma, establece que a la demanda de inconstitucionalidad se acompaña en su caso "certificación por el Jurado Nacional de Elecciones, en los formatos que proporcione el Tribunal, y según el caso, si los actores son cinco mil ciudadanos o el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, conforme al artículo 203 inciso 5) de la Constitución".

7. Iniciativa legislativa en materia electoral

El penúltimo párrafo del artículo 178 establece que "en materia electoral, el Jurado Nacional de Elecciones tiene iniciativa en la formación de las leyes." Resulta importante realizar un acucioso análisis sobre este tema porque en el debate parlamentario aún no se ha delimitado con claridad sus alcances.

La iniciativa legislativa concreta, según afirmó Pedro Planas¹¹⁷⁵, se deriva de los sujetos que tienen derecho a ella, generalmente por prescripción constitucional. El artículo 107 de la Constitución Política consagra el derecho a iniciativa legislativa y otorga al titular del mismo, la capacidad de presentar proposiciones de ley ante el Congreso¹¹⁷⁶. Según la mencionada norma, tienen derecho a iniciativa legislativa en todas las materias susceptibles de ser reguladas por ley, el Presidente de la República, los congresistas y los ciudadanos en tanto cumplan con los requisitos previstos en la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos¹¹⁷⁷. La referida norma otorga el mismo derecho a los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los municipios y los colegios profesionales, pero solo en las materias que les son propias, quedando esta facultad, restringida a su ámbito funcional.

Dentro de la estructura del Estado, el Jurado Nacional de Elecciones es una institución pública autónoma, por lo que en principio le corresponde el derecho a iniciativa legislativa en las materias que les son propias, o vale decir, respecto de las atribuciones que le confiere la Constitución y las contempladas en su propia ley orgánica. Sin embargo, el artículo 178 extiende el derecho a iniciativa legislativa a todo el ámbito electoral, por lo que el Jurado también puede ejercerlo en materias que atañen el ámbito competencial de los demás órganos electorales.

Como ya hemos afirmado, el diseño institucional electoral previsto en la Constitución de 1993 se aparta del criterio de las Cartas que le precedieron, dividiendo las funciones electorales que otrora habían recaído en el Jurado. A

¹¹⁷⁵ PLANAS SILVA, Pedro. Derecho Parlamentario. 1ª edición. Ediciones Forense, Lima, 1997, pp. 331332

¹¹⁷⁶ Artículo 74 del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso. Edición Oficial: setiembre de 2003

¹¹⁷⁷ Artículos 11-16 de la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos

raíz de esta escisión ingresan a la estructura del Estado, la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, en calidad de instituciones públicas y autónomas. En razón a esta nueva situación política es que cabe preguntarse si la remisión expresa del artículo 178 de que "el Jurado Nacional de Elecciones tiene iniciativa legislativa en materia electoral" excluye de este derecho a la Oficina Nacional de Procesos Electorales y al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

La duda fue absuelta por la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República durante el Periodo Anual de Sesiones 1996-1997, luego del debate de dos posiciones¹¹⁷⁸. Una presentada por el Doctor Enrique Chirinos Soto -por especial encargo de este órgano parlamentario-, en la que sustentó el derecho a iniciativa legislativa de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (y por extensión también al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil). Aplicando el método sistemático de interpretación jurídica sobre los artículos 107, 177 Y 178 de la Constitución¹¹⁷⁹, precisó que el derecho a iniciativa del Jurado Nacional de Elecciones no contravenía en absoluto la facultad que el artículo 107 de la Constitución confiere a la ONPE por ser esta una institución pública y autónoma. La otra posición fue sustentada por los Doctores Carlos Chipoco Cáceda y Henry Pease García Irigoyen, quienes recurriendo a una interpretación teleológica del artículo 178 de la Constitución, sostuvieron que no era el espíritu de dicha norma "atribuirle a la ONPE el derecho de iniciativa legislativa, puesto que si bien el artículo 107 otorgaba ese derecho a las instituciones públicas autónomas, la Constitución al tratar lo concerniente al Sistema Electoral no declaraba el derecho a iniciativa como facultad de la ONPE como sí lo hace expresamente con el Jurado Nacional de Elecciones. En este sentido, el artículo 178 de la Constitución es una norma especial, que excluye tanto a la Oficina Nacional de Procesos Electorales como al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, del derecho a iniciativa legislativa previsto en el artículo 107, que era una norma general".

La Comisión de Constitución y Reglamento votó a favor de la interpretación constitucional del doctor Chirinos Soto, quedando claro que la ONPE y el RENIEC tienen derecho a iniciativa legislativa solo en las materias que son de su estricta competencia, sin interferir con las potestades del Jurado Nacional de Elecciones, cuya facultad de iniciativa se extiende a todo el ámbito electoral. Esta posición también ha sido recogida por Enrique Bernales Ballesteros

¹¹⁷⁸ En la Vigésima Tercera sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República celebrada el 25 de marzo de 1997, se absolvió la consulta formulada por el Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales mediante Oficio N° 617 -96-J / ONPE. Se consulta si la ONPE como organismo autónomo integrante del Sistema Electoral tiene derecho a iniciativa legislativa en materia electoral. En sesión de fecha 19 de noviembre de 1996 se encargó al Dr. Enrique Chirinos Soto opinar sobre la materia

¹¹⁷⁹ La opinión de Enrique Chirinos Soto se explicó en el siguiente silogismo:

1ro. Tienen derecho a iniciativa legislativa las instituciones públicas autónomas en las materias que les son propias (artículo 107 de la Constitución).

2do. La ONPE es una institución pública que actúa con autonomía (artículo 177 de la Constitución).

3ro. El Jurado Nacional de Elecciones tiene iniciativa legislativa establecida expresamente en el artículo 178, pero no excluye a la ONPE del ejercicio de ese derecho.

Conclusión: La Oficina Nacional de Procesos Electorales tiene iniciativa legislativa en las materias que le son propias sin interferir con las potestades del Jurado Nacional de Elecciones.

destacando la especialidad en el tema y la condición de autoridad de los órganos electorales¹¹⁸⁰ que tienen tanto la ONPE como el RENIEC.

8. Presupuesto de los organismos electorales

Finalmente, el artículo 178 de la Constitución establece que el Jurado Nacional de Elecciones presenta al Poder Ejecutivo el proyecto de Presupuesto del Sistema Electoral que incluye por separado las partidas propuestas por cada entidad del sistema, sustentándolo en esa instancia y ante el Congreso. En este sentido es importante concordar este precepto constitucional con el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y con el artículo 25 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil en donde se precisa que "la titularidad del Pliego Presupuestal del Sistema Electoral es ejercida colegiadamente por el Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones y el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, con las atribuciones y responsabilidades de ley".

En sí, dicha formalidad no contraviene la autonomía económica de cada organismo electoral, porque la titularidad y responsabilidad en la ejecución del pliego es colegiada, pero el hecho de que se otorgue al Jurado Nacional de Elecciones la sus tentación del Presupuesto del Sistema Electoral ante el Presidente de la República y ante el Congreso, le otorga, al menos en este tema, cierta unidad a la organización electoral.

DOCTRINA

ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel. Gobernabilidad crisis y cambio. Elementos para el estudio de la gobernabilidad de los sistemas políticos en épocas de crisis y cambio. Primera reimpression, Fondo de Cultura Económica, México, 1995; ALCUBILLA, Enrique Amaldo. Los sondeos electorales: ¿Liberalización o reglamentación? En: "Comentarios a la Constitución de 1993". Comisión Andina de Juristas, Lima; ASOCIACIÓN CIVIL TRANSPARENCIA. Datos para la democracia. N° 9, Año 1, noviembre del 2000; BARAS GÓMEZ, Monserrat y BOTELLA CORRALES, Juan.

El sistema electoral. Colección Temas Clave de la Constitución Española'. Editorial Temos, Madrid, 1996; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Quinta edición, Instituto Constitución y Sociedad, Lima, 1999; BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Tercera reimpression de la segunda edición. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999;

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Partidos políticos camino a una ley. Aportes y propuestas. Centro de Investigación Parlamentaria. Lima, 2003; COY

¹¹⁸⁰ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Ob. cit., p. 658. Anota el autor, sobre la iniciativa legislativa de los demás órganos electorales: "Los dos últimos párrafos del artículo 178 abordan los temas de la iniciativa legislativa y del Presupuesto del Sistema Electoral. Sobre la primera, resulta, evidentemente, una atribución inherente al Jurado Nacional de Elecciones las propuestas que este haga en lo referido a materia electoral. Ello es permitido por idéntica razón a la de los organismos autónomos: la especialidad en el tema y su condición de autoridad, que en este aspecto sobresale sobre la ONPE y el RENIEC".

ARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús. Derecho Constitucional Electoral. Editorial POITÚa. Tercera edición, México, 2003; DE LA PUENTE Y LA VALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo 1, Palestra Editores, Lima, 2001; DÍAZ ZEGARRA, Walter. Derecho Electoral en el Perú. Palestra Editores, Lima, 2000; GARCÍA SORIANO, María Vicenta. Elementos de Derecho Electoral. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999; GARCÍA TOMA, Víctor. Los derechos humanos y la Constitución. Editorial Gráfica Horizonte S.A., Lima, 2001; HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. Fiscalización de elecciones. En: "Diccionario Electoral". Tomo 1. Segunda edición. Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), Costa Rica, 2000; HURTADO CRUZ, Virgilio. Reforma electoral. En: "Diario Oficial El Peruano". Miércoles 5 de mayo, 2004; IDEA (International Institute for Democracy and Electoral Assistance & Grupo de Río). Gobernabilidad democrática y partidos políticos en América Latina. Suecia, 2003; LAUGA, Martín. Publicación de los resultados electorales, proclamación de los candidatos electos. En: "Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina". Primera edición. Dieter Nohlen, Sonia Picado, Daniel Zovatto (compiladores). Fondo de Cultura Económica. México D. F., 1998; LEÓN - ROCH, Marta. Los registros electorales. En: "Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina". Dieter Nohlen, Sonia Picado, Daniel Zovatto (compiladores). Fondo de Cultura Económica. Primera edición. México D.F., 1998; OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. Justicia electoral. En: "Diccionario Electoral". Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Centro de Asesoría y Promoción Electoral- (CAPEL). Tomo 1. Segunda edición, Costa Rica, 2000; OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. El contencioso electoral. La calificación electoral. En: "Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina". Primera edición. Dieter Nohlen, Sonia Picado, Daniel Zovatto (compiladores). Fondo de Cultura Económica. México D.F., 1998; PAREJA PAZ SOLDÁN, José. Derecho Constitucional peruano. Biblioteca de Derecho. Cuarta edición aumentada. Ediciones Librería Studium. Lima, 1966; P ATIÑO CAMARENA, Javier. Nuevo Derecho Electoral mexicano. Séptima edición. Editorial Constitucionalista, México, 2002; PEASE GARdA, Henry. El financiamiento de la campaña electoral en el Perú 1989-1990. En: "Financiamiento y democratización interna de partidos políticos. Aproximaciones". Memorias del N Curso Anual Interamericano de Elecciones. nDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos; CAPEL - Centro de Asesoría y Promoción Electoral. Costa Rica, 1991; PLANAS SILVA, Pedro. Derecho Parlamentario. Primera edición, Ediciones Forense, Lima, 1997; PLANAS SIL V A, Pedro. Normas para regular la campaña electoral. En: "Simposio sobre reforma electoral. Memoria". Fundación Internacional para Sistemas Electorales - IFES. Lima, 1996; PRESNO LINERA, Miguel Ángel. El derecho al voto. Colección Temas Claves de la Constitución Española, Editorial Ternos, Madrid, 2003; SILIE GATON, José A. TratadD de Derecho Electoral. Santo Domingo, D.N. República Dominicana, 1994; RADUNSKY, PETER. Las luchas electorales. Colección Material de Formación Política N° 5. Konrad Adenauer Stiftung, Bonn, 1983; RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge. Teorítz y práctica del Derecho Constitucional. Editorial Ternos, Madrid, 1996; RUBIO CORREA, Marcial.

Ley de partidos políticos: las reglas que nadie quiso aprobar. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

Artículo 179

Composición del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones

La máxima autoridad del Jurado Nacional de Elecciones es un Pleno compuesto por cinco miembros:

1. Urw elegido en votación secreta por la Corte Suprema entre sus magistrados jubilados o en actividad.

En este segundo caso, se concede licencia al elegido. El representante de la Corte Suprema preside el Jurado Nacional de Elecciones.

2. Urw elegido en votación secreta por la Junta de Fiscales Supremos, entre los Fiscales Supremos jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido.

3. Uno elegido en votación secreta por el Colegio de Abogados de Lima, entre sus miembros.

4. Urw elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de DerecJw de las universidades públicas, entre sus ex decanos.

5. Urw elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de DerecJw de las universidades privadas, entre sus ex decanos.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 20, 144, 155, 178, 180, 181 Y 9" nF.T.;

L.O.J.N.E.: arts. 9 y ss.

Isaac Hurtado Cruz

El Jurado Nacional de Elecciones como toda entidad electoral e institución pública tiene sus órganos de gobiernos y administración, a través de los cuales manifiesta su voluntad política. La formación de esta voluntad tiene un proceso cuya decisión definitiva es producto de un cuerpo colegiado reunido en Pleno. Desde el Estatuto Electoral de 1931 -inspirado según Francisco Chirinos Soto¹¹⁸¹ en la Ley . Electoral Argentina que diera Roque Sáenz Peña en 1912- el Jurado Nacional de Elecciones ha sido gobernado por un Pleno integrado por miembros designados por el Poder Judicial y las entidades de la sociedad civil. Su composición ha ido variando, adaptándose a los cambios de la sociedad peruana y a la estructura del Estado; sin embargo, debemos reconocer que la fórmula jurídica de este artículo 179 de la Constitución en el fondo sigue manteniendo el mismo espíritu.

El artículo constitucional bajo comentario, así como el artículo 10 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, señalan que el Poder Judicial a través de la Corte Suprema de Justicia; el Ministerio Público, mediante la Junta de Fiscales Supremos; el Colegio de Abogados de Lima; y las universidades públicas y privadas, mediante sus Facultades de Derecho, son los organismos que deben elegir a los miembros del Jurado Nacional de Elecciones. Esta composición colegiada es de carácter funcional y garantiza que el Pleno del Jurado esté integrado por magistrados vinculados al Derecho. Si bien esta

¹¹⁸¹ CHIRINOS SOTO, Francisco. Lo Constitución de 1993. Lectura y comentario. 4ª edición, Antonella Chirinos Motalbetti, Lima, 1997, p. 396.

nueva composición supera técnicamente a la prevista en la fórmula del artículo 287 de la Constitución de 1979 -que tenía tres representantes elegidos por sorteo¹¹⁸² se ha dejado de lado al representante de la Federación Nacional de Abogados del Perú, miembro que tenía representación gremial a nivel nacional y que actualmente bien podría darle al Jurado Nacional de Elecciones la perspectiva regional, acorde con el esquema descentralizado que se viene fortaleciendo en el país.

Otro de los principales criterios incorporados por la Carta de 1993 respecto a la designación de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones es la realización de un proceso electoral democrático dentro de cada uno de los organismos señalados en el artículo 179 de dicha Carta. En este sentido, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones establece que los miembros del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones serán elegidos mediante voto secreto, directo y universal de sus miembros y por mayoría simple. Con ello, los magistrados del Jurado Nacional de Elecciones tienen una legitimación democrática corporativa, por cuanto su designación originaria dependerá de las instituciones vinculadas al sistema judicial y de organizaciones de la sociedad civil, en un proceso electoral con sufragio directo, universal, personal y secreto de las personas que los integran¹¹⁸³.

En cierta forma, esta legitimidad fortalece la naturaleza del Jurado como juez electoral, ya que actualmente la selección y nombramiento de los jueces de la jurisdicción ordinaria es efectuada por un órgano con autonomía constitucional como el Consejo Nacional de la Magistratura, dejándose de lado el principio de legitimidad democrática¹¹⁸⁴, en cuya virtud los juzgadores son investidos con aprobación del Congreso para que ejerzan el poder de administrar justicia que

¹¹⁸² El artículo 287 de la Constitución de 1979 establecía la siguiente composición del Jurado Nacional de Elecciones, el cual estaba integrado por siete miembros:

- 1.- Uno elegido por la Corte Suprema de Justicia entre sus magistrados jubilados o suplentes quien preside el Jurado.
 - 2.- Uno elegido por la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú.
 - 3.- Uno elegido por el Colegio de Abogados de Lima.
 - 4.- Uno elegido por los Decanos de las Facultades de Derecho de las universidades nacionales. y, 5.- Tres elegidos por sorteo entre los ciudadanos propuestos por los Jurados Regionales del Norte, Centro y Sur de la República, de acuerdo a ley.
- Al tiempo de designarse los miembros titulares se procede a nominar a los suplentes de cada uno de ellos.

¹¹⁸³ LÓPEZ GUERRA, Luis. El Poder Judicial en el Estado Constitucional. Palestra Editores, Lima, 2001, pp. 63-66. Siguiendo la lógica del autor al tratar el tema de la "legitimidad democrática del juez", por cuanto el poder de administrar justicia (sea electoral, civil o penal o en la materia que fuere) deviene del pueblo, la designación de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones -que son jueces electorales- a través de mecanismos de elección directa dentro de diversas instituciones públicas, universitarias y gremiales vinculadas al Derecho, de alguna u otra manera otorgan legitimidad democrática al Pleno de esta institución.

¹¹⁸⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. Primera reimpresión, Editorial Dykinson, Madrid, 1995, pp. 755. Anota el tratadista que "en todo Estado democrático, el pueblo es el origen y referente de todos los poderes (...). Si la soberanía reside en el pueblo, del que emanan los poderes del Estado, es obvio que el Poder Judicial, uno de esos poderes, debe igualmente provenir de la voluntad popular. En este sentido ha de entenderse la inicial proclamación del precepto (la justicia emana del pueblo), que se alinea inequívocamente en la dirección del principio democrático"

también emana del pueblo. Pese a que este principio se aplica por medio de una elección indirecta a través del Parlamento, como ocurre en España, reviste de legitimidad -al menos en teoría al Poder Judicial¹¹⁸⁵ y en general al juzgador.

De acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1) del artículo sometido a exégesis, el Jurado Nacional de Elecciones es integrado por un miembro elegido en votación secreta por la Corte Suprema de Justicia de la República entre sus magistrados jubilados o en actividad, el cual presidirá el Pleno de este organismo electoral. Para este efecto, la Corte Suprema de Justicia se reúne en Sala Plena, que es su órgano máximo de deliberación, según el tenor del artículo 144 de la Carta Política. El miembro designado por este colegiado preside el Pleno del Jurado, en mérito al mandato constitucional que reconoce la investidura y procedencia de los vocales de la Corte Suprema, por lo que su autoridad como Presidente de este Tribunal Electoral se sustenta en una legitimidad jurídica. Históricamente, ha correspondido al integrante proveniente del Poder Judicial la presidencia del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones. El artículo 74 del Estatuto Electoral de 1931 delega tal función al "Fiscal más antiguo de la Corte Suprema de Justicia".

Es importante preguntarse por qué un miembro del Poder Judicial integra y preside el Jurado Nacional de Elecciones. La respuesta pasa por reflexionar sobre la naturaleza política de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, así como en el rol mediador y equilibrado del Poder Judicial dentro del modelo de separación de poderes. Si ello es cierto, dada la naturaleza distinta del Poder Judicial, es lógico que este poder cuando menos debe integrar este órgano electoral, tal como se demuestra en el Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica o en modelos como los de Argentina¹¹⁸⁶, Brasil y España¹¹⁸⁷ donde existe notable judicialización en la administración y justicia electorales.

¹¹⁸⁵ El principio de legitimidad democrática fue recogido en el artículo 245 de la Constitución de 1979 que establecía lo siguiente: "El Presidente de la República nombra a los Magistrados a propuesta del Consejo Nacional de la Magistratura. El Senado ratifica los nombramientos de los Magistrados de la Corte Suprema".

¹¹⁸⁶ SAGOÉS, Néstor Pedro. Elementos de Derecho Constitucional. Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001. pp. 416-417. Néstor Pedro Sagoés, analizando el Código Nacional Electoral de la Argentina (Decreto N° 2.135 del 18 de agosto de 1983, modificado por las leyes Núms. 23.247, 23.476, 24.012, 24.444 Y 24.904) distingue dentro de la organización electoral de este país a los jueces federales a cargo de los registros electorales, hasta tanto no se designen magistrados especializados para este fuero electoral, y la Cámara Nacional Electoral, en la Capital Federal. Ambos se encargan de la justicia electoral, revisando el segundo las resoluciones del primero. En tanto el tercero, es la Junta Electoral Nacional, establecida en la capital federal y en cada provincia federal, la cual se encuentra formada por "magistrados del Poder Judicial, son órganos que aprueban las boletas de sufragio, designan las autoridades de las mesas electorales, resuelven las impugnaciones y lo concerniente a la validez o nulidad de las elecciones, realizan el escrutinio del distrito, proclaman a los electos y les otorgan sus diplomas".

¹¹⁸⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Ob. cit. p. 820. El modelo argentino guarda similitud con el modelo electoral peruano previsto en la Ley N° 7177, del 26 de mayo de 1931 y con el modelo español actual por su alto nivel de judicialización. Lo mismo ocurre con el modelo de organización electoral del Brasil, por cuanto la función electoral recae en el Poder Judicial.

En dichos paradigmas, incluyendo el peruano de 1931, la organización electoral está presidida por un alto funcionario de la Corte Suprema, criterio que a la fecha se sigue conservando en los referidos países. La elección de este magistrado, según el Estatuto Electoral de 1931, recaía en el Fiscal más antiguo de la Corte Suprema, cargo que para el contexto de la Constitución de 1993 resulta extraño, porque hoy en día el Fiscal es funcionario exclusivo del Ministerio Público. Pero esta designación era posible en ese tiempo porque en las Constituciones de 1920 y 1933 el Poder Judicial tenía también la titularidad de la acción penal y demás atribuciones que hoy corresponden al Ministerio Público.

El artículo 287 de la Constitución de 1979 incorpora el mecanismo de la elección para determinar al representante del Poder Judicial ante el Jurado Nacional de Elecciones, debiendo elegirlo la Sala Plena de la Corte Suprema entre sus magistrados jubilados y suplentes, quedando excluidos de dicha elección sus magistrados titulares por cuanto el Senado ratificaba sus nombramientos¹¹⁸⁸, evitándose con ello cualquier cuestionamiento posterior a las decisiones y resoluciones que tome este Supremo Tribunal Electoral. La Constitución de 1993 introduce el mecanismo de la elección interna para la designación del representante del Poder Judicial ante el Jurado Nacional de Elecciones, lo cual constituye un verdadero avance en el Derecho Constitucional peruano, porque dota de mayor representatividad al miembro que proviene de la Corte Suprema, permitiendo a su Sala Plena valorar la especialidad, conocimientos, cualidades y trayectoria más reconocida de los postulantes, entre otros.

Sin embargo, la Carta de 1993 incluye la posibilidad de que la Corte Suprema pueda también elegir a este miembro entre sus magistrados en actividad, lo cual da a la Sala Plena la posibilidad de elegir entre un miembro titular o un suplente. Esta situación ha tenido serias objeciones en la doctrina nacional como las formuladas por Valentín Paniagua, y en la doctrina extranjera la de Francisco Fernández Segado¹¹⁸⁹. Desde un análisis formal como el que nos permite el Derecho, esta situación no debió resultar nociva en razón a que de acuerdo con el artículo 150 de esta Carta Política el Congreso ya no ratifica a los vocales supremos, porque tal función corresponde ahora al Consejo

¹¹⁸⁸ POWER MANCHEGO MUÑOZ, Jorge. Constitución y democracia. la edición, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1989, pp. 35-40

¹¹⁸⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Los órganos electorales en el ordenamiento constitucional peruano.

En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II". Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 11. Comisión Andina de Juristas y Konrad Adenauer Stiftung, Lima, 1995, p. 211. Precisa el autor: "(...) así, cabe recordar que en los periodos autocráticos la Presidencia de este órgano, de extraordinaria importancia en la buena marcha del mismo, se confió por lo general a Vocales de la Corte Suprema en actividad, lo que posibilitó una vía de presión del Ejecutivo hacia el Jurado, de la que constituye prueba fehaciente la presión ejercida por el presidente Benavides, quien pudo así consumir los fraudes electorales de 1936 y 1939 (previamente se había aprobado la Ley N° 8901);

Y algo análogo podría decirse del presidente Odría en los años 1950 y 1956 (previamente se aprobaron los Decretos Ley N°s. 11172 y 11206). El Congreso Constituyente Democrático sigue esta pauta al otorgar la Presidencia del Jurado Nacional de Elecciones a un magistrado jubilado o en actividad, circunstancia que, contra lo que pudiera pensarse, no garantiza la independencia del Jurado, y mucho menos aún lo garantiza la incorporación al mismo de un Fiscal Supremo jubilado o en actividad".

Nacional de la Magistratura, que es un órgano constitucionalmente autónomo¹¹⁹⁰. Pero, en el plano de los hechos, la Carta de 1993 presentó un diseño autoritario de la distribución del poder¹¹⁹¹ y su vigencia se vio empañada con los efectos de las normas del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional de Alberto Fujimori (1992-993), las cuales debilitaron aún más la frágil estructura institucional del país con las posteriores Comisiones Interventoras que al estar vinculadas al oficialismo, desnaturalizaron la autonomía del Poder Judicial, el Ministerio Público (y el Consejo Nacional de la Magistratura), que empezaron a cumplir con sus funciones públicas a través de magistrados provisionales¹¹⁹². El problema de la provisionalidad, como bien lo ha explicado Cubas Villanueva, "no solo permitió al gobierno a través de las Comisiones Ejecutivas desplazar a un magistrado de un despacho a otro, para asignarles el conocimiento de un caso o para evitar que lo resuelva, atentando así contra el derecho a un juez natural; sino también ha permitido modificar el funcionamiento de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y de la Junta de Fiscales Supremos", situación que permitió el control e injerencia política en ambos poderes del Estado.

En conclusión, en un Estado de Derecho, la participación de los magistrados en actividad no tendría por qué poner en tela de juicio su conducta como miembros del Jurado Nacional de Elecciones, en razón de que tanto la procedencia de su carrera y designación como vocal supremo es responsabilidad del Consejo Nacional de la Magistratura, institución constitucional y autónoma cuya composición tampoco está integrada por representantes de algún organismo partidario¹¹⁹³.

De ser elegido un magistrado en actividad, la Constitución establece que la Corte Suprema le concederá la licencia respectiva a efectos de que pueda integrarse al Jurado Nacional de Elecciones y ejercer sus funciones como Presidente del mismo.

El inciso 2) del artículo 179 de la Constitución establece que el segundo integrante del Jurado es elegido en votación secreta por la Junta de Fiscales Supremos, entre los fiscales supremos jubilados o en actividad. La redacción es muy similar a la del inciso 1) del referido artículo; y la inclusión de este representante resulta una aparente innovación de la Carta de 1993, ya que aun cuando el Ministerio Público se convierte en organismo autónomo desde la

¹¹⁹⁰ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Constitución, proceso y poder político. Palestra Editores, Lima, 2000, p. 100

¹¹⁹¹ ABAD YUPANQUI, Samuel y GARCÉS PERALTA, Carolina. El Gobierno de Fujimori: antes y después del golpe. En: "Del golpe de Estado a la nueva Constitución". Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 9. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1993, pp. 261-263

¹¹⁹² CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. cit.

¹¹⁹³ Conforme con lo establecido en el artículo 155 de la Constitución, esta institución está integrada por un miembro elegido en votación secreta en Sala Plena por la Corte Suprema; otro elegido en votación secreta por la Junta de Fiscales Supremos; otro elegido en votación secreta por los miembros de los Colegios de Abogados del país; dos elegidos en votación secreta por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país; otro elegido en votación secreta por los rectores de las universidades nacionales; uno elegido en votación secreta por los rectores de las universidades particulares; pudiéndose ampliar sus miembros a dos que serán elegidos en votación secreta por el mismo Consejo entre las propuestas efectuadas por las instituciones representativas del sector laboral y empresarial

Constitución de 1979, no participaba en la elección de miembro alguno del Jurado Nacional de Elecciones. No obstante ello, el tema invita a una reflexión porque en el Estatuto Electoral de 1931, el Jurado Nacional de Elecciones estuvo integrado y presidido por el Fiscal más antiguo de la Corte Suprema de Justicia, repitiéndose esa fórmula en el artículo 18 del Decreto Ley N° 7352, así como en el artículo 10 de la Ley N° 7887, respectivamente.

Con la Ley N° 8901 se crea un nuevo Estatuto Electoral, en cuyo artículo 4 se precisa que el "Jurado Nacional de Elecciones está constituido, entre otros, por un delegado de la Corte Suprema de Justicia, que lo presidirá". Esta norma deja dos puntos de partida de claro alejamiento respecto a las disposiciones anteriores, porque permite que la Corte Suprema elija a su representante entre los vocales y fiscales de ella; y, porque deja también de lado el criterio de antigüedad que en la práctica garantiza la experiencia del funcionario. La Ley N° 10316, expedida por José Luis Bustamante y Rivero en diciembre de 1945 para elegir vacantes al Senado, vuelve a la fórmula original, delegando nuevamente la presidencia del Jurado Nacional de Elecciones al "Fiscal más antiguo de la Corte Suprema de Justicia".

Posteriormente, el artículo 64 del Decreto Ley N° 11172, que aprueba un nuevo Estatuto Electoral, establece que integra el Jurado Nacional de Elecciones, entre otros, "un vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República, quien lo presidirá".

El Decreto Ley N° 14250 que regulaba las elecciones políticas, alude a "un miembro de la Corte Suprema de Justicia, entre los miembros suplentes (...) quien presidirá el Jurado", lo cual hace posible aún la elección de un fiscal (suplente) de la Corte Suprema.

La Constitución de 1979 diseña una nueva estructura de la organización del Estado, creándose el Ministerio Público como institución constitucional autónoma y con funciones que antes eran asumidas por el Poder Judicial. Dicha estructura, de alguna manera, se refleja en la composición del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones que no era integrado por un miembro del Ministerio Público. La Carta de 1993 restituye en la composición del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones al Fiscal Supremo, con la diferencia de que su designación proviene del Ministerio Público como órgano constitucional público autónomo, en una elección democrática de la Junta de Fiscales Supremos.

Los miembros del Jurado provenientes del Colegio de Abogados de Lima, así como de las Facultades de Derecho de las universidades públicas y privadas, son en sí los representantes de la sociedad civil ante este órgano electoral. Actualmente, predominan en la composición del Jurado.

El miembro del Jurado designado por el Colegio de Abogados de Urna se elige también en votación secreta por los integrantes de este gremio. Aquí la Carta de 1993 introduce una novedad, por cuanto su antecesora no especificaba expresamente la forma de la elección. Además, el Decreto Ley N° 14250, incorporaba al Jurado un miembro elegido por la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Urna, por lo que si bien había representación de este gremio en

el Jurado, su elección no provenía de la elección de la totalidad de miembros incorporados a la Orden.

La elección del representante del Colegio de Abogados de Urna al Jurado se rige por el Reglamento que el Comité Electoral de la Orden publique para el caso concreto¹¹⁹⁴.

La representación más remota de las universidades nacionales en el Jurado Nacional de Elecciones se encuentra en el Estatuto Electoral de 1931, cuyo artículo 71 menciona que este órgano también está integrado por "un delegado de cada una de las universidades nacionales". Posteriormente, en la Ley N° 10316, de diciembre de 1945, las universidades vuelven a tener representación en el Jurado, a través de cuatro miembros que son delegados por las universidades nacionales de Urna, Arequipa, Cuzco y Trujillo. Con el Decreto Ley N° 11172, Estatuto Electoral de 1949, expedido por Odría, las universidades dejan de tener presencia en la composición del Jurado, hasta que se expide el Decreto Ley N° 14250 en el que un miembro elegido por el Consejo Interuniversitario entre los catedráticos principales de las Facultades de Derecho integra el Jurado. La norma incorpora aquí el criterio de especialidad que es fundamental para las funciones de este Supremo Tribunal, garantizando que este miembro no solo sea abogado de profesión, sino también conocedor de la ciencia del Derecho.

Similar parecer recogió el inciso 4) del artículo 287 de la Carta de 1979, que otorgó representación a las universidades nacionales en la composición del Jurado, cuando estableció que uno de los miembros de este órgano será elegido "por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades nacionales". Esta redacción reafirma la representación de las universidades nacionales en el Jurado y mantiene el criterio de especialidad, pero circunscribe la elección de este miembro a los decanos de las Facultades de Derecho, quedando al margen los catedráticos principales de dicha facultad. El decano es siempre un profesor principal¹¹⁹⁵ que tiene los demás requisitos que exige la Ley N° 23733, Ley Universitaria, de manera que el texto reduce el universo de candidatos y de participantes en la elección, con el incremento de las exigencias que importa tal cargo.

La redacción de la Carta de 1993 mantiene la representación de las universidades nacionales a través de las Facultades de Derecho, pero la elección ahora se efectúa solo entre los ex decanos. Esta Carta Política también incluye la participación de las universidades privadas en la designación

¹¹⁹⁴ El artículo 60 del Estatuto del Ilustre Colegio de Abogados de Lima establece que "cualquier otro proceso por mandato legal o por decisión de la Asamblea serán determinados en el Reglamento que el Comité Electoral publicará oportunamente, en cada caso".

¹¹⁹⁵ El segundo párrafo del artículo 37 de la Ley N° 23733, Ley Universitaria, establece que "(...) El Decano representa a la Facultad ante el Consejo Universitario y la Asamblea Universitaria, es elegido por el Consejo de la Facultad entre los profesores principales de ella que tengan die'¿ años de antigüedad en la docencia, de los cuales tres deben ser de la categoría y debe tener el grado de Doctor o el más alto título profesional cuando en el país no se otorgue dicho grado en la especialidad (...)".

de un miembro del Jurado Nacional de Elecciones, lo que responde a la nueva realidad del país en que la educación privada universitaria se ha extendido, logrando un reconocido espacio y prestigio a nivel nacional.

DOCTRINA

ABAD YUPANQUI, Samuel y GARCÉS PERAL T A, Carolina. El gobierno de Fujimori: antes y después del golpe. En: "Del golpe de Estado a la nueva Constitución". Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 9, Comisión Andina de Juristas. Lima, 1993; CUBAS VILLANUEV A, Víctor. Constitución, proceso y poder político. Palestra Editores, Lima, 2000; CHIRINOS SOTO, Francisco. La Constitución de 1993. Lectura y comentario. Cuarta edición, Antonella Chirinos Motalbetti, Lima, 1997; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. Primera reimpresión, Editorial Dykinson, Madrid, 1995; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Los órganos electorales en el ordenamiento constitucional peruano. En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios" Tomo 11, Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 11. Comisión Andina de Juristas y Konrad Adenauer Stiftung. Lima, 1995; LÓPEZ GUERRA, Luis. El Poder Judicial en el Estado Constitucional. Palestra Editores, Lima, 2001; SAGÜES, Néstor. Elementos de Derecho Constitucional. Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001; POWER MANCHEGO MUÑOZ, Jorge. Constitución y democracia. Primera edición. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1989.

Artículo 180

Miembros del pleno del Jurado Nacional de Elecciones

Los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones no pueden ser menores de cuarenta y cinco años ni mayores de setenta. Son elegidos por un período de cuatro años. Pueden ser reelegidos. La ley establece la forma de renovación alternada cada dos años.

El cargo es remunerado y de tiempo completo. Es incompatible con cualquiera otra función pública, excepto la docencia a tiempo parcial.

No pueden ser miembros del Pleno del Jurado los candidatos a cargos de elección popular, ni los ciudadanos que desempeñan cargos directivos con carácter nacional en las organizaciones políticas, o que los han desempeñado en los cuatro años anteriores a su postulación.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 40, 91 inc. 2), 92, 96, 99 Y 146;

C.C.: arts. 1366,1368;

C.P.; arts. 385, 395, 401;

L.O.J.N.E.: arts.10a12;

C.A.D.H.: arto 23.1.a;

D.D.D.H.: arto 21.1;

P.I.D.C.P.: arto 25.a.

Isaac Hurtado Cruz

Se establecen en este artículo los requisitos e incompatibilidades de los magistrados del Jurado Nacional de Elecciones. El primer requisito es la edad para el ejercicio del cargo, debiendo el magistrado tener cuarenta y cinco años cumplidos como mínimo y no exceder los setenta años. La exigencia del mínimo de edad es la misma que se establece en el numeral 3) del artículo 147 de la Constitución para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en tanto que el requisito de no exceder los setenta años resulta ser muy cuestionable y débil para impedir a los postulantes acceder a esta función. No cabe duda que tal precepto es otra de las falencias de la Constitución de 1993.

El artículo 39 de esta Carta Magna jerarquiza la función pública y otorga al magistrado de la Corte Suprema el mismo nivel que los congresistas, los magistrados del Tribunal Constitucional, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo. Es claro que la referida norma omite a los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, pero del tenor de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 26486, Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones se desprende que estos funcionarios tienen las mismas preeminencias y honores, aplicándoseles en lo pertinente las mismas normas sobre responsabilidad y sanciones, correspondiéndoles además una remuneración equivalente a la de un vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República. El límite de edad de la norma resta sentido a la postulación de los magistrados jubilados, en razón de que los vocales de la Corte Suprema, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 27367, se jubilan a los 70 años de edad.

De manera que el tope de edad máxima, encuentra como único argumento limitar la participación de los magistrados de la Corte Suprema que se encuentren jubilados, cuando esta condición, según la experiencia histórica, bien podría haber dado a este colegiado mayor autonomía¹¹⁹⁶.

De la misma manera, el artículo 180 de la Constitución Política establece el periodo de duración del ejercicio del cargo de miembro del Jurado Nacional de Elecciones el cual es de cuatro años. La Carta de 1979 no establecía un periodo de duración del cargo, lo cual dependía de lo que estableciera la legislación. En este sentido, el artículo 14 del Decreto Ley 14250, que aprobó el "Estatuto Electoral" establecía que "los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, con excepción del Presidente que continuará en ejercicio de sus funciones, cesarán en estas al instalarse el Congreso en legislatura ordinaria". Seguidamente, la precitada norma prescribía que "en caso de elecciones complementarias¹¹⁹⁷ el Presidente del Jurado Nacional convocará a los mismos miembros del Jurado, dentro de los quince días siguientes al de la convocatoria de dichas elecciones, para conocer de estas". Queda claro que bajo este ordenamiento jurídico, la composición colegiada del Jurado era temporal y supeditada a periodos electorales. En este sentido, el artículo 180 de la Constitución vigente, acertadamente, da permanencia y estabilidad al Pleno, lo que permite que el ejercicio de la función jurisdiccional de este organismo tenga continuidad en el tiempo¹¹⁹⁸.

Asimismo, el artículo 180 de la Carta Magna establece que estos magistrados pueden ser reelegidos, pero no establece de qué tipo de reelección se trata, es decir, si de inmediata o mediata. Por práctica constitucional, en tanto la norma no establezca esta distinción técnica, se entiende que es reelección inmediata, la cual se aplica en un periodo de ejercicio consecutivo al que se acaba de concluir. El constituyente de 1993, al elaborar la Ley N° 26486, Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones optó por la reelección inmediata, como se aprecia en el artículo 17 de la misma. La misma norma evita la reelección inmediata, consecutiva e indefinida, para que no se produzca el continuismo que sería muy nocivo para el funcionamiento democrático de este colegiado¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁶ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Constitución, proceso y poder político. Palestra Editores. Lima, 2000, p.76. El autor nos demuestra cómo el problema de origen puede influir en el ejercicio de la función

¹¹⁹⁷ Explicando el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales el autor advierte el problema en el nombramiento de los magistrados de este órgano, que finalmente incidía en su independencia funcional: "la designación de los nueve magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales, tres por el Poder Legislativo, tres por el Poder Ejecutivo y tres por el Poder Judicial, generó una dependencia de origen de la cual muchos de los magistrados no se llegaron a desligar, lo que determinó una tímida actuación en el ejercicio de sus funciones. En la redacción original, la norma hacía referencia a las elecciones parciales. El Decreto Ley N° 22652, modificó el artículo 14 del Decreto Ley N° 14250, para hacer referencia a las elecciones complementarias

¹¹⁹⁸ Con la expedición del Texto Único Integrado del Decreto Ley N° 14250, aprobado por la Ley N° 26337, Ley Orgánica Electoral, se consagra la permanencia de los miembros del Pleno. Así, el artículo 14 de la derogada norma estableció:

"Los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones son elegidos por un periodo de cuatro años. Pueden ser reelegidos.

El cargo es remunerado y de tiempo completo. Es incompatible con cualquiera otra función pública, excepto la docencia a tiempo parcial.

Para ello, luego de la reelección, deberá transcurrir un periodo de 4 años para que el ex magistrado vuelva a ser elegido.

También precisa este artículo que la ley establece la forma de renovación alternada cada dos años, precepto que es recogido literalmente por el artículo 21 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones. Sobre este tema, hay que hacer un distingo entre reelección y renovación. En tanto la primera es una institución que tiene carácter *in personae* por aplicarse estrictamente al magistrado como persona para posibilitar su continuidad en el cargo, la segunda designa la frecuencia del sistema de elección y cambio de magistrados, pero a nivel del todo, o vale decir, del órgano colegiado o pleno, debiendo ser alternada cada dos años. Esto quiere decir que el proceso para la renovación de los miembros del pleno no puede ser de manera simultánea para todos los magistrados, sino que por intervalos de tiempo teniendo que distar, por ejemplo, dos años uno del otro, lo que hace menos probable que las mismas personas se mantengan en el ejercicio del cargo simultánea e indefinidamente, hecho que de producirse resultaría contrario a toda alternancia y por ende al orden democrático¹²⁰⁰. Sobre este tema, la Novena Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 establece que "la renovación de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, instalado conforme a esta Constitución, se inicia con los elegidos por el Colegio de Abogados de Lima y por las Facultades de Derecho de las universidades públicas", lo que, en opinión de Enrique Bernalles Ballesteros¹²⁰¹ implica una "contradicción con el artículo 180, pues para viabilizar la renovación parcial recorta, efectivamente, el mandato de los elegidos por el Colegio de Abogados de Lima y por las facultades de Derecho de las universidades públicas¹²⁰²".

En el segundo párrafo, el artículo 180 de la Constitución hace referencia al cargo de miembro del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones en dos enunciados.

El primero que está referido a las características del cargo, en tanto que el segundo, indica las personas que no pueden ejercer el cargo. En el primer

¹¹⁹⁹ Los miembros del Jurado Nacional de Elecciones gozarán de los mismos honores, preeminencias y remuneraciones de los Vocales de la Corte Suprema de Justicia. Son aplicables a los miembros del Jurado Nacional de Elecciones las disposiciones del artículo 99 de la Constitución Política".

¹²⁰⁰ El artículo 17 de la Ley N° 26486, Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, establece lo siguiente: "los miembros del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones son elegidos por un periodo de cuatro (4) años, pudiendo ser reelegidos, de inmediato, para un periodo adicional. Transcurrido otro periodo, pueden volver a ser elegidos miembros del Pleno, sujetos a las mismas condiciones".

¹²⁰¹ HURTADO CRUZ, Virgilio Isaac. Teoría de la alternancia y su aplicación en el sistema democrático peruano.

Tesis para optar el Título de Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p. 99

¹²⁰² BERNALLES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución ck 1993. Análisis comparado. S" edición. Instituto Constitución y Sociedad, Lima, 1999, pp. 765-766.

Sobre el tema, la Disposición Complementaria Única de la Ley N° 26486, Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, establece el siguiente procedimiento: "la renovación alternada de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones a que se refiere el artículo 21 de la presente ley y la Novena Disposición Final de la Constitución Política del Perú se iniciará a los 2 (dos) a los de transcurrida la instalación formal del actual Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.

enunciado, la norma establece que este cargo es remunerado y de tiempo completo. Las formas de ejercicio de la función pública pueden ser a tiempo completo o parcial. El artículo 14 de la Ley Orgánica de esta entidad, desarrolla el referido precepto indicando que corresponde a estos magistrados una remuneración equivalente al de uno de la Corte Suprema de Justicia. Además precisa que el cargo es de dedicación exclusiva, vale decir que el ejercicio de la función con todo lo que importa y brinda quien la ejecuta, solo puede estar al servicio de la institución, con la salvedad de la docencia. En sí, el artículo 180 precisa que el cargo de magistrado del Jurado Nacional de Elecciones es incompatible con cualquier otra función pública, excepto la docencia. La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, dispone en el literal b) de su artículo 16 que todo empleado público está sujeto a "prestar los servicios de forma exclusiva durante la jornada de trabajo, salvo labor docente, la cual podrá ser ejercida fuera de la jornada de trabajo". En este sentido, los magistrados del Jurado Nacional de Elecciones pueden ejercer la docencia, en tanto ello no afecte el cumplimiento de sus funciones dentro de su régimen laboral.

Con ello reafirma el principio general referido a toda función pública previsto en el artículo 40 de la Constitución que establece que "ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. De esta manera, los magistrados del Jurado Nacional de Elecciones pueden paralelamente transmitir sus conocimientos y experiencia en materia electoral o de sus respectivas especialidades en la cátedra en universidades públicas. La regla, conforme con el artículo 3 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público¹²⁰³, es que ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso, siendo de igual modo incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado. Sin embargo, esta norma recoge en su segundo párrafo la excepción de la función docente y la percepción de dietas por participación en uno de los directorios de entidades o empresas públicas, supuesto último que no alcanza a los magistrados del Jurado Nacional de Elecciones porque la Constitución solo permite la excepción de docencia.

En el segundo enunciado, la norma constitucional precisa que "no pueden ser miembros del Pleno del Jurado los candidatos a cargos de elección popular". Los cargos de elección popular en el Perú, son aquellos designados por sufragio directo.

En este sentido, la norma hace clara alusión a los candidatos a Presidente, Vicepresidentes y congresistas de la República, cuya titularidad se define en los Procesos de Elecciones Generales. También hace tácita referencia a los candidatos a Presidente y consejeros regionales; a alcalde y regidores en el

¹²⁰³ Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, la renovación se iniciará con los miembros elegidos por el Colegio de Abogados de Lima y por las Facultades de Derecho de las Universidades Públicas. Transcurridos 2 (dos) años de la primera renovación, se procederá a una segunda con los miembros nombrados por la Corte Suprema, Junta de Fiscales Supremos y Junta de Decanos de las Facultades de Derecho de las universidades privadas.

Las posteriores renovaciones alternadas se sujetarán al mismo orden señalado precedentemente".

Publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de febrero de 2004

ámbito provincial y local, cuya titularidad se determina en los procesos de elecciones regionales y municipales. Es indudable que la norma alcanza también a quienes hayan sido candidatos a representantes al Parlamento Andino, al momento en que se determine a los titulares de dicha función mediante un proceso de elección popular. Los candidatos a jueces de paz, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 152 de la Constitución Política, al provenir de elección popular tienen similar procedencia y están comprendidos dentro del supuesto de la norma. Los candidatos a jueces de primera instancia podrían ser comprendidos en este supuesto, en tanto la ley de desarrollo constitucional del citado precepto los incluya como cargos provenientes de elección popular¹²⁰⁴.

Se observa en la norma un defecto de redacción, porque ha sido redactada en tiempo presente y, en una aplicación literal, afecta a quienes ostentan la calidad de candidatos, más no a quienes la han tenido. El ciudadano es candidato en tanto no concluya el proceso electoral, concluido este, tal calidad se pierde. La norma debió ser redactada en pretérito perfecto para que alcance a quienes han sido candidatos. Con la redacción que actualmente tiene la norma, se entiende que ha sido formulada para la eventual posibilidad de que la elección de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones sea simultánea al proceso electoral y que el candidato al cargo de elección popular postule al mismo tiempo al cargo de magistrado del Jurado Nacional de Elecciones.

Complementariamente, la norma prevé que tampoco pueden ser miembros del Pleno los ciudadanos que desempeñan cargos directivos con carácter nacional en las organizaciones políticas, o que los han desempeñado en los cuatro años anteriores a su postulación. Es evidente que este supuesto no salva el vado del enunciado anterior porque no todos los candidatos a cargos de elección popular son dirigentes nacionales, sino también son dirigentes regionales, provinciales y locales, que al no estar comprendidos en la norma, bien pueden acceder a esta función pública. Del mismo modo, el precepto no objeta la militancia, concepto de singular importancia si se quiere que los miembros del Jurado Nacional de Elecciones tengan un rol totalmente imparcial.

Si bien, la norma constitucional despierta estos cuestionamientos, el inciso c) del artículo 12 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones al desarrollar este precepto, recoge los supuestos planteados y llena el evidente vacío, estableciendo que se encuentran impedidos de integrar el Pleno de esta institución "los ciudadanos que pertenecen formalmente o hayan pertenecido en los últimos 4 (cuatro) años a una organización política, que desempeñen cargos directivos con carácter nacional en las organizaciones políticas o que los han desempeñado en los 4 (cuatro) años anteriores a su postulación, o que hayan sido candidatos a cargos de elección popular en los últimos 4 (cuatro) años".

¹²⁰⁴ El artículo 152 de la Constitución prescribe lo siguiente: "Los jueces de paz provienen de elección popular. Dicha elección, sus requisitos, el desempeño jurisdiccional, la capacitación y la duración de sus cargos son normados por ley. La ley puede establecer la elección de los jueces de primera instancia y determinar los mecanismos pertinentes".

Con la inclusión de la pertenencia o militancia a una organización política durante cuatro años anteriores a la postulación, se garantiza que quienes ejerzan la función de magistrados del Jurado Nacional de Elecciones se encuentren alejados del escenario político electoral actual y, por ende, se mantengan alejados de los intereses y conflictos partidarios que puedan llegar a ser resueltos por esta institución durante su gestión. Asimismo, se garantiza una conducta funcional transparente e imparcial de los miembros del Pleno del Jurado, para lograr el fin de la organización electoral, el cual es traducir fielmente la voluntad popular".

Otro de los aspectos que no se incluyen en el mencionado artículo es el caso de quienes ejercen cargos políticos, como los que se encuentran en el Gobierno Interior y cargos de confianza de las autoridades políticas, así como a los :Ministros de Estado, quienes en una gran cantidad de casos son invitados, tienen injerencia en el poder, participan y tienen filiación con el gobierno, mas no vinculación con la organización política, es decir, no tienen cargos nacionales, regionales, provinciales ni distritales y tampoco han ejercido la militancia política, ni tienen vínculos oficiales de pertenencia, pero sí vínculos reales en el ejercicio del poder que proviene de elección popular.

En este sentido, la prohibición debe extenderse también a los :Ministros de Estado, las autoridades políticas y quienes hayan sido designados por las autoridades provenientes de elección popular para ejercer función pública de confianza durante los últimos cuatro años a su postulación.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Quinta edición, Instituto Constitución y Sociedad, Lima, 1999; CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Constitución, proceso y poder político. Palestra Editores, Lima, 2000; HURTADO CRUZ, Virgilio Isaac. Teoría de la alternancia y su aplicación en el sistema democrático peruano. Tesis para optar el Título de Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.

Resoluciones del pleno del Jurado Nacional de Elecciones

Artículo 181

El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.

CONCORDANCIAS:

C:arts.2inc.17),31, 118inc.10), 142, 178 inc. 4), 185 Y 187;

L.a.E.: arts. 26 al 28, 34 al 36;

L.a.J.N.E.: arto 9;

Ley 26533: arts. 1,2,4;

C.A.D.H.: arto 25;

D.U.D.H.: arto 8;

P.I.D.C.P.: art 2.3.

Isaac Hurtado Cruz

El inciso 4) del artículo 178 de la Constitución establece como atribución del Jurado Nacional de Elecciones la administración de justicia en materia electoral, en tanto que el artículo 181 que toca comentar define las características de estas facultades jurisdiccionales.

Una de estas características es precisamente la vocación del Pleno de apreciar los hechos justiciables con criterio de conciencia, lo que, a decir de Enrique Bernaldes¹²⁰⁵, implica un "análisis valorativo y sopesado del conflicto que se pretende resolver". Definitivamente, este ejercicio requiere de un juicio de valor sobre la base de la verdad, la rectitud y la honradez¹²⁰⁶.

El criterio de conciencia es una categoría de análisis propia del Derecho Procesal Penal, utilizada en el sistema penal acusatorio para valorar la prueba y, a su vez, distinguida del método de la prueba tasada utilizada en el sistema inquisitivo¹²⁰⁷. Dicha figura ha sido trasladada a la justicia electoral para que el juzgador no esté sujeto a la aplicación mecánica de la ley. El valorar los hechos con criterio de conciencia importa un principio metodológico que consiste en el rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la decisión final, lo cual constituye una garantía de la verdad¹²⁰⁸. Sobre ello, Marcial Rubio Correa afirma que, el criterio de conciencia quiere decir que para el juzgador no existe prueba plena alguna y que todo lo que se presenta ante él como prueba

¹²⁰⁵ BERNALDES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. 5ª edición. Instituto Constitución y Sociedad. Lima, 1999, pp. 661-662.

¹²⁰⁶ MARCONE MORELLO, Juan. Diccionario jurídico penal y ciencias auxiliares. Tomo 1. 1ª edición, 1995. pp. 592-593.

¹²⁰⁷ JAÉN VALLEJO, Manuel. Los principios de la prueba en el proceso penal español. En: "Actualidad Jurídica". T. 94. Gaceta Jurídica, Lima, setiembre de 2001, pp. 36-37.

¹²⁰⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 361-362

de hecho, es susceptible de ser apreciado críticamente, es decir, aceptado o rechazado¹²⁰⁹.

Con la fórmula jurídica del artículo 181, el Constituyente de 1993 fortaleció la justicia electoral, otorgándole al juzgador libertad para que aplique su criterio en la valoración de los hechos que son sometidos a su conocimiento. En este sentido, la valoración de los hechos sobre los cuales el Pleno deberá resolver, están sometidos a un análisis crítico, guardando hasta cierto punto independencia de la prueba legal, lo que le permite al juzgador contar con un mayor margen para resolver el conflicto¹²¹⁰.

Pero ello, no es suficiente para que el Pleno como juez defina su convicción sobre la materia, sino que además se requiere que el fallo se sujete a ley y a los principios generales del Derecho, lo que exige una correlación entre la realidad y el ordenamiento jurídico positivo y sus principios. El artículo 289 de la Constitución de 1979 precisaba que "el Jurado y sus órganos aprecian los hechos con criterio de conciencia y resuelven conforme a Derecho", término que en toda su amplitud no solo implica a la ley, sino a todo el derecho positivo y extensivamente a las normas consuetudinarias que -de acuerdo con la realidad del Perú- resultarían para algunos casos, compatibles al criterio de conciencia.

La redacción actual hace remisión a los principios generales del Derecho, término que también es mencionado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil¹²¹¹, pero a efectos de que sean aplicados por el juez de manera supletoria, en tanto que en el artículo sub examine, el fallo del juez electoral debe conjugar la ley y los principios. Manuel Albaladejo -citado por Marcial Rubio Correa¹²¹² acota que "los principios generales del Derecho son las ideas fundamentales que informan nuestro Derecho positivo contenido en leyes y costumbres y, en última instancia, aquellas directrices que derivan de la justicia tal como se entiende por nuestro ordenamiento jurídico".

Existen ahora, como bien explica Carlos Lasarte Álvarez¹²¹³, principios provenientes del Derecho tradicional, los que provienen del derecho natural que por ser criterios socialmente admitidos se consideran justos; los que

¹²⁰⁹ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo V. la edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 406

¹²¹⁰ HÁBERLE, Peter. El Estath constitucional Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003. p. 222. El citado autor ha acotado lo siguiente: "(...) no obstante las diferencias que pueda haber por la cultura jurídica en su desarrollo histórico, en todas partes el Estado constitucional se ha despedido de la idea de Montesquieu de que el juez es solamente la bouche de la loi. Si bien se ha exagerado la imagen del Estado judicial (R. Marcic), crece cada vez más el reconocimiento de la función pretoriana del tercer poder, de que sus tareas también son creativas; la sola defensa del derecho (cfr. artículo 164 del Tratado de la Comunidad Europea) no es suficiente; también se trata de un prudente desarrollo del Derecho hasta llegar al Derecho judicial como fuente del Derecho propia".

¹²¹¹ El artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil prescribe que "los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el Derecho peruano".

¹²¹² RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Volumen III. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, pp. 146-147.

¹²¹³ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. Principios de Derecho Civil. Tomo 1. Parte General y Derecho de la Persona. Editorial Trivium, Madrid, 1992, p. 80.

proviene de las convicciones ético-sociales imperantes en la comunidad, y, los principios lógico-sistemáticos o positivos que provienen de dispositivos legales, los cuales abarcan valores y reglas de conducta que trascienden al Derecho positivo, lo que implicaría que la justicia electoral puede recurrir tanto a ellos como a la costumbre. En la Constitución de 1993 se pueden encontrar principios lógico-sistemáticos o positivos, los cuales sirven al juzgador para interpretar las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales, como por ejemplo la remisión a los Derechos Humanos y los tratados internacionales¹²¹⁴; la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno previstas en el artículo 3 de la Constitución Política vigente.

El tema del fallo conforme a derecho, en la doctrina, ha sido ampliamente tratado a través de las distintas teorías de la argumentación jurídica, presentándose en este tipo de casos el cuestionamiento a los límites de la valoración, sobre todo cuando el juzgador tiene la plena convicción de que las fórmulas jurídicas previstas en el Derecho positivo conllevarían a una solución justa de la litis, que en el caso concreto es el contencioso electoral¹²¹⁵.

Uno de los más claros ejemplos de la aplicación del criterio de conciencia se ha dado en la Resolución N° 077-JNE-2004, en virtud de la cual, el jurado, valorando los acontecimientos políticos en Puna, específicamente en el distrito de llave, provincia del Callao, ante el fallecimiento de su alcalde y la detención de los presuntos responsables, regidores de la misma comuna entre ellos, procedió a declarar la vacancia del alcalde y a nombrar -de manera temporal- a los regidores, reestructurando con ello el principio de autoridad y el orden en dicha localidad. Si bien el inciso u) del artículo 5 de la Ley N° 26486, Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones precisa que: "son atribuciones del JNE: u) Declarar la vacancia de los cargos y proclamar a los candidatos que por ley deben asumidos", tal facultad se efectúa en primera instancia por el Consejo Municipal, según el inciso 1) del artículo 22 y el artículo 23 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

Ante la imposibilidad de que el Consejo Municipal pudiera sesionar con cuatro regidores heridos y en estado de recuperación por haber sido víctimas del desborde popular; y, de poder alcanzar la votación de los dos tercios del número legal de los miembros del Consejo que exige el artículo 23 de la Ley Orgánica de Municipalidades para vacar al alcalde¹²¹⁶, el Jurado Nacional de

¹²¹⁴ Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

¹²¹⁵ ATIENZA, Manuel. Las razones del Derecho. Teorías de /o argumentación jurídica. Palestra Editores, Lima, 2004, p. 220-221

¹²¹⁶ El artículo 23 de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, establece que: "la vacancia del cargo de alcalde o regidor es declarada por el correspondiente concejo municipal, en sesión extraordinaria, con el voto aprobatorio de dos tercios del número legal de sus miembros, previa notificación al afectado para que ejerza su derecho de defensa. El acuerdo de concejo que declara o rechaza la vacancia es susceptible de recurso de reconsideración, a solicitud de parte, dentro del plazo de 15 (quince) días hábiles perentorios ante el respectivo concejo municipal. El acuerdo que resuelve el recurso de reconsideración es susceptible de apelación. El recurso de apelación se interpone, a solicitud de parte, ante el concejo municipal que

Elecciones declaró la vacancia del funcionario, entendiendo que si ello no ocurría se deterioraba aún más la estructura política del gobierno local del distrito de Ilaya y con ello un mayor nivel de indefensión de las personas. Asimismo, el Jurado procedió a declarar a los reemplazantes temporales de los tres regidores detenidos, a los cuales -en aplicación del inciso 3) del artículo 25 de la Ley Orgánica de Municipalidades¹²¹⁷ corresponde la suspensión.

Si bien esta suspensión debió ser declarada por el Consejo, en la realidad de los hechos se demostró las graves dificultades que imperaron para que los regidores pudieran sesionar, por lo que el fallo en uno de sus considerandos se remite al artículo 1 de la Constitución Política del Estado que ad litteram precisa "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Otro de los ejemplos de la aplicación del criterio de conciencia se observa en la Resolución N° 066 - 2004 - JNE, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de abril de 2004, en virtud de la cual se declara nula la Resolución N° 005 - 2004 OROP / JNE, que aprobó el cambio de denominación de la organización política "Movimiento Independiente Vamos Vecino" por la de Agrupación Independiente "Sí Cumple", en la que el Jurado Nacional de Elecciones evaluando los hechos en su integridad observó que el procedimiento para el cambio de nombre de dicha agrupación no había observado lo dispuesto por las normas estatutarias de la organización, en el sentido de que cualquier modificación al Estatuto requería de su respectiva aprobación en la asamblea de la organización, por lo que el petitorio efectuado ante la Oficina de Registro de Organizaciones Políticas - OROP carecía de esta formalidad. La observación efectuada por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones no había sido percibida ni planteada a petición de parte en ninguna etapa del proceso, por lo que el criterio de conciencia permitió al Jurado valorar los hechos en su integridad y, por ende, ir más allá de los argumentos esgrimidos en la propia tacha¹²¹⁸.

El artículo 181 también precisa que en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, las resoluciones del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Esto tiene que entenderse con suma agudeza, porque una interpretación literal de este precepto, bien puede hacer entender que la

resolvió el recurso de reconsideración dentro de los 15 (quince) días hábiles siguientes, el cual elevará los actuados en el término de 3 (tres) días hábiles al Jurado Nacional de Elecciones que resolverá en un plazo máximo de 30 (treinta) días hábiles, bajo responsabilidad. La resolución del Jurado Nacional de Elecciones es definitiva y no revisable en otra vía. Cualquier vecino puede solicitar la vacancia del cargo de un miembro del concejo ante el concejo municipal o ante el Jurado Nacional de Elecciones; su pedido debe estar fundamentado y debidamente sustentado, con la prueba que corresponda, según la causal. El concejo se pronuncia en sesión extraordinaria en un plazo no mayor de 30 (treinta) días hábiles después de presentada la solicitud y luego de notificarse al afectado para que ejerza su derecho de defensa. En caso de que la solicitud sea presentada ante el Jurado Nacional de Elecciones, él correrá traslado al concejo municipal respectivo para que proceda conforme a este artículo".

¹²¹⁷ El artículo 25 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece que: "El ejercicio del cargo de alcalde o regidor se suspende por acuerdo de concejo en los siguientes casos: 3. Por el tiempo que dure el mandato de detención".

¹²¹⁸ La tacha a la Resolución N° 005-2004-OROP, que procedía al cambio de nombre del Movimiento Independiente "Vamos Vecino", fue tachada por el Dr. Genaro Ledesma Izquieta, ex congresista de la República. La apelación fue presentada por el Dr. Noriega Salaverry.

función de administración de justicia electoral carece del principio de pluralidad de instancias previsto en el inciso 6) del artículo 139 de la Constitución, en virtud del cual la administración de justicia se organiza jerárquicamente con el [m de que como regla general, todo proceso sea conocido por dos jueces de distinta jerarquía¹²¹⁹.

Lo que se infiere de este precepto constitucional es que el Pleno constituye instancia final y definitiva, implicando ello, que el Jurado Nacional de Elecciones debe configurar dentro de su organización interna los órganos que constituirán la instancia primaria, como mínimo, pudiendo inclusive optar también por una intermedia. En este sentido, el segundo párrafo del artículo 2 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones precisa que esta institución ejerce sus funciones a través de sus órganos jerárquicos constituidos (con arreglo a su propia ley orgánica) Y que no existe ni puede instituirse jurisdicción electoral alguna independiente al Jurado.

En los temas relativos a la materia electoral, en periodos electorales o vale decir, en pleno proceso electoral, los Jurados Electorales Especiales, órganos temporales constituidos para el efecto, son la primera instancia de la administración electoral. En los temas de vacancia municipal, previstos en el inciso 1) del artículo 22 y artículo 23 de la Ley N° 27972, Orgánica de Municipalidades, el Consejo Municipal se constituye en primera instancia, en tanto que el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, en segunda instancia, confirma, revoca o declara nula la decisión del órgano edil sobre ese tema. Del mismo modo, en el proceso de inscripción de organizaciones políticas, la Oficina de Registro de Organizaciones Políticas, adscrita a la estructura orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, pero con autonomía administrativa, se constituye en primera instancia en el proceso de inscripción de dichas organizaciones, siendo el Pleno del Jurado la instancia definitiva¹²²⁰. Lo mismo ocurre con las resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, cuyas decisiones en materia electoral, de referéndum u otro tipo de consultas populares, son revisables por el Jurado Nacional de Elecciones, también en instancia definitiva, conforme se aprecia del texto del artículo 34 de la Ley Orgánica de Elecciones, modificado por el artículo 3 de la Ley N° 27369¹²²¹, cuya redacción se ajusta al espíritu de la Constitución.

¹²¹⁹ HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. Manual de consulta rápida del proceso civil la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 70.

¹²²⁰ El artículo 19 del Reglamento del Registro de Organizaciones Políticas, aprobado por Resolución N° 015-2004-JNE preceptúa lo siguiente: "El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, en sesión pública, sustancia y resuelve la apelación dentro de los cinco días después de concedida, con citación de las partes. Contra lo resuelto por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones no procede recurso alguno

¹²²¹ El artículo 34 de la Ley N° 26859, Orgánica de Elecciones, modificado por el artículo 3 de la Ley N° 27369 establece: "El Jurado Nacional de Elecciones resuelve, en instancia definitiva, los recursos que se interpongan contra las resoluciones expedidas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, en cuanto tales se refieran a asuntos electorales, de referéndum u otro tipo de consultas populares. Resuelve también las apelaciones o los recursos de nulidad que se interpongan contra las resoluciones de los Jurados Electorales Especiales".

Por otro lado, el mencionado artículo agrega que las resoluciones del Pleno no son revisables, lo que quiere decir, que lo resuelto en materia electoral por este colegiado no puede ser sometido a dictamen u opinión de otro órgano administrativo o jurisdiccional a efectos de que la revoque en su integridad o en alguno de sus extremos, la modifique o la confirme. A este respecto, el artículo 142 de la Constitución ha establecido que "no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral (...)". Sin embargo, tal precepto tiene un claro límite en los casos de conflicto de competencia entre el Jurado y los demás organismos electorales, los cuales son resueltos por el Tribunal Constitucional, conforme con lo dispuesto por el numeral 3) del artículo 202 de la Constitución, el numeral 3) del artículo 109 de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional¹²²² y el artículo 6 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones¹²²³.

Aplicando el método sistemático de interpretación podemos colegir que tanto en el artículo 142 como en el 181 de la Constitución, la irrevisabilidad de los fallos del Jurado se aplica a las resoluciones del Pleno en materia electoral, la cual, como ya se ha advertido, comprende los temas relativos al proceso electoral, de referéndum y otras consultas populares. En este sentido, cabe preguntarse si las decisiones en temas distintos como las tomadas sobre funciones administrativas que también se otorgan al Jurado revisten también dicho carácter. Francisco Fernández Segado ha planteado que es posible la revisión de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones que no tengan carácter jurisdiccional, como lo es el tema de la inscripción de los partidos políticos, lo que inclusive, puede permitir la interposición de la acción de amparo electoral¹²²⁴.

Cuando la norma añade que "contra estas resoluciones no procede recurso alguno", indica que lo resuelto por el Jurado Nacional de Elecciones, en materia electoral, tiene el mérito de cosa juzgada, institución que es el principal efecto y eficacia de la actuación jurisdiccional graficada en la sentencia o

¹²²² El numeral 3) del artículo 109 de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional precisa que: "el Tribunal Constitucional 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: 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o de estos entre sí".

¹²²³ El artículo 6 de la Ley N° 26486, Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones establece que "las contiendas que se promuevan respecto de la competencia del Jurado Nacional de Elecciones y la Oficina Nacional de Procesos Electorales o el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil serán resueltas por el Tribunal Constitucional, conforme a la ley pertinente".

¹²²⁴ Para tener un panorama más claro de esta figura, Samuel Abad Yupanqui indica que este tipo de amparo "podría tutelar los derechos de participación política afectados, por ejemplo, por la decisión de un prefecto de prohibir la realización de un mitin de cierre de campaña, la arbitraria detención del documento de identidad de una persona y la consecuente imposibilidad de votar, el uso indebido de fondos públicos afectando el principio de igualdad -y neutralidad- en materia electoral y, en general, todas aquellas irregularidades que se pudieran presentar durante un proceso electoral y que requieran de un proceso urgente que tutele los derechos ciudadanos".

ABAD YUPANQUI, Samuel. El proceso constitucional de amparo. Iª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 448.

declaración de certeza¹²²⁵. Asimismo, cuando la norma precisa que contra aquella decisión no cabe recurso alguno, no hace más que fortalecer la seguridad jurídica que deben tener las resoluciones del Jurado para garantizar la legalidad y legitimidad democrática del país.

No obstante ello, el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N° 2366-2003-AA/TC ha observado que tal precepto implica que la decisión jurisdiccional debe efectuarse respetando las reglas del debido proceso; pudiendo en consecuencia ser revisable la decisión del Jurado si no cumple con observar dicha condición¹²²⁶. En el debate y aprobación de la Ley N° 28237, Código Electoral, la posición de Francisco Fernández Segado, sostenida y desarrollada también en el Perú por Samuel Abad Yupanqui¹²²⁷, ha sido plasmada en el numeral 8) del artículo 5, en la medida de que esta norma deja la posibilidad de que procedan los procesos constitucionales contra los fallos del Jurado en materia electoral en tanto no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando teniendo tal carácter violan la tutela procesal efectiva. En este último supuesto, no se revisa el fondo del fallo, sino el cumplimiento de las reglas del debido proceso y acceso a la justicia; en tanto que el primero puede referirse al tema de fondo de la resolución expedida, flexibilizándose así la norma constitucional.

Por otro lado, en ejercicio de la función de administración de justicia electoral, el Jurado, conforme a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias, está sujeto al mandato contemplado en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, en el sentido de que como jueces electorales "en caso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior." Así en el considerando número 3 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 007-2001-AI/TC, el Tribunal

¹²²⁵ QUIROGA LEÓN, Aníbal. Las garantías constitucionales de la administración de justicia. En: "La Constitución die:1 años después". Instituto Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989, p. 323

¹²²⁶ El Tribunal Constitucional, en el cuarto considerando de la sentencia recaída en el Expediente N° 2366-2003-AA/TC (Caso Juan Genaro Espino Espino) establece lo siguiente: "Este Tribunal, por consiguiente, debe enfatizar, al igual como lo hiciera respecto de las resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura en el Expediente N° 2009-2002-AA/TC (caso Gonzales Ríos) y la posibilidad de un control jurisdiccional sobre ellas, que no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, so pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones emitidas por parte de determinados organismos electorales. En efecto, aun cuando de los artículos 142 y 181 de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio solo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no solo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando este resulta viable en mecanismos como el amparo".

¹²²⁷ ABAD YUPANQUI, Samuel. Ob. cit., pp. 421-464. El citado autor denomina a esta posición "tesis permisiva" que consiste en autorizar el empleo de procesos constitucionales (amparo) en determinados supuestos contra las resoluciones dictadas por los organismos electorales (ver p. 447).

Constitucional acota lo siguiente: "la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme con lo que establece el artículo 138 de nuestra Constitución Política, solo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas". En concordancia con ello, en sentencia recaída sobre el Expediente N° 0499-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional deniega al Tribunal Fiscal, la facultad de declarar la inaplicación de las leyes, por cuanto considera que este organismo tiene carácter administrativo.

En síntesis, el Jurado Nacional de Elecciones, puede inaplicar las normas electorales en los procesos en que el mandato de aquellas sea incompatible con la Constitución.

DOCTRINA

ABAD YUP ANQUI, Samuel. El proceso constitucional de amparo. Primera edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; ATIENZA, Manuel. Las razones del Derecho.

Teorías de la argumentación jurídica. Palestra editores, Lima, 2004; BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Quinta edición, Instituto Constitución y Sociedad, Lima, 1999; GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Palestra editores, Lima, 2003; HABERLE, Peter. El Estado constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003; HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Manual de consulta rápida del proceso civil. Primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2001; JAÉN V ALLEJO, Manuel. Los principios de la prueba en el proceso penal español. En: "Actualidad Jurídica". Tomo 94, Suplemento Mensual de Gaceta Jurídica, Lima, setiembre, 2001; LASARTE ÁL V AREZ, Carlos. Principios de Derecho Civil. Tomo 1. Parte General y Derecho de la Persona.

Editorial Trivium, Madrid, 1992; MARCONE MORELLO, Juan. Diccionario jurídico penal y ciencias auxiliares. Tomo 1, Primera Edición, 1995; QUIROGA LEÓN, Aníbal. Las garantías constitucionales de la administración de justicia. En: "La Constitución Diez Años Después". Instituto Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann. Lima, 1989; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo V, Primera edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Volumen III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993.

Artículo 182

Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales

El Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura por un período renovable de cuatro años. Puede ser removido por el propio Consejo por falta grave. Está afecto a las mismas incompatibilidades previstas para los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.

Le corresponde organizar todos los procesos electorales, de referéndum y los de otros tipos de consulta popular, incluido su presupuesto, así como la elaboración y el diseño de la cédula de sufragio. Le corresponde asimismo la entrega de actas y demás material necesario para los escrutinios y la difusión de sus resultados. Brinda información permanente sobre el cómputo desde el inicio del escrutinio en las mesas de sufragio. Ejerce las demás funciones que la ley le señala.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 31, 40, 117, 118 inc. 5), 150, 154.3, 176, 177, 178, 183 Y 186;

L.O.E.: arts. 26 al 28, 37 al 41, 74;

L.O.C.N.M.: arto 21 inc. e);

Ley 26487: arts. 5, 8 al 10;

C.A.D.H.: arto 23.1.c;

D.U.D.H.: arto 21.2;

P.I.D.C.P.: arto 25.c

Juan T. Falconí Gálvez

1. Sobre la persona que dirige la Oficina Nacional de Procesos Electorales

No se puede negar el carácter pedagógico que el rótulo "jefe" tiene para esclarecer quién es la máxima autoridad de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, aunque habría sido preferible el uso de un término más usual en la Administración Pública, como es el de "Director Nacional o Director General de la ONPE".

El término "jefe" tiene connotaciones verticales y por lo tanto, alusiones a regímenes totalitarios, lo que no es deseable en ninguna institución pública, menos aún si es un organismo que integra la administración electoral.

El uso de un término propio de regímenes castrenses, militares, contrasta con el carácter plural, tribunalicio y "ciudadanizado" del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones Jurado).

La "ciudadanización" del Pleno fue una respuesta histórica que se dio a la necesidad de ir despolitizando la administración electoral, y ello legitima al Pleno del Jurado. La legitimación del Jefe de la ONPE se debe a su designación por el Consejo Nacional de la Magistratura, organismo constitucional autónomo, también pensado como ente ciudadanizado, apolítico especializado en el nombramiento de jueces y fiscales.

Discrepamos con dicha legitimación, dado que el Consejo Nacional de la Magistratura está pensado para elegir y ratificar magistrados jurisdiccionales, y puede alcanzar cierta especialización en dicha labor, pero ello no le otorga verdadera relación funcional con la elección de un profesional (no necesariamente abogado) con conocimientos en gestión electoral.

La Constitución señala que el Jefe de la ONPE "está afecto a las mismas incompatibilidades previstas para los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones". Esta norma no equipara al Jefe de la ONPE con el Presidente del Jurado.

En efecto, la "incompatibilidad" es una figura propia de la Administración Pública que opera sobre la persona que ya vienen ocupando un cargo, obstaculizando el desempeño del mismo, y como es una figura que regula aspectos que restringen una relación laboral, debe interpretarse de modo restrictivo.

Desde 1931 se encargó la Presidencia del Pleno del Jurado al representante de un Poder del Estado, pensando resaltar así la importancia de sus funciones. Este personaje, además de las incompatibilidades compartidas con los restantes miembros del Pleno, tiene las incompatibilidades propias por su condición de magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En este sentido, los integrantes del Pleno del Jurado y el Jefe de la ONPE comparten los supuestos básicos propios de su función electoral, que pueden impedir el ejercicio del cargo, pero entendemos que el Presidente del Jurado y el Jefe de la ONPE no comparten las mismas preeminencias, honores o jerarquía en la Administración Pública.

Así, en cuanto a las incompatibilidades, el Jefe de la ONPE no puede ejercer otra función pública, excepto la docencia a tiempo parcial, ni pueden ocupar dicho puesto los candidatos a cargos de elección popular, ni ciudadanos que desempeñen cargos directivos con carácter nacional en las organizaciones políticas, o que los han desempeñado en los cuatro años anteriores a su postulación (artículo 180, segundo y tercer párrafo de la Constitución).

La permanencia puede ser perniciosa en temas donde el poder político está en juego. Por ello, a fin de propiciar la transparencia y la renovación de cuadros en la Administración Pública, por razones de principios, no se debe aceptar la renovación en el cargo de ningún funcionario público.

2. Sobre la Oficina Nacional de Procesos Electorales

La Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) nace con la Constitución de 1993, promulgada durante el gobierno del Presidente Alberto Fujimori Fujimori, como resultado de la fragmentación del Jurado en 3 entidades públicas (Jurado, ONPE y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC), por argumentadas razones de necesidad de especialización, tal

como se puede apreciar a lo largo del Diario de Debates de la Constitución de 1993.

A decir de Enrique Bernaldes "este artículo tiene excesos de toda índole. Representa, de inicio, el punto de quiebre del régimen electoral peruano, pues recorta significativamente las atribuciones del Jurado Nacional de Elecciones, encargándole a una Oficina autónoma la organización de los procesos electorales (oo.). Por lo demás, un escrupuloso criterio de unidad y reforzamiento no habría dado cabida en la Constitución a lo que no es otra cosa que una oficina técnica del Jurado"¹²²⁸.

Valentín Paniagua precisó que esta fragmentación del Jurado en ONPE y RENIEC "desconoce un largo proceso de evolución en el que se intentó preservar la legalidad y la autonomía de la administración electoral, revistiendo los actos respectivos de gran formalidad y confiando su cuidado a órganos independientes (...)"¹²²⁹.

Así, veamos cuál ha sido ese historial, largo y complejo, que intentó preservar la autonomía de la administración electoral¹²³⁰:

1) Génesis del régimen electoral (surgimiento de la República hasta 1855)

Durante este periodo de tiempo, la organización electoral se basaba en los colegios electorales que se conformaban en cada parroquia, siendo que las autoridades electorales encargadas de la conducción de los procesos en su parroquia eran los jefes políticos o las autoridades ediles del lugar.

El Parlamento era el órgano encargado de resolver los problemas de justicia electoral, proclamar la nulidad de los comicios y calificar las credenciales de los electos.

2) Consolidación del régimen electoral (desde 1855 hasta 1931)

Aquí se crean las Juntas Electorales Provinciales, integradas por notables de cada localidad, encargados de elaborar el Registro Cívico General. Se creó también la Junta Electoral Nacional (integrada por un representante del Poder Ejecutivo, cuatro del Poder Legislativo y cuatro del Poder Judicial) y se estableció la obligatoriedad de los ciudadanos habilitados para votar en el Registro Electoral, el mismo que fue creado como un organismo técnico e independiente.

La conducción de los comicios estaba encomendado a funcionarios nombrados por el Gobierno, encargándose a la Corte Suprema la labor de revisar los procesos electorales y poder declarar su nulidad, de ser el caso.

¹²²⁸ BERNALDES BALLESTEROS, Enrique. Lo Constitución de 1993. Análisis comparado. Ciedla, Lima, \ 1996, p. 664.

¹²²⁹ PANIAGUA CORAZAO, Valentín. Sistema electoral En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios". Tomo II, p. 230.

¹²³⁰ Propuesta Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Opinión institucional elaborada por GARCÍA TOMA, Víctor. Razones para una unificación. Opiniones y Análisis de Juristas. Jurado Nacional de Elecciones, Lima, 2002, pp. 13 Y ss.

3) Estadio de la autonomía electoral (desde 1931 hasta 1962)

En esta etapa se realiza una profunda reforma que busca despolitizar la labor electoral; y por ello, se crea el Jurado, como máximo organismo electoral, integrado por un representante de la Corte Suprema, cuatro delegados de las universidades nacionales y cuatro delegados de las juntas departamentales.

Aquí es donde el Jurado nace como un organismo "ciudadanizado"; es decir, como un ente integrado por personalidades representativas del mundo jurídico, académico y electoral de la sociedad de ese momento. En este estadio también se establece el Registro Electoral (antecedente del RENIEC) de forma técnica y permanente, y la consecuente obligatoriedad de los partidos políticos de inscribirse en el Registro de Partidos llevado por el Jurado.

4) Estadio de las garantías del sufragio ciudadano (desde 1962 hasta 1979)

La Constitución de 1979 recoge y consagra a nivel constitucional todos los avances que sobre el tema electoral se habían venido conquistando a lo largo de los años. El Jurado, como único y excluyente órgano electoral, adquiere rango constitucional.

En la evolución del tema electoral que refleja nuestra cultura política, la tendencia ha sido hacia la institucionalización de un solo ente permanente, autónomo, independiente y especializado en materia electoral, que administra justicia y organiza el proceso electoral. La Constitución de 1979 fue la culminación de este proceso perfeccionador.

5) Se podría agregar un quinto estadio, que se inicia con la Constitución de 1993, al que le denominaríamos "Del debilitamiento institucional de la administración electoral", pues la Constitución de 1993 no encontró mejor manera de menoscabar el Poder Electoral representado por el Jurado, estableciendo una organización tricéfala, donde la naturaleza iusunitaria del Jurado es equiparada al de instituciones técnicas como son la ONPE y el RENIEC.

Es conveniente precisar que, cuando en Derecho Electoral se habla de especialización electoral¹²³¹, debemos entender que aludimos a la necesidad de contar con una administración, con un organismo electoral independiente del poder político (Ejecutivo o Legislativo), para el eficiente desempeño de su principal función: garantizar el irrestricto respeto de la voluntad popular manifestada en el acto electoral.

En el Perú, la tradición constitucional y la cultura política de nuestro país ya referida hizo posible la especialización electoral desde inicios de la República en los términos referidos anteriormente: en nuestras Constituciones de 1823,

¹²³¹ Sobre el tema se puede revisar: NOHLEN, Dieter y otros (compiladores). Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1988

1826, 1933 (que hablan del "Poder Electoral"¹²³²); y, en especial, con la Constitución peruana de 1979 (con la consagración del Jurado como único organismo electoral).

La Constitución de 1993 yerra cuando considera que la desmembración de la distribución de labores electorales a tres organismos diferenciados Jurado, ONPE y RENIEC) permite alcanzar "especialización electoral"¹²³³.

El debate sobre si deben o no volver a unificar se los organismos "electorales" sigue abierto.

3. Sobre las funciones que desarrolla el jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales

La parte final del artículo 182 precisa que al Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales "le corresponde organizar todos los procesos electorales, de referéndum y los de otros tipos de consulta popular, incluido su presupuesto, así como la elaboración y el diseño de la cédula de sufragio. Le corresponde asimismo la entrega de actas y demás material necesario para los escrutinios y la difusión de sus resultados. Brinda información permanente sobre el cómputo desde el inicio del escrutinio en las mesas de sufragio. Ejerce las demás funciones que la ley le señala".

Consideramos que es un error del constituyente de 1993 haber centralizado las funciones electorales de la ONPE en una persona, porque ello no contribuye a la institucionalidad, ni a la gobernabilidad en democracia, y al ver que ese error no se ha repetido al regular las funciones del Jurado Nacional de Elecciones ni del RENIEC, pensamos que estamos frente a un error de logística, es decir, ante un simple error de técnica legislativa, un error material en la redacción de la norma constitucional.

Personal; las funciones electorales no tiene precedentes en nuestra historia constitucional. En las muchas cartas políticas fundamentales que hemos tenido siempre encontramos que la administración electoral (independientemente de las distintas formas y denominaciones que ha tomado) siempre ha estado presente como tal.

Las Constituciones de 1823, 1826 Y 1933 nos hablaban del "Poder Electoral"¹²³⁴, porque una sola era la Administración electoral que dotaba de legalidad y legitimidad a nuestras autoridades electas. En 1979, el Jurado Nacional de Elecciones, aun cuando no estaba consagrado literalmente en la

¹²³² El artículo 30 de la Constitución de 1823 nos habla expresamente de "Poder Electoral", al igual que los artículos 20 y 21 de la Constitución de 1826 y el artículo 88 de la Constitución de 1933.

¹²³³ El error se hace evidente cuando constatamos que el "sistema electoral" tiene tres organismos diferentes, pero hermanados por la misma función constitucional: "asegurar que las votaciones traduzcan las expresiones auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos (...)

¹²³⁴ El artículo 30 de la Constitución de 1823 nos habla expresamente de "Poder Electoral", al igual que los artículos 20 y 21 de la Constitución de 1826 y el artículo 88 de la Constitución de 1933.

Constitución de 1979 como un "Poder" del Estado, tenía tal calidad por cuanto era fuente de la legalidad y legitimidad democrática, ya que respondía a las características intrínsecas de nuestro Estado de Derecho. Así, podemos sostener que, hasta antes de 1993, la Constitución histórica¹²³⁵ concebía a la Administración electoral peruana como el Poder Electoral.

La Constitución autoritaria de 1993 rompe con esa respuesta histórico constitucional del Estado peruano y distribuye las funciones electorales en tres organismos constitucionales autónomos entre sí. Según el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (que como toda ley orgánica es una de desarrollo constitucional en cuanto a la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución): "Son funciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales:

Organizar todos los procesos electorales, del referéndum y otras consultas populares.

Diseñar la cédula de sufragio, actas electorales, formatos y todo otro material en general, de manera que se asegure el respeto de la voluntad del ciudadano en la realización de los procesos a su cargo.

Planificar, preparar y ejecutar todas las acciones necesarias para el desarrollo de los procesos a su cargo en cumplimiento estricto de la normativa vigente.

Preparar y distribuir a las oficinas descentralizadas de procesos electorales el material necesario para el desarrollo de los procesos a su cargo.

Brindar, desde el inicio del escrutinio, permanente información sobre el cómputo en las mesas de sufragio y oficinas descentralizadas de procesos electorales a nivel nacional.

Dictar las instrucciones y disposiciones necesarias para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios.

Dictar las resoluciones y la reglamentación necesaria para su funcionamiento.

Divulgar por todos los medios de publicidad que juzgue necesarios, los [mes, procedimientos y formas del acto de la elección y de los procesos a su cargo en general.

Garantizar al ciudadano el derecho al ejercicio del sufragio.

¹²³⁵ "La Constitución histórica es el conjunto de normas y principios que, reiterados en el tiempo, se convierten en una constante que identifica a las instituciones con la realidad y con la legislación al uso. (...) La Constitución histórica, busca, precisamente identificar el hilo conductor (que puede estar compuesto por principios, costumbres o reglas jurídicas) que permiten la formación de la Constitución escrita o formal". En: SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. El Jurado Nacional de Elecciones y la necesaria unidad del Sistema Electoral En: "Razones para una unificación". Opiniones y Análisis de Juristas. Jurado Nacional de Elecciones. Lima, 2002, p. 27.

Coordinar con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil la elaboración de los padrones electorales.

Recibir del Jurado Nacional de Elecciones los Padrones Electorales debidamente autorizados.

Obtener los resultados de los procesos a su cargo y remitirlos a los Jurados Electorales.

Recibir y remitir al Jurado Nacional de Elecciones la solicitud de inscripción de candidatos u opciones en procesos de ámbito nacional, para la expedición de credenciales, informando respecto del cumplimiento de los requisitos formales exigidos".

En ese sentido, una clasificación de dichas funciones postula que las tareas electorales propias de la administración electoral pueden clasificarse en dos: la administrativa y la jurisdiccional. Según esta interpretación, el JNE se encargaría solo de administrar "justicia electoral" y la ONPE (y en menor grado el RENIEC) desarrollaría las demás labores necesarias para el éxito del proceso (como las reseñadas en el artículo bajo comento), las mismas que calificarían como funciones "administrativas".

Aquí es conviene recordar las palabras del jurista peruano, Dr. Juan Chávez Molina, quien ante la tripartición rescata el carácter iusunitario que debe tener la actual administración electoral¹²³⁶: "La justicia electoral y la administración de los procesos electorales constituyen solo una función. No dos ni tres. (. . .). Es la justicia electoral la que debe dar apoyo y sustento a la adecuada elaboración, procedimiento y actuación de la administración. No a la inversa. (. . .). Es la justicia la que otorga las garantías necesarias para que la administración disponga de los elementos que requiera al ejercer sus funciones (...)".

En el Perú, otros autores¹²³⁷ proponen una clasificación que refleje el verdadero trabajo que realizan los organismos confortantes del sistema electoral, y así nos hablan de siete (7) funciones electorales repartidas entre tres (3) organismos electorales:

Jurisdiccional.
Normativa o reglamentaria.
Educativa o pedagógica.
Fiscalizadora.
Administrativa electoral.
Operativa o de logística electoral.
Padrón electoral.

¹²³⁶ CHÁVEZ MOLINA, Juan. Debate constitucional acerca de la reforma constitucional. El sistema electoral. En: "Diario El Comercio", del 5 de mayo de 2002.

¹²³⁷ SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. Régimen jurídico electoral peruano. En: "Debate Electoral". Revista de diálogo y participación ciudadana. Volumen I. Jurado Nacional de Elecciones, Lima, pp. 5-25.

Según esta clasificación funcional, las cinco (5) primeras funciones son desarrolladas por el Jurado Nacional de Elecciones, una función logística u operativa por la ONPE y la última función por el RENIEC (elaboración del padrón electoral).

Independientemente de la clasificación de funciones que utilizemos, hay consenso en la doctrina nacional que "la Oficina Nacional de Procesos Electorales es la encargada de realizar todas las acciones necesarias para que las votaciones populares se lleven a cabo en el país. Por consiguiente, es un órgano esencialmente ejecutivo"¹²³⁸.

Así, la ONPE deberá desarrollar la parte logística de los procesos electorales regulados en la Constitución, en la Ley Orgánica de Elecciones y en otras normas legales¹²³⁹, tales como:

Elecciones presidenciales (incluye los procesos para elegir al Presidente y Vicepresidentes de la República).

Elecciones parlamentarias (comprende la elección de los congresistas de la República)

Elecciones regionales (comprende la elección del Presidente Regional y los consejeros regionales).

Elecciones municipales (comprende la elección del alcalde y los regidores).

Elecciones de jueces según la Constitución.

Referéndum y revocatoria de autoridades (para convalidar o rechazar determinados actos de gobierno a través del proceso de consulta popular).

La clasificación de funciones que corresponden a la ONPE la desarrollamos con más amplitud al comentar el artículo 186 de la Constitución, en concordancia con el segundo párrafo del artículo 182.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Ciedla, Lima, julio, 1996; CHÁVEZ MOLINA, Juan. Debate constitucional acerca de la reforma constitucional. El sistema electoral. En: Diario El Comercio del 05 de mayo, 2002; GARCÍA TOMA, Víctor y otros. Razones para una unificación. Opiniones y Análisis de Juristas. Jurado Nacional de Elecciones, Lima, 2002;

¹²³⁸ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de /o Constitución Política de 1993. Tomo 5. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 410

¹²³⁹ Algunos de estos procesos los convoca el Presidente de la República (artículo 118, inciso 5 de la Constitución) y otros el Jurado Nacional de Elecciones, según la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos.

NOHLEN, Dieter y otros (compiladores). Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1988; PANIAGUA CORAZAO, Valentín. Sistema electoral. En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios". Tomo 11; SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. Régimen jurídico electoral peruano. En: " Debate Electoral". Revista de Diálogo y participación ciudadana. Volumen 1, Jurado Nacional de Elecciones, Lima; SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. El Jurado Nacional de Elecciones y la necesaria unidad del Sistema Electoral. En: "Razones para una unificación. Opiniones y Análisis de Juristas". Jurado Nacional de Elecciones. Lima, 2002; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 5, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

Artículo 183

Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

El Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura por un período renovable de cuatro años. Puede ser removido por dicho Consejo por falta grave. Está afecto a las mismas incompatibilidades previstas para los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.

El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y otros actos que modifican el estado civil. Emite las constancias correspondientes.

Prepara y mantiene actualizado el padrón electoral.

Proporciona al Jurado Nacional de Elecciones y a la Oficina Nacional de Procesos Electorales la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Mantiene el registro de identificación de los ciudadanos y emite los documentos que acreditan su identidad.

Ejerce las demás funciones que la ley señala.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 1), 30, 40, 52, 113.5, 114.2, 117, 176 a 178 y 10' nET.;

C.C.: arts. 70 al 75;

C.P.; arto 143;

C.P.Ct.: arto 25 inc.10);

C.N.A.: arts. 6 y 7;

L.O.E.: arts. 42, 43, 74;

L.O.C.N.M.: art 21 inc. f);

LO.R.E.N.I.E.C.: arts. 1,2,7, 10;

Ley 26497: arts 7,10;

Ley 26497;

C.A.D.H.: art 23.1.c;

D.U.D.H.: arto 21.2;

P.I.D.C.P.: arto 25.c

Juan T. Falconí Gálvez

Con respecto al primer párrafo del artículo 183, referido al Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), nos remitimos a lo comentado con el caso del Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) en la norma anterior.

Debemos precisar que la única diferencia que encontramos es que la norma constitucional bajo comentario hace una adecuada distribución de funciones, no en la persona del Jefe del RENIEC, sino en la institución¹²⁴⁰.

Con respecto a las funciones del RENIEC, este encuentra su antecedente inmediato en el Registro Electoral Nacional que fuera creado y regulado en el

¹²⁴⁰ Además, hay una diferencia que no tiene origen constitucional, pero nos parece importante resaltarla: el artículo 10 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley N° 26497, señala que el Jefe del RENIEC es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura sobre

Capítulo 1 del Decreto Ley N° 7177 del año 1931. Este Estatuto Electoral creaba también el Jurado Nacional de Elecciones y los Jurados Departamentales Electorales, y el artículo 50 del Estatuto señalaba:

"Los jurados electorales tendrán a su cargo, con plena autonomía, pero de acuerdo con este Estatuto, la supervigilancia del Registro Electoral Nacional, de las elecciones mismas, del escrutinio, de la proclamación, y, en general, de todos los actos inherentes a las elecciones para el Presidente de la República y representantes del Congreso".

Así el Registro Electoral Nacional (antecedente directo del RENIEC) nació en 1931 como parte integral del Jurado Nacional de Elecciones, con una evidente naturaleza electoral.

En el año 1962, mediante Decreto Ley N° 14207, se estableció un nuevo Estatuto Electoral que modificó sustancialmente las disposiciones sobre el Registro Electoral que existían hasta ese entonces, incluyéndose entre sus principales funciones: 1) inscribir a los ciudadanos con derecho a sufragio, 2) otorgar a los inscritos la correspondiente libreta electoral y 3) formar la estadística nacional de electores¹²⁴¹. Así, podemos decir que las principales funciones de dicho registro eran de naturaleza electoral.

La Constitución de 1979 señalaba expresamente:

"Artículo 294.- El Registro Electoral y el Registro de Partidos Políticos dependen del Jurado Nacional de Elecciones. La ley establece su organización y función".

La Constitución de 1993 crea el RENIEC como un organismo constitucionalmente autónomo, con mayores facultades que las asignadas como Registro Electoral del Perú, toda vez que además de la actualización del padrón electoral a través de la inscripción de nuevos ciudadanos, ahora debe otorgarles sus documentos de identidad y actualizar los nacimientos, defunciones, matrimonios, divorcios y demás actos que modifiquen el estado civil (es decir, también le otorga las funciones que antes desarrollaba el Registro del Estado Civil, que estaba fraccionado y distribuido entre los concejos municipales distritales).

Es destacable la labor que está desarrollando el RENIEC en la identificación total de la población pues, además del otorgamiento del Documento Nacional de la base de una terna propuesta por el Comité Consultivo del RENIEC. Aquí no hay un concurso público abierto (donde postula todo ciudadano que se siente apto), como sí es en el caso de la ONPE.

Identificación a los ciudadanos mayores de 18 años, también lo está realizando con los menores de 18 años y con los miembros de la Policía Nacional y de las

¹²⁴¹ Artículo 10 del Decreto Ley N° 14207, que regulaba el Registro Electoral del Perú.

Fuerzas Armadas que, luego de la reforma constitucional del artículo 34, ya podrán emitir su voto.

Así, el RENIEC se encarga de organizar, mantener y actualizar el Registro Único de Identificación de las personas naturales, que a su vez involucra el Registro Civil, el Registro de Personas y el Registro de Naturalización¹²⁴². Por ello, el constituyente de 1993, queriendo resaltar la importancia de las funciones no electorales, bautiza esta nueva institución como "Registro Nacional de Identificación y Estado Civil".

En lo concerniente a las funciones de naturaleza electoral del RENIEC, es el encargado de proporcionar el padrón electoral inicial al Jurado Nacional de Elecciones para que, luego de fiscalizado y aprobado, sea remitido a la ONPE, quien procederá a su impresión en calidad de Padrón Electoral Oficial, entendido como "la relación de todos los ciudadanos hábiles para votar"¹²⁴³, lo cual los convierte en electores.

El Diccionario Electoral del Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL-IIDH), que es parte de la Organización de Estados Americanos, considera "elector" al individuo que integra el electorado junto con los demás ciudadanos capacitados para votar. Según el Diccionario de la Real Academia Española y el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, el elector es la persona que reúne las condiciones exigidas por la Constitución y las leyes para ejercer el derecho de sufragio. En nuestro país, el artículo 31 de la Constitución concede el derecho al voto a los ciudadanos que gocen de capacidad civil.

Entonces, doctrinal y normativamente se establece que la condición de electores se determina por su ubicación en el Padrón Electoral elaborado por el RENIEC, independientemente de que luego esos ciudadanos voten, no voten, voten en blanco o válidamente.

El detalle de las funciones que desarrolla el RENIEC se encuentra regulado en el artículo 7 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil N° 26497 que, como ley de desarrollo constitucional (artículo 106 de la Constitución) señala: "Son funciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil:

- a) Planear, organizar, dirigir, normar y racionalizar las inscripciones de su competencia;
- b) Registrar los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y demás actos que modifiquen el estado civil de las personas, así como las resoluciones judiciales o administrativas que a ellos se refieran susceptibles de inscripción y los demás actos que señale la ley;
- c) Emitir las constancias de inscripción correspondientes;

¹²⁴² El constitucionalista Enrique Bernales señala que se ha producido un recorte inexplicable de atribuciones a los municipios en materia de inscripción y certificación civil, y con ello "se ha atestado un duro golpe a la competencia municipal". BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. la edición. Konrad-Adenauer-Stiftung. Lima, 1996.

¹²⁴³ Artículo 196 de la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859

d) Preparar y mantener actualizado el padrón electoral en coordinación con la Oficina Nacional de Procesos Electorales;

e) Proporcionar al Jurado Nacional de Elecciones y a la Oficina Nacional de Procesos Electorales la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones;

f) Mantener el Registro de Identificación de las personas;

g) Emitir el documento único que acredita la identidad de las personas, así como sus duplicados;

h) Promover la formación de personal calificado que requiera la institución;

i) Colaborar con el ejercicio de las funciones de las autoridades policiales y judiciales pertinentes para la identificación de las personas, dejando a salvo lo establecido en el inciso siguiente y en los incisos 1), 5) Y 6) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú;

j) Velar por el irrestricto respeto del derecho a la intimidad e identidad de la persona y los demás derechos inherentes a ella derivados de su inscripción en el registro;

k) Garantizar la privacidad de los datos relativos a las personas que son materia de inscripción;

Implementar, organizar, mantener y supervisar el funcionamiento de los registros dactiloscópico y pelmatoscópico de las personas;

m) Brindar, durante los procesos electorales, la máxima cooperación a la Oficina Nacional de Procesos Electorales, facilitando el uso de su infraestructura material y humana;

Cumplir las demás funciones que se le encomiende por ley.

Realizar la verificación de la autenticidad de las firmas de adherentes para la inscripción de toda organización política, así como para el ejercicio de los derechos políticos previstos por la Constitución y las leyes".

Tal vez de ello, Enrique Bernales¹²⁴⁴ señala que la estructura actual del RENIEC ha sido ideada para dos fines: en primer lugar, la inscripción de todos los actos que dan origen o modifican el estado civil; en segundo término, el cumplimiento de una serie de funciones de naturaleza electoral, que de manera específica y fiscalizada eran potestad subrogada del Registro Electoral.

y dada dos funciones, una no electoral y otra sí, ¿cuál es la naturaleza de dicho organismo?

¹²⁴⁴ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Ob. cit., p. 667.

Así, por mandato constitucional expreso, contenido en el Capítulo XIII: Sistema Electoral¹²⁴⁵, Título IV: De la Estructura del Estado, el RENIEC forma parte de la administración electoral, obteniendo así, constitucionalmente, naturaleza electoral.

Así, el RENIEC, como organismo integrante de nuestra administración electoral, al igual que el Jurado, la ONPE, tiene como finalidad "asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa", y los tres organismos deben dirigir, coordinadamente¹²⁴⁶, todas las labores administrativas y electorales, lo que revela la naturaleza iusunitaria de la administración electoral peruana, la que está presente en la mayoría de constituciones de los países de América¹²⁴⁷.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. 1 a edición, KonradAdenauer-Stiftung, Lima, 1996; NOHLEN, Dieter y otros (compiladores). Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1988.

¹²⁴⁵ Según el Centro de Asesoría y Promoción Electoral, órgano integrante del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (CAPEL-IIDH), el modo genérico -pero técnico- para aludir a la estructura organizacional responsable de desarrollar el proceso electoral, es utilizar los términos "organismos electorales" o "administración electoral", y no "sistema electoral", que hace referencia al modo de convertir votos en escaños.

¹²⁴⁶ El artículo 177 de la misma Constitución vigente señala que los organismos electorales deben trabajar de manera "coordinada" de acuerdo a sus atribuciones, estableciendo una obligación jurídica que nace mucho antes: en la consustancialidad de las funciones electorales del Jurado, la ONPE y el RENIEC.

¹²⁴⁷ Esta naturaleza insunitaria de la administración electoral puede y debe ser considerada la base para la existencia de un Poder del Estado, tan a la par de los poderes tradicionales: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Ese reconocimiento como un cuarto Poder del Estado ya ha sucedido en países latinoamericanos como Costa Rica, Uruguay, Venezuela y Nicaragua. Sobre el tema se puede revisar: NOHLEN, Dieter y otros (compiladores). Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina. Fondo de Cultura Económica. México D.E 1988.

Facultad de declarar nulidad de las elecciones

Artículo 184

El Jurado Nacional de Elecciones declara la nulidad de un proceso electoral, de un referéndum o de otro tipo de consulta popular cuando los votos nulos o en blanco, sumados o separadamente, superan los dos tercios del número de votos emitidos.

La ley puede establecer proporciones distintas para las elecciones municipales.

CONCORDANCIAS:

C.: arts.2 inc. 17), 31, 111, 118 ¡ne. 5), 134, 136, 177, 178,5" nET.;

L.O.E.: arts. 26 al 28;

L.O.J.N.E.: arts. 5 inc. k), 174, 177, 181 al 183;

C.A.D.H.: arto 23;

D.D.D.H.: arto 12;

P.I.D.C.P.: arts. 25

Juan T. Falconí Gálvez

Los antecedentes directos de esta norma se hallan en la Constitución de 1979:

"Artículo 290.- El Jurado Nacional de Elecciones declara la nulidad del proceso electoral en los siguientes casos:

1.- Cuando los sufragios emitidos en sus dos terceras partes son nulos o en blanco.

2.- Cuando se anulan los procesos electorales".

"Artículo 292.- El Jurado Nacional de Elecciones puede declarar en instancia de apelación definitiva la nulidad de las elecciones de una determinada circunscripción electoral por las siguientes causales:

1.- Por graves irregularidades en el proceso electoral que sean suficientes para modificar los resultados de la elección.

2.- Cuando comprueba que los votos emitidos en sus dos terceras partes son nulos o en blanco".

Mientras que la Constitución del 79 hablaba de modo genérico, pero correcto, de "la nulidad del proceso electoral", el constituyente de 1993 ha optado por no utilizar una modalidad tan amplia, y haciendo una sutil pero necesaria diferenciación electoral (que también se podría haber alcanzado por tratamiento doctrinal o interpretación normativa de parte del Jurado), señala que el Jurado no solo declara la nulidad de un proceso electoral, sino también la declara en casos de referéndum o de consulta popular.

La norma bajo comentario detalla así una labor específica que le corresponde desarrollar al Jurado Nacional de Elecciones (JNE) en cumplimiento de la función de administración de justicia electoral, que le encomienda el inciso 4 del artículo 178, y con ello recalca su condición de primo inter pares en la administración electoral peruana (conformada también por la Oficina Nacional de Procesos Electorales-ONPE, y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC).

Durante el debate constituyente se propuso que, en atención a esta función jurisdiccional, se cambiase el nombre de "Jurado"¹²⁴⁸ por otro más técnico que descartara su calidad jurídica, tal como "Corte Electoral" o "Tribunal Nacional", pero atendiendo al peso de la tradición, y también a que el JNE no se limita a realizar labores jurisdiccionales en temas electorales (sino también conoce otros temas sustantivos para la vida electoral, tales como educación y la fiscalización electoral), se mantuvo el nombre que tiene desde 1931.

La "nulidad" se entiende como la ausencia de eficacia de un acto o diligencia, porque el Derecho no reconoce los efectos que normalmente debieran derivarse del mismo, debido al cumplimiento de determinados supuestos normativos o jurídicos, que podemos calificar como "vicios" y que están referidos a la inexistencia de ciertas condiciones o cualidades personales o materiales.

La nulidad no es una figura del derecho sustantivo, y por ello aprovechando la teoría procesal, y adecuándola a materia electoral, la podemos clasificar en:

1) Nulidad absoluta (cuando todo el proceso está viciado de modo categórico y no hay posibilidad de subsanación o convalidación del acto, porque este ha sido convocado por quien es incompetente o no está legitimado para ello) o relativa (aquí la convocatoria ha sido realizado por el órgano competente, pero en el transcurso del proceso se presenta un vicio de carácter formal, que puede ser subsanable);

2) Nulidad total (se declara que la existencia de un vicio afecta la validez de todo el proceso) o parcial (no todas las circunscripciones electorales se ven afectadas por la ocurrencia del vicio legal).

El artículo bajo comentario opta por el caso de nulidad absoluta de las elecciones. y para ello la Constitución pone como supuesto normativo del vicio que los votos válidos no lleguen ni a un tercio de los votos válidamente emitidos en todo el proceso electoral (66.66% o más son votos nulos o en blanco, y ello supone que el ganador de la contienda electoral, o que los resultados del proceso de referendo o de consulta popular, no cuentan con un sólido respaldo social que les brinde legitimidad democrática).

¹²⁴⁸ La denominación de "Jurado" tiene su origen en Inglaterra, donde surge la figura tribunalicia conformada por ciudadanos o personas no profesionales en materia jurídica, encargados de determinar la culpabilidad o inocencia de un procesado, siendo el juez el encargado de aplicar la ley correspondiente. El carácter ciudadano del Pleno, así como el hecho de que este "aprecia los hechos con criterio de conciencia", nos resaltan que la materia electoral no se puede limitar a una apreciación meramente jurídica.

Debemos precisar entre los "votos en blanco" (donde el ciudadano acude a las urnas y deposita su voto, pero la cédula no contiene ninguna manifestación de voluntad a favor de alguna de las posiciones en competencia electoral), "los votos nulos" (sí son emitidos por el ciudadano, pero con infracciones a la declaración de voluntad que se espera del ciudadano, como es cuando se vota por alguien que no es candidato, o si se hace un signo que no es reconocido formal ni legalmente como manifestación de voto), "votos válidos" (aquellos que se obtienen luego de deducir, del total de votos emitidos, los votos en blanco y nulos) y "votos válidamente emitidos" (aquellos que comprenden los votos válidos, los nulos y blancos).

El primer párrafo del artículo está referido a elecciones presidenciales, de referéndum o de otra consulta a nivel nacional, donde el total de los votos nulos y en blanco superan los dos tercios (66.66%) de todos los votos emitidos. Consideramos que ello sucede porque estamos ante supuestos de distrito único, donde tal cantidad de votos viciados (y menos de un tercio de votos válidos), no permite alcanzar legitimidad democrática en los electos.

Entendemos que en votación de distritos múltiples, como las que se dan en elecciones congresales por distrito múltiple, en las municipales y regionales, la nulidad puede ser parcial: se declara la nulidad en la circunscripción donde hay más de dos tercios de votos nulos y en blanco, pero no en aquellas circunscripciones donde no se alcanzó tal porcentaje.

Por otro lado, puede que se declare la nulidad de las elecciones presidenciales al haberse alcanzado más de los dos tercios de votos nulos y blancos, pero no de las elecciones congresales, y viceversa (pues ambos son dos procesos diferentes).

En el Perú, las elecciones municipales tradicionalmente han sido vistas como la elección del "buen vecino", por la participación de organizaciones y movimientos políticos de alcance local (que no siempre tienen apoyo de un partido político de alcance nacional). Esta multiplicidad de organizaciones y movimientos con candidatos propios hace que la orientación de los votos se disperse, y que la legitimidad de las autoridades de gobierno provincial y distrital se base en un bajo respaldo ciudadano, muchas veces menores al tercio de los votos válidos. Esto explica por qué el último párrafo del artículo bajo comentario deja abierta la posibilidad de que una norma de rango legal pueda fijar un porcentaje diferente, en caso de las elecciones municipales.

Cuando el Jurado Nacional de Elecciones declara la nulidad de un proceso electoral, no declara solo la nulidad de los resultados presentados por la ONPE, sino de todos aquellos actos que están perjudicados por los vicios que originaron la decisión del máximo organismo electoral.

La existencia del artículo bajo comentario no impide que el Jurado Nacional de Elecciones, en cumplimiento de su función jurisdiccional en materia electoral, pueda declarar la nulidad de los diversos actos, diligencias o etapas que comprende el proceso electoral.

Como dice Luis Arturo Archilla al tratar el tema de la nulidad del proceso electoral: "Quede constancia, en resumen, que cada día los países ponen énfasis en garantizar la pureza del sufragio, la imparcialidad de las autoridades electorales y el cumplimiento de las exigencias legales en los procesos de elecciones, a efecto de legitimar a las autoridades gubernamentales y parlamentarias, en aras de alcanzar el verdadero desarrollo de las democracias"¹²⁴⁹.

DOCTRINA

ARCHILLA, Luis Arturo. Nulidad de las elecciones. En: "Diccionario electoral". IIDDJCAPEL, San José de Costa Rica, 2000.

¹²⁴⁹ ARCHILLA, Luis Arturo. Nulidad de las elecciones. En: "Diccionario electoral". IIDDJCAPEL. San José de Costa Rica, 2000, p. 880.

Carácter público e ininterrumpido del escrutinio electoral

Artículo 185

El escrutinio de los votos en toda clase de elecciones, de referéndum o de otro tipo de consulta popular se realiza en acto público e ininterrumpido sobre la mesa de sufragio. Solo es revisable en los casos de error material o de impugnación, los cuales se resuelven conforme a ley.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 mc. 17), 31, 111, 118 inc. 5), 134, 136, 177, 178, 181 Y 184;

L.O.E.: arts. 26 al 28, 242 al 245, 278 al 281, 284;

L.O.J.N.E.: arto 134;

C.A.D.H.: arto 23;

D.D.D.H.: arto 21;

P.I.D.C.P.: arto 25

Juan r Falconí Gálvez

El antecedente directo de esta norma se encuentra en el artículo 291 de la Constitución de 1979, que señala: "El escrutinio de los votos en toda clase de elecciones se realiza en acto público e ininterrumpido sobre la mesa de sufragio. Es irrevisable, salvo los casos de error material e impugnación que se resuelven conforme a ley".

Nuestra Constitución es una de las pocas que regula, aunque sea de modo genérico, el tema del escrutinio. En la norma constitucional derogada se hablaba de "toda clase de elecciones", con lo que se comprende al referéndum y otro tipo de consultas populares; en la norma constitucional vigente se recalcan estas. En la norma derogada se establecía la irrevisabilidad como la regla, en la norma vigente se utiliza otra redacción: se establecen los mismos supuestos, pero como de revisabilidad.

Todo proceso (incluido el electoral) se puede entender como un conjunto de actos y fases sucesivas e interrelacionadas entre sí, para el logro del fin que persigue.

Por regla general, los escrutinios se consideran la fase final del proceso electoral.

De modo genérico podemos decir que los escrutinios son el recuento de votos, pero esta es una definición inacabada porque solo alude a la valoración cuantitativa¹²⁵⁰, dejando de lado la valoración cualitativa: importa saber cuánta gente votó a favor de determinado partido o candidato, cuántos votos fueron nulos y cuántos en blanco, etc. Esta valoración de la voluntad popular expresada en las urnas, produce efectos jurídicos-políticos vinculantes. En el

¹²⁵⁰ La simple actividad cuantificada o de contabilización de votos puede denominarse "cómputo".

escrutinio también se debe analizar cuántas cédulas de votación sobran, y si estas coinciden con el número de votos realmente emitidos.

2) El escrutinio se realiza en distintas etapas:

La preliminar, que se realiza en cada una de las mismas mesas de votación. La misma norma constitucional bajo comento exige que el escrutinio se haga de modo "ininterrumpido sobre la mesa de sufragio", con lo cual se consagra formativamente los principios de unidad e inmediatez del escrutinio (todo ello para evitar cualquier posibilidad de alterar el resultado de la votación ciudadana, mediante la desaparición o cambio de ánforas electorales, que llegaron a niveles anecdóticos, como nos relata Chirinos Soto con referencia a las elecciones de 1939¹²⁵¹: "cuando el doctor Víctor N. Benavente, candidato de oposición a una curul parlamentaria por la provincia, protestó porque, al escrutarse la ánfora en que había votado, no se encontró siquiera el voto que él mismo había emitido, obviamente en su favor. O ese otro suceso, ocurrido en Puna, cuando el Presidente del jurado escrutador volteó el ánfora para que cayeran los votos de su interior; estos se deslizaron suavemente, atados con una pita").

En esta etapa, el escrutinio está a cargo de los mismos ciudadanos (miembros de mesa y personeros de los candidatos) que tuvieron a su cargo la identificación de los electores y la recepción de sus votos. También puede participar cualquier otro ciudadano que solo desee participar en el con tea.

El primer párrafo bajo comento también consagra el principio de publicidad del escrutinio, el que no es absoluto, sino que está limitado a las personas legitimadas legalmente para presenciar tal acto.

Se prefería la fórmula de la Constitución de 1979 porque consagraba formalmente la regla de la irrevisabilidad del escrutinio, porque ella es justamente la garantía. Y para garantizar dicha irrevisabilidad de las cédulas de votación, estas deben ser destruidas. Solo los votos que han sido impugnados deben de ser conservados, a fin de que los organismos electorales puedan pronunciarse sobre su validez o invalidez, y según ello ser contabilizados, pues unos votos (en una elección municipal distrital, por ejemplo) pueden variar los resultados.

La intermedia. Se da ante órganos electorales de mayor jerarquía: las Oficinas Descentralizadas de Procesos Electorales (ODPE) y Jurados Electorales Especiales OEE), que tienen competencia territorial (geográfica-política) más amplia: la circunscripción electoral, que puede ser provincial, departamental, regional. La idea es totalizar los votos escrutados en todas las mesas ubicadas en dicha circunscripción electoral.

3) La definitiva. Entendida como la que integra la cuantificación y calificación de todos los votos emitidos en el proceso electoral.

¹²⁵¹ CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993. Lectura y comentario. 2ª edición. Nerman. Lima, 1995, p. 397

En materia electoral la incertidumbre es indeseable. Por ello, la mayoría de las legislaciones nacionales regulan que la jornada electoral se efectúa y termina en un mismo día, y nuestra Constitución precisa en el artículo 182 que el Jefe de la ONPE "brinda información permanente sobre el cómputo desde el inicio del escrutinio en las mesas de sufragio". El cómputo final¹²⁵² de los votos lo realiza la Oficina Nacional de Procesos Electorales, aun cuando es el Jurado Nacional de Elecciones quien debe proclamar los resultados (artículo 178 inciso 5 de la Constitución).

Enrique Bernales parece responder a la pregunta sobre qué organismo electoral garantiza la pureza del escrutinio en mesa, cuando señala: "Sin embargo, la nueva configuración del régimen electoral da lugar a algunas dudas sobre el órgano encargado precisamente de garantizar el cumplimiento de la norma que comentamos. En efecto, el artículo 178 establece que es el Jurado Nacional de Elecciones el encargado de 'fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio', dentro de cuya concepción, entendemos, también está el mandato de garantizar -conjuntamente con los miembros de mesa-la limpieza del escrutinio. Pero el artículo 182 faculta a la ONPE a 'organizar todos los procesos electorales' y brindar 'información permanente sobre el cómputo desde el inicio del escrutinio'. Además, el inciso c) del artículo 5 de la Ley Orgánica de la ONPE establece que esta planifica, prepara y ejecuta 'todas las acciones necesarias para el desarrollo de los procesos a su cargo'. ¿Estas acciones también incluyen el control y fiscalización del escrutinio en las mesas electorales? Cuestión clave que se debe resolver, sobre todo teniendo en cuenta que el JNE y la ONPE ya han demostrado indicios de una virtual 'guerra de competencias'. Desde nuestro punto de vista, cualquier duda debe resolverse a favor del JNE. Es él Y solo él quien debe controlar y fiscalizar el escrutinio en mesa"¹²⁵³.

El último párrafo del artículo bajo comentario nos señala que los supuestos "de error material" de impugnación se resuelven conforme a ley. Entendemos que esta "ley" debe ser una de desarrollo constitucional, por lo que, de conformidad con el artículo 106 de la Constitución, entendemos que se está haciendo referencia a la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859 ahora vigente.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución di! 1993. 1ª edición, KonradAdenauer-Stiftung, Lima, 1996; CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución di! 1993: Lectura y comentario. 2ª edición, Nerman, Lima, 1995; NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia y otros (compiladores). Tratado de Derecho Electoral comparado en América Latina. 1ª edición. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

Orden durante los comidos

¹²⁵² "Cómputo" de votos, entendido como una actividad cuantificadora, contabilizadora de votos, sin incluir la actividad cualitativa, de valoración cualitativa, sobre el sentido de los votos o los resultados jurídicos-políticos que estos originan. Al respecto ver: NOHLEN, Dieter. PICADO, Sonia y otros (compiladores). Tratado de Derecho Electoral comparado en América Latina. la edición. Fondo de Cultura Económica. México, 1998, p. 592.

¹²⁵³ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. la edición. Konrad-AdenauerStiftung. Lima, 1996, p. 673

Artículo 186

La Oficina Nacional de Procesos Electorales dicta las instrucciones y disposiciones necesarias para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios. Estas disposiciones son de cumplimiento obligatorio para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 31, 117, 118 me. 5), 165, 166, 177, 178 Y 182;

C.P.: 354 al 360;

L.O.E.: arto 40;

L.O.J.N.E.: arto 6;

C.A.D.H.: art 23.1.b;

D.U.D.H.: arto 21.3;

P.I.D.C.P.: arto 25.b

Juan T. Falconí Gálvez

La distribución de funciones electorales de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), que la Constitución realiza en los artículos 182 y 186, se basó en que el constituyente de 1993 consideró oportunas para lograr la finalidad que lo animaba en ese momento.

Como las clasificaciones son agrupaciones teóricas, sobre la base de ciertas cualidades que se quieran resaltar, y por tanto no son verdades absolutas, pueden ser fuente de errores y conflictos jurídicos y operativos.

Es por eso que toda clasificación que busque ser menos arbitraria debe reflejar la naturaleza de las actividades que busca organizar. En efecto, las clasificaciones más operativas (por tanto, las que nos acercan más a alcanzar la eficacia y eficiencia), son aquellas que se realizan a partir de las funciones técnicas que verdaderamente realizan o deben realizar los organismos, y por ello acogemos la clasificación de funciones, que según mandato constitucional y legal vigente desde 1993 -sino antes- desarrollan los organismos electorales en el Perú:

1. Función jurisdiccional

Referido a la resolución de conflictos y administración de justicia electoral en última instancia. Por ejemplo, se resuelven definitivamente las tachas y observaciones formuladas contra la inscripción de organizaciones políticas, de candidatos o listas u opciones de candidatos; también se resuelven las observaciones a errores materiales detectados en las actas electorales, así como las apelaciones, revisiones y quejas contra las correspondientes resoluciones de los Jurados Electorales Especiales OEEs), de la ONPE o del Registro Nacional de Procesos Electorales (RENIEC) (que traten sobre materia electoral). Por mandato del artículo 178 inciso 4 de la Constitución vigente, está a cargo del Jurado Nacional de Elecciones ONE).

2. Función fiscalizadora

Fiscalizar es supervisar la realización de todos los actos necesarios para un correcto desarrollo de los procesos electorales, los actos de elaboración de los padrones electorales y la legalidad del ejercicio del sufragio. También se fiscaliza el cómputo de los votos, el financiamiento de las organizaciones políticas, el cumplimiento de los plazos en la difusión y realización de la propaganda electoral; que los funcionarios y empleados del Estado no hagan proselitismo partidario con la res publica, etc. Por mandato del artículo 178 inciso 1 de la Constitución vigente, está a cargo del JNE.

3. Función administrativa

Realiza diversos actos administrativos electorales de soporte, necesarios para el cumplimiento de las normas electorales sustantivas y de funciones a cargo del JNE, comprendiendo actividades como el registro de los partidos y movimientos políticos; la inscripción de las fórmulas presidenciales y listas parlamentarias en época de procesos generales; la proclama de candidatos u opciones elegidos en los respectivos procesos electorales, de referéndum u otras consultas populares, y correspondiente expedición de las credenciales, etc. Por mandato del artículo 178 incisos 2 y 3) de la Constitución vigente, está a cargo del JNE.

4. Función pedagógica

Se encarga de educar, de formar la conciencia cívica y ciudadana, así como capacitar en materia electoral a los funcionarios y trabajadores electorales. También comprende la absolución de consultas de carácter genérico (no referidos a casos concretos en giro) que los JEEs y los demás organismos del sistema electoral formulen sobre la aplicación de las leyes electorales. :Mientras la educación electoral para la vida en democracia es a largo plazo y gira sobre la ciudadanía; la capacitación electoral es técnica, solo en épocas electorales y para el personal que participa en el proceso, como son los integrantes de los organismos electorales y los miembros de mesa.

Por mandato del artículo 5 inciso x) de la Ley Orgánica N° 26486, la función pedagógica (que incluye la capacitación técnica a los integrantes del sistema electoral) está a cargo del JNE, mientras que la capacitación técnica a los miembros de mesa -solo en épocas electorales- está a cargo de la ONPE.

5. Función normativa

Referida al dictado de normas reglamentarias que regulan el proceso electoral. Por ejemplo, se reglamenta la franja electoral, el Registro Electoral de Encuestadoras, la formación de alianzas de organizaciones políticas, el número de adherentes que deben presentar las organizaciones políticas que deseen inscribirse para participar en J elecciones, las disposiciones para fiscalización electoral de cómputo de resultados de las elecciones regionales y municipales del año 2002, Directiva de Difusión y Control de la Propaganda Electoral durante el Proceso de Elecciones, Reglamento de Inscripción de Extranjeros

residentes en el Extranjero en el Perú para las Elecciones Municipales 2002, etc. Por mandato del artículo 5 inciso 1) de la Ley Orgánica N° 26486, está a cargo del JNE.

6. Función de elaboración del padrón electoral

Es decir, la elaboración del listado que contiene los nombres de todos los ciudadanos que conforman el cuerpo electoral. Por mandato del artículo 183, segundo párrafo de la Constitución, está a cargo del RENIEC¹²⁵⁴.

7. Función logística u operativa

Referida a la organización y ejecución de todos los actos que permiten la materialización del sufragio.

El segundo párrafo del artículo 182 de la Constitución precisa los actos que la ONPE deberá desarrollar, con cargo a su infraestructura institucional, para el éxito del proceso electoral: el diseño de cédulas, el acondicionamiento de los locales de votación, el sorteo de la ubicación en la cédula, la contratación de empresas que realicen labores electorales como el diseño del software para el cómputo, etc.

El avance de la tecnología y de las ciencias administrativas han sobrepasado las previsiones constitucionales, pues en muchos países ya no se estila encargar a un organismo público la organización de la parte operativa de las elecciones, sino que se transfiere uno o varios de estos procesos a organizaciones privadas especializadas que realizan tal labor. Argentina, Paraguay, Ecuador, Guatemala, Venezuela y el Perú mismo son algunos países que vienen recurriendo a lo que se denomina outsourcing electoral, que se encarga de producir las cédulas de votación, el acta padrón, el material de pruebas y simulación, la captura, transmisión y conteo de votos, etc.

La conveniencia de mantener una infraestructura material y humana destinada a manejar la parte operativa del proceso electoral, la que puede ser desarrollada por la empresa privada, deja como pendiente el tema de la reforma de las funciones de la ONPE o la unificación de los organismos electorales.

El artículo 186 bajo comento es idéntica a la consagrada en el artículo 293 de la Constitución de 1979, que señalaba: "El Jurado Nacional de Elecciones dicta las instrucciones y disposiciones para el mantenimiento del orden y la libertad electorales en los comicios. Dichas instrucciones y disposiciones son de cumplimiento obligatorio para las Fuerzas Armadas y Policiales". El texto constitucional vigente hace referencia a los actos que la ONPE deberá disponer, pero que otras instituciones públicas (policiales y militares) deberán realizar para coadyuvar al éxito de todo proceso electoral.

¹²⁵⁴ La correcta elaboración del padrón electoral es de vital importancia para todo proceso electoral que busque ser legal y legítimo, pero como su elaboración queda a cargo de una institución como el RENIEC que no tiene naturaleza electoral, podemos decir que la función de elaborar el padrón electoral tiene una naturaleza cuasi sustantiva, lo que justifica que un organismo electoral (ONE) fiscalice a uno que no tiene naturaleza electoral (RENIEC).

La historia electoral peruana nos informa que, en ocasiones no tan recientes, las Fuerzas Armadas han intervenido durante o inmediatamente después de los comicios, para alterar el proceso político que se derivaba del resultado de la votación realizada. El artículo 186 parte de una visión diferente del papel de las Fuerzas Armadas y Policiales: ser un respaldo adicional al poder que tienen los miembros de mesa y los integrantes de la administración electoral, para hacer cumplir -de forma efectiva-las normas electorales durante los comicios.

No hay una definición única de "comicios", pero en Derecho Electoral se le entiende como la jornada que transcurre desde el inicio de la votación hasta el cierre del mismo con la clausura de las mesas de votación.

En el Perú, tradicionalmente, la jornada electoral ha tenido una duración de un día, con unas ocho horas de votación (aunque dicha jornada no se puede suspender o interrumpir, no hay mayor inconveniente para que se prolongue por diversas razones). Así, en una lectura literal del artículo bajo comento, la ONPE solo podría dar disposiciones para el mantenimiento del orden y la libertad electoral el día de la elección, pero no antes ni después.

Sin embargo, creemos que debemos estar con una concepción más amplia del concepto de comicios, que comprenda los días previos y posteriores al día de votación, pues es la mejor garantía de que las Fuerzas Policiales y Militares logren un efectivo mantenimiento del orden público, impidiendo posibles tumultos o manifestaciones de carácter político que busquen influir en los electores indecisos, o la utilización de armas por ciertos simpatizantes para coaccionar a los votantes o a los miembros de mesa.

La clasificación funcional presentada líneas arriba supone un trabajo coordinado entre las cinco (5) primeras funciones desarrolladas por el JNE; la función a cargo de la ONPE y la función a cargo del RENIEC. Así, se sostiene que la actuación operativa de la ONPE "deberá ser supervisada en función de sus atribuciones por el Jurado Nacional de Elecciones, no como un organismo superior, sino bajo la forma de un control interorgánico, especialmente por aplicación de los incisos 1 Y 3 del artículo 178 de la Constitución"¹²⁵⁵.

La afirmación anterior merece completarse con las normas constitucionales y legales que otorgan al JNE ese carácter de primo inter pares sobre la ONPE y el RENIEC en temas electorales:

El JNE es un órgano colegiado ciudadanizado (conforme al artículo 179 de la Constitución, cuenta con cinco personalidades representativas de la sociedad jurídica y académica nacional).

El JNE está encabezado por el Presidente del JNE en su condición de representante de un Poder del Estado: el Poder Judicial), mientras los otros

¹²⁵⁵ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de /o Constitución Política de 1993. Tomo 5. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 410.

entes del sistema electoral están dirigidos por Jefes de Oficina (artículos 179 inciso 1, 182 Y 183 de la Constitución).

EIJNE realiza labores de justicia electoral, en última instancia, con respecto a las resoluciones emitidas por el RENIEC y la ONPE¹²⁵⁶ (artículo 178 inciso 4 y 181 de la Constitución).

El JNE realiza labores de fiscalización sobre las labores electorales que desarrollan la ONPE y el RENIEC a lo largo del proceso electoral (artículo 178 inciso 1 de la Constitución).

El JNE presenta ante el Ejecutivo y sustenta ante el Congreso el Presupuesto del sistema electoral (artículo 178 in fine, de la Constitución).

El JNE es el único ente del sistema electoral que tiene iniciativa propia en la formación de leyes, en materia electoral (artículo 178, séptimo párrafo).

Le corresponde al Presidente de la República "cumplir las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones" (artículo 118 inciso 10 de la Constitución).

El JNE proclama los resultados y entrega las credenciales que certifican la legitimidad de la autoridad electa, es decir, el JNE inviste de autoridad formal al electo (artículo 178 inciso 5 de la Constitución).

DOCTRINA

RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 5, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

¹²⁵⁶ Cuando se estudia teoría impugnatoria es interesante constatar que en el proceso romano, en la época de la República, no había apelación ni impugnación, pues entonces se entendía que todos los pretores (Gueces) eran iguales, por lo que si uno estaba disconforme con una sentencia, podía iniciar un nuevo proceso (sea el revocatio nublum o el resfufio imperium). Ya en la época del imperio, sí hay jerarquías, clases sociales, por lo que la decisión de un pretor puede ser revisada por un superior, a través de la acto infercessio, con la sola presentación de un documento apelarium magisfratum, de la cual se deriva la palabra apelación. Entonces, por razones etimológicas, históricas y jurídicas, toda apelación supone el reconocimiento de una autoridad superior al que emitió la decisión impugnada

Elecciones pluripersonales

Artículo 187

En las elecciones pluripersonales hay representación proporcional, conforme al sistema que establece la ley.

La ley contiene disposiciones especiales para facilitar el voto de los peruanos residentes en el extranjero.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 17), 31, 90, 111,113 inc. 5), 114 inc. 2), 117, 118 inc. 5), 177, 178, 182, 183, 185 Y 186;

C.A.D.H.: arto 23;

D.U.D.H.: art. 21;

P.I.D.C.P.: arto 25

Juan T. Falconí Gálvez

1. Introducción

De todas la normas contenidas en el Capítulo XIII del Título IV de la Constitución Política del Estado, el artículo 187 es el que técnicamente guarda relación con el "sistema electoral", entendido en Ciencia Política como el "conjunto de reglas según las cuales los electores pueden expresar sus preferencias políticas y según las cuales es posible convertir votos en escaños parlamentarios o en cargos de gobierno" o en puestos institucionales¹²⁵⁷.

La norma contempla dos supuestos de hecho. El primero, referido a la aplicación del sistema electoral proporcional en elecciones pluripersonales; y el segundo, al voto de los peruanos residentes en el extranjero, los cuales desarrollaremos a continuación.

2. Elecciones pluripersonales con representación proporcional conforme a ley

El primer supuesto de hecho de la norma hace explícita referencia a las "elecciones pluripersonales", lo que, contrario sensu, conlleva a entender que existen elecciones unipersonales.

El Diccionario Electoral del CAPEL clasifica a las elecciones en competitivas, semicompetitivas y no competitivas. No obstante ello, el legislador de 1993 ha recurrido rotular "elecciones pluripersonales" para hacer referencia a toda elección popular de funcionarios que integrarán entidades políticas colegiadas durante un periodo específico. En este sentido, dicha disposición alcanza al Congreso de la República¹²⁵⁸ que ejerce la potestad legislativa a nivel nacional

¹²⁵⁷ MOLINA, Ignacio. Conceptos fundamentales de Ciencia Política. Primera reimpresión de la primera edición de 1998. Alianza Editorial, Madrid, 2001, p. 114.

¹²⁵⁸ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Lo Constitución de 1993. Análisis comparado. S' edición. Instituto Constitución y Sociedad. Lima, 1999, p. 778.

y a los Concejos Municipales que tienen potestades legislativas dentro de su circunscripción.

Actualmente, con la expedición de la Ley de Bases de la Descentralización N° 27783 Y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales N° 27867, que son normas de desarrollo constitucional en materia de descentralización, se incorpora a este grupo de colegiados los Consejos Regionales que también tienen potestades legislativas dentro de su circunscripción regional.

Enrique Bernales Ballesteros, comentando este artículo constitucional, anota que "en principio la pluripersonalidad electoral significa, por su propia definición, una elección propia para designar Parlamento, en la que compiten una diversidad de candidatos que participan, igualmente, en una diversidad de listas". Francisco Chirinos Soto¹²⁵⁹, sobre la misma norma, precisa que las elecciones pluripersonales son aquellas en que "la misma circunscripción electoral tiene que elegir, al mismo tiempo, varias personas para el desempeño de cargos idénticos".

De lo anterior y de la propia norma bajo comentario se puede inferir que el constituyente de 1993 no necesariamente hace referencia a un tipo de elección, sino que alude también al tipo de distrito electoral (uno de los elementos del sistema electoral entre los que también destacan la forma de candidatura, la estructura del voto, la barrera legal, así como la fórmula electoral), el que puede definirse como "el conjunto de electores -en la actualidad, pertenecientes a una unidad territorial- a partir del cual se procede, según la distribución de los votos emitidos en las elecciones, a la distribución de los escaños asignados"¹²⁶⁰, o a la designación del cargo público sometido a proceso electoral.

Por regla general, la circunscripción electoral representa también la entidad territorial para las candidaturas, y atendiendo al número de escaños que se adjudican, se distinguen en uninominales y plurinominales. En el primer caso se asigna un escaño, en tanto que en el segundo dos o más.

El artículo 187 señala que en elecciones "pluripersonales" hay representación proporcional. Es importante anotar que, en Ciencia Política, los sistemas electorales se agrupan principalmente en sistemas mayoritarios y proporcionales¹²⁶¹; pudiéndose llegar a formas personalizadas combinando elementos de uno y otro¹²⁶².

En el primer caso, la mayoría del total de votos emitidos decide qué partido gana la elección y consecuentemente, a qué partido se le adjudica los escaños;

¹²⁵⁹ CHIRINOS SOTO, Enrique y CHIRINOS SOTO, Francisco. Constitución de 1993. Lectura y comentario. 4ª edición. Antonella Chirinos Montalbetti, editor. Lima, 1997, p. 410

¹²⁶⁰ TORRENS, Xavier. Los sistemas electorales. En: "Manual de Ciencia Política". Miguel Caminal Badia, compilador. Reimpresión de la segunda edición. Tecnos, Madrid, 2001, p. 355

¹²⁶¹ SARTORI, Giovanni. Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados. Segunda reimpresión de la primera edición en español. Fondo de Cultura Económica. México D. F., 1996, p. 15

¹²⁶² NOHLEN, Dieter. Sistemas electorales y partidos políticos. Segunda edición revisada y aumentada. Fondo de Cultura Económica. México D.F., 1998, p. 113.

en el segundo, el resultado de la elección se decide según la proporción de los votos emitidos obtenido por cada candidato o partido, adjudicándose la representación política, de manera proporcional a la votación obtenida¹²⁶³.

Entonces, en el sistema electoral mayoritario gana el candidato elegido por el mayor número de votantes, quedándose el resto del electorado sin representación (el partido ganador puede tener una representación desmesurada); En un sistema de representación proporcional, la intención básica es lograr una adecuada representación de las mayorías y minorías, y traducir proporcionalmente votos en escaños (en lugar de que re caiga sobre un partido una representación exigua o excesiva).

La proporcionalidad en circunscripciones plurinominales puede lograrse en cualquiera de los dos prototipos mencionados, en aplicación del sistema mayoritario en circunscripciones plurinominales con representación de minorías o en circunscripciones pequeñas; o mediante un sistema proporcional con circunscripciones plurinominales¹²⁶⁴.

Del texto de la norma bajo comentario no se desprende si la aludida representación proporcional hace referencia a una fórmula de decisión, al principio de representación proporcional o al sistema electoral proporcional.

El artículo 187 tiene una redacción que deja al legislador un margen adecuado para su posterior desarrollo en la legislación electoral, lo cual resulta coherente con las normas electorales expedidas:

a) Para la elección del Congreso se ha aplicado el sistema de representación proporcional (con aplicación del método de la cifra repartidora), procurando que su composición guarde relación con lo obtenido por cada partido en la elección.

b) Para la designación de los Consejos Regionales y Concejos Municipales, si bien se aplica la cifra repartidora, el sistema electoral tiende a priorizar y garantizar la formación de una mayoría para la lista que ganó el proceso, pasando a ser la representación solo un mecanismo para incluir a las principales minorías.

En síntesis, queda claro que, con esta norma constitucional, el principal interés del constituyente es garantizar la representación de las minorías y no necesariamente consolidar un sistema electoral proporcional general para todos los niveles del gobierno¹²⁶⁵.

¹²⁶³ DAHL, Robert. La democracia. Una guía para los ciudadanos. Editorial Taurus. Buenos Aires. 1999, p. 152. Afirma Dahl que el sistema proporcional está diseñado para producir una correspondencia fiel entre la proporción del número total de votos atribuidos a un partido en las elecciones y la proporción de escaños que obtiene el partido en la legislatura.

¹²⁶⁴ Para Nohlen, el sistema proporcional en circunscripciones plurinominales dependerá del tamaño de la circunscripción (escaños asignados). Cuanto más pequeñas son las circunscripciones se tiende a una mayor desproporcionalidad entre votos y escaños

¹²⁶⁵ Existen casos, como bien ha explicado Francisco Eguiguren, en los que los diversos mecanismos del sistema electoral aumentan o disminuyen los efectos de la proporcionalidad. Uno de ellos es el propio distrito múltiple, que ha terminado convirtiendo al distrito electoral de Madre de Dios en una circunscripción uninominal; y, por tal razón, la aplicación del cociente electoral en dicho distrito ya no tendría sentido. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Estudios

La Constitución reserva a la ley definir el sistema electoral a adoptarse, y sea mayoritario, proporcional o personalizado tendrá que incorporar mecanismos que garanticen la representación proporcional. Actualmente, tal como está plasmado para la elección del Congreso, propende hacia un modelo multipartidista y una democracia de consenso o de coaliciones, en los casos en que las minorías partidarias tengan la mayoría de escaños.

3. Voto de ciudadanos residentes en el extranjero conforme a disposiciones especiales

Este supuesto de hecho es una consecuencia lógica de lo previsto en la propia Constitución Política, inciso 17) del artículo 2, que liga la participación política al ejercicio de la ciudadanía¹²⁶⁶, y artículos 30 y 31¹²⁶⁷.

Las personas que tienen la ciudadanía peruana y residen en el extranjero son también titulares de estos derechos, dentro de los alcances y limitaciones que establece la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859, la cual regula dos procedimientos: el primero, establecido en el artículo 224, el ciudadano emite su voto asistiendo personalmente¹²⁶⁸ a su mesa de sufragio (de manera muy similar al proceso electoral ordinario que se realiza en el país); el segundo, establecido en el artículo 239, el ciudadano emite su voto por la vía postal o por correspondencia.

El voto de los ciudadanos peruanos residentes en el extranjero se aplica únicamente para el caso de elecciones generales en las que se eligen al Presidente, Vicepresidentes y Congresistas de la República; y procesos de referendos. Estos mismos ciudadanos quedan claramente excluidos de los procesos de elecciones regionales y municipales (en razón de que el vínculo político entre las autoridades elegidas en estos procesos y los ciudadanos que las eligen es de naturaleza vecinal) y entendemos que también quedan excluidos de los procesos de revocatoria de estas autoridades en razón de que no participan de su elección. Asimismo, tampoco participarán en los procesos de referéndum de normas de alcance local y regional regulados en el inciso b)

constitucionales. Ara Editores, Lima, 2002, p. 526

¹²⁶⁶ GARCÍA TOMA, Víctor. Los derechos humanos y la Constitución. Gráfica Horizonte. Lima, 2001, p. 143. Precisa el autor que "la participación en la vida política guarda relación con la estructura, organización y funcionamiento del aparato estatal. Dicho vínculo se resume en el binomio gobernantes-gobernados. Su goce se encuentra condicionado a la adquisición del derecho a la ciudadanía".

¹²⁶⁷ El artículo 30 de la Constitución Política, ad litteram establece que "son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años" y que para "el ejercicio de la ciudadanía se requiere la inscripción electoral". El ejercicio de la ciudadanía de acuerdo con el artículo 31 de nuestra Ley Fundamental implica el derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, así como el derecho a ser elegido y elegir libremente a los representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos establecidos en una ley orgánica

¹²⁶⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. Editorial Dykinson, Madrid, 1992, p. 826. El tratadista acertadamente denomina a esta modalidad: "voto por personación" para distinguirlo del "voto por correspondencia". Al respecto precisa que "el voto por personación es la modalidad normal del ejercicio del derecho de sufragio".

del artículo 39 de la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadano.

- El voto por correo es recogido por nuestra legislación, pero a la fecha no ha sido implementado. La disposición de pautas o procedimientos para su práctica por los electores peruanos en el extranjero no requiere de modificaciones legales, sino únicamente de una reglamentación adecuada que garantice las condiciones operativas necesarias para su funcionamiento dentro del marco de la ley.

Actualmente este sector del electorado participa en los procesos de elecciones generales eligiendo al Presidente y Vicepresidentes en Distrito Electoral Nacional o Único y a los Congresistas de la República en Distrito Electoral Múltiple. De acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859, para la elección del Congreso, los ciudadanos peruanos residentes en el extranjero votan por las listas y candidatos del Distrito Electoral de Lima que, conforme a la distribución efectuada por el Jurado Nacional de Elecciones en el proceso de elecciones generales del año 2001, tiene actualmente 35 representantes al Congreso, porque dicha fórmula jurídica incluye a estos electores en el cómputo de sus escaños:

Si la ley no señalara esta inclusión, el cálculo de los escaños de Lima se hubiera efectuado sobre la base de su población electoral que era de 5'066,395 electores, debiendo corresponderle una representación de 33 curules.

La dificultad que presenta esta inclusión es que los electores residentes en el extranjero no tienen una representación directa de sus intereses en el parlamento nacional, cuyas necesidades y requerimientos son distintos a los de los electores de Lima. La ausencia de esta representación, genera a su vez un marco de desigualdad en el acceso de dichos ciudadanos a los cargos públicos de la elección popular en los que vienen participando como electores o votantes, ya que la conformación de las listas y la vida partidaria prácticamente se definen en Lima.

En países como Francia, Italia y Portugal, la legislación permite a sus ciudadanos residentes en el extranjero no solo el ejercicio del derecho al voto, sino también el ejercicio del derecho a ser elegido y a integrar partidos políticos (sufragio pasivo).

Ante todo ello, el Jurado Nacional de Elecciones, en ejercicio de su derecho a iniciativa legislativa, presentó el Proyecto de Ley N° 1192-2001/JNE, proponiendo que se creen dos circunscripciones especiales sin base territorial, con un escaño para cada una a efectos de otorgar similares facilidades a este sector del electorado. Esta propuesta se deduce del cálculo que se efectuó para Lima en las Elecciones Generales del año 2001, en donde se computaron a su favor a los electores hábiles residentes en el extranjero.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. 5ª edición, Instituto Constitución y Sociedad, Lima, 1999; CHIRINOS SOTO, Enrique y CHIRINOS SOTO, Francisco. Constitución de 1993. Lectura y comentario. 4ª edición, Antonella Chirinos Montalbetti editor, Lima, 1997; DAHL, Robert. La democracia. Una guía para los ciudadanos. Editorial Taurus, Buenos Aires, 1999; EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Estudios constitucionales. Ara editores, Lima, 2002; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. Editorial Dykinson, Madrid, 1992; GARCÍA TOMA, Víctor. Los derechos humanos y la Constitución. Gráfica Horizonte, Lima, 2001; MOLINA, Ignacio. Conceptos fundamentales de Ciencia Política. Primera reimpresión de la primera edición de 1998, Alianza Editorial, Madrid, 2001; NOHLEN, Dieter. Sistemas electorales y partidos políticos. Segunda edición revisada y aumentada. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1998; SARTORI, Giovanni. Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados. Segunda reimpresión de la primera edición en español, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1996; TORRENS, Xavier. Los sistemas electorales. En: "Manual de Ciencia Política". Miguel Caminal Badía, compilador. Reimpresión de la segunda edición, Tecnos, Madrid, 2001.

CAPÍTULO XIV

DE LA DESCENTRALIZACIÓN

Artículo 188

Proceso de descentralización

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(*).

(*) Texto según modificatoria efectuada por la Ley N° 27680, publicada el 07 de marzo de 2002.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 32 (inc. 4),43,44,77, 189 a 191,7' Y 8' D.T.E;

Ley 26922: arts. 1 al 3;

Ley 27783;

Ley 27902;

P.I.D.C.P.: arto 1.1;

P.I.D.E.S.C.: arto 1.1

Johnny Zas Friz Burga (**)

(**) Los comentarios del presente trabajo se basan en el libro del autor: Lo insistencia de la voluntad. El actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004). Defensoría del Pueblo. Lima, 2004.

El modelo de organización territorial del poder estatal presente en la vigente Carta Política reformada reconoce los elementos constitutivos de toda autonomía política: la elección directa de sus autoridades, importantes y propias materias de competencia, potestad normativa y formas de democracia directa. También se reconoce autonomía financiera a los Gobiernos Regionales y Locales.

El modelo planteado por la normativa vigente para los Gobiernos Subnacionales en el Perú es el de una organización estatal regional y no federal. Se reconocen tanto regiones como gobiernos locales y el proceso de descentralización se sustenta en ambos niveles de gobierno.

Estas entidades territoriales -regiones y gobiernos locales- incrementarán sus niveles de autonomía gradualmente, en la medida que se desarrollen y cumplan las etapas del proceso de descentralización establecidas en la Ley de Bases de la Descentralización, especialmente en los temas competenciales y financieros.

La ley de reforma constitucional considera que la descentralización es una forma de organización democrática y que 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.

El texto constitucional reformado -la parte final del artículo 188- define como elementos esenciales del proceso de descentralización tanto a la gradualidad como a la sustentación técnica de la transferencia de las materias de competencia, las funciones y los recursos hacia los gobiernos subnacionales.

En los Títulos 1 y II de la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización, sobre el objeto y contenido de la ley, así como sobre finalidad, principios y objetivos de la descentralización, destacan los principios generales (artículo 4) y los principios específicos de la descentralización fiscal (artículo 5).

Los principios generales señalados por la Ley Orgánica de Bases de Descentralización son la permanencia, el dinamismo, la irreversibilidad, el carácter democrático del proceso, la integralidad, la subsidiariedad y la gradualidad.

Al definirse el proceso de descentralización como permanente, se asume que este no concluirá y que su desarrollo será constitutivo de la futura organización estatal peruana; y la continuidad del proceso implica la acción dinámica de los tres niveles de gobierno: nacional, intermedio y local con la participación de la sociedad civil, residiendo aquí la integralidad del proceso de descentralización. Este, a su vez, tiene un carácter democrático, al ser un proceso de distribución territorial del poder.

La propuesta de los principios generales es ambiciosa al definir al proceso de descentralización como irreversible. Probablemente, ello se explique por la presencia de diversas experiencias de descentralización fallidas a lo largo de nuestra historia republicana que no se desea repetir.

El principio de subsidiariedad se define en los principios generales, señalándose que las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. Sin embargo, este principio se explica mejor cuando la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales -en el inciso 10) del artículo 8- define el

criterio de subsidiariedad así: el gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función.

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales también reconoce -en su artículo 8 un significativo conjunto de principios rectores de las políticas y la gestión regionales, tales como la participación, la transparencia, la gestión moderna y rendición de cuentas, la inclusión, la eficacia, la eficiencia, la equidad, la sostenibilidad, la imparcialidad y neutralidad, la subsidiariedad, la concordancia de las políticas regionales, la especialización de las funciones de gobierno, la competitividad y la integración. Además, la misma disposición establece que el cumplimiento de estos principios rectores será materia de evaluación en el informe que anualmente presentará cada presidente regional.

El desarrollo de la descentralización requiere de un conjunto de normas que fueron previstas, inicialmente, en la Ley de Bases de la Descentralización y ampliadas, posteriormente, en el Acuerdo Nacional y en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

De acuerdo con la Segunda Disposición Transitoria de la Ley de Bases de la Descentralización, el Congreso de la República debía debatir y aprobar, preferentemente, la nueva Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la nueva Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley de Ordenamiento y Demarcación Territorial y la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones.

Las metas del Acuerdo Nacional, por su parte, señalaban que a diciembre del año 2002, el país debía contar con una delimitación de funciones y competencias entre los diversos niveles de organización del Estado, así como con una metodología y un plan nacional para la transferencia de las mismas. Las propuestas normativas que debían aprobarse para cumplir con esta meta eran la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales; la Ley Orgánica de Gobiernos Locales; la Ley de Carrera Pública; la Ley de Descentralización Fiscal; la Ley General de Transparencia de los actos de Gobierno, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas; la Ley de Bases de la Descentralización; y la Ley del Sistema Nacional Descentralizado de Diálogo y Concertación.

Posteriormente, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales dispuso -sustentada en la parte final del artículo 188 de la Carta Política reformada- la elaboración y aprobación de una Ley del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y -también- de una Ley de Descentralización Fiscal.

Asimismo, la Décimo Quinta Disposición Complementaria de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, dispone que el sistema de acreditación de los Gobiernos Locales es regulado por ley, con votación calificada, sobre la base de la propuesta técnica elaborada por el Consejo Nacional de Descentralización.

De las normas antes señaladas, se han promulgado las siguientes:

- a) Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783, publicada el 20 de julio del año 2002.
- b) Ley de Demarcación y Organización Territorial Ley N° 27795, publicada el 25 de julio del año 2002.
- c) Ley General de Transparencia de los Actos de Gobierno, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas, Ley N° 27806, publicada el 3 de agosto del año 2002.
- d) Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867, publicada el 18 de noviembre del año 2002 y modificada por la Ley N° 27902, publicada el 1 de enero del año 2003, y Ley N° 28013, del 27 de junio de 2003.
- e) Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, publicada el 27 de mayo del año 2003.
- f) Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175, publicada el 19 de febrero del año 2004
- g) Ley de Descentralización Fiscal, Decreto Legislativo N° 955, publicado el 5 de febrero del año 2004.
- h) Ley de incentivos para la Integración y conformación de Regiones, Ley N° 28274, publicada el 9 de julio de 2004.
- i) Ley del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales, Ley N° 28273, publicada el 9 de julio de 2004.

También se dictaron la Ley Marco del Presupuesto Participativo, Ley N° 28056, publicada el 8 de agosto del año 2003 y la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, Ley N° 28059, publicada el 13 de agosto del año 2003.

Como concreción de la gradualidad, la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización establece que el proceso de descentralización se ejecuta en forma progresiva y ordenada sobre la base de etapas. Hay una etapa preparatoria, de junio a diciembre del año 2002, en la cual el Congreso debía debatir y aprobar determinadas leyes (del Poder Ejecutivo, de Gobiernos Regionales, de Municipalidades, de Ordenamiento y Demarcación Territorial, y de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones) y el Poder Ejecutivo del Gobierno Nacional debía encargarse de un conjunto de acciones.

Ante la dificultad de definir un cronograma para las etapas, la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización no lo estableció. Luego de la etapa preparatoria, se consideraron cuatro etapas consecutivas -no paralelas- que concretaran la gradualidad del proceso.

En la primera etapa, se realizaría la instalación y la organización de los gobiernos regionales y locales: la transferencia y recepción de activos y pasivos de los Consejos Transitorios de Administración Regional (CT AR) a los gobiernos regionales; el inicio de la transferencia y recepción de los programas sociales de lucha contra la pobreza y los proyectos de inversión e infraestructura productiva de alcance regional, en función de las capacidades de gestión de cada gobierno regional o local; la realización del Plan de Capacitación y Asistencia Técnica a nivel Regional y Local¹²⁶⁹; y el apoyo y asistencia técnico-administrativa requerido por los gobiernos regionales y locales.

En la segunda etapa, llamada de consolidación del proceso de regionalización, se plantea: la promoción y apoyo para la conformación de regiones sostenibles mediante la integración o fusión de departamentos vía referéndum; la amplia difusión de propuestas y alternativas de regiones macro, así como de las ventajas y beneficios para el desarrollo nacional y regional; y la formulación de un Plan de Regionalización y de Inversión Descentralizado que se aprobaría por ley.

En la tercera etapa, de transferencia y recepción de competencias sectoriales, se realizaría la transferencia de las funciones y servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, transporte, comunicaciones, medio ambiente, vivienda, saneamiento, sustentabilidad de los recursos naturales, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, hacia los gobiernos regionales y locales.

En la cuarta -y última- etapa, de transferencia y recepción de competencias sectoriales en educación y salud, se realizaría la transferencia de las funciones y servicios en materia de educación y salud hacia los gobiernos regionales y locales.

La Ley Orgánica de Bases de la Descentralización, a su vez, establece que será el Consejo Nacional de Descentralización (CND), el responsable directo de todas las acciones y transferencias señaladas en cada una de las etapas del proceso, para "cuyo efecto hace las evaluaciones correspondientes y coordina su ejecución con los respectivos sectores del Poder Ejecutivo".

Las etapas establecidas en la Ley Orgánica de Bases plantean claramente la transitoriedad de las regiones-departamento. El objetivo de la segunda etapa del proceso era -y es-la unión entre regiones-departamento, y solo después de este proceso se planteaba la transferencia de las competencias sectoriales, dejando educación y salud -por su complejidad- al final del proceso.

El proceso gradual estaba definido. Las etapas eran consecutivas y explícitas. Sin embargo, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales afectó la gradualidad

¹²⁶⁹ El "Plan Nacional de Capacitación y Asistencia Técnica en Gestión Pública para el Fortalecimiento de los Gobiernos Regionales y Locales" ha sido refrendado mediante el Decreto Supremo N° 021-2004-PCM, publicado en El Peruano del 19 de marzo del año 2004, y el texto del citado Plan ha sido publicado como anexo el 29 de marzo del mismo año.

del proceso al establecer -en la Cuarta Disposición Transitoria, Complementaria y Final- que se iniciaba la transferencia de todas las competencias sectoriales desde el 1 de enero del año 2004, haciendo que las etapas se volvieran paralelas y ya no consecutivas.

En materia presupuestal y de planeamiento, destaca el Capítulo IV del Título III de la Ley de Bases de la Descentralización que regula un conjunto de mecanismos de participación ciudadana; y el Capítulo V del mismo Título sobre planes de desarrollo y presupuestos: los planes nacionales y sectoriales considerarán los planes de desarrollo regional y local y garantizarán la estabilidad macroeconómica; los planes y presupuestos serán participativos; y el Ministerio de Economía y Finanzas dictará las directivas que regulan la programación, formulación, aprobación, ejecución, evaluación y control de los presupuestos, en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública.

El artículo 17 de la citada Ley de Bases establece que los Gobiernos Regionales y Locales están obligados a promover la participación ciudadana en la formulación, debate y concertación de sus planes de desarrollo y presupuestos, y en la gestión pública; que, para este efecto, deberán garantizar el acceso de todos los ciudadanos a la información pública, con las excepciones que señala la ley, así como la conformación y funcionamiento de espacios y mecanismos de consulta, concertación, control, evaluación y rendición de cuentas; y que, sin perjuicio de los derechos políticos que asisten a todos los ciudadanos de conformidad con la Constitución y la ley de la materia, la participación de los ciudadanos se canaliza a través de los espacios de consulta, coordinación, concertación y vigilancia existentes, y los que los Gobiernos Regionales y locales establezcan de acuerdo a ley.

DOCTRINA

CÉSPEDES ZA V ALETA, Adolfo. Derecho Regional: normatividad esencial del proceso de descentralización peruano. Jaime Campodónico editor. Lima, 2005; CONSEJO NACIONAL DE DESCENTRALIZACION. Plan Nacional de Descentralización 2003-2006. Grupo Propuesta Ciudadana. Lima, 2003; CONTERNO, Elena; DOIG, Sandra y BLANCO, Flor. Proceso de descentralización 2004: balance y recomendaciones para una agenda pendiente. Prodes. Lima, 2005; DEFENSORIA DEL PUEBLO. Descentralización y buen gobierno: sexto informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 2002-2003. Defensoría del Pueblo. Lima, 2003; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. La insistencia de la voluntad: el actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004). Defensoría del Pueblo. Lima, 2004; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. El sueño obcecado: la descentralización política en la América andina. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2001; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. La descentralización ficticia: Perú 1821-1998. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima, 1998.

Territorio de la República

Artículo 189

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 departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados (*).

(*) Texto según modificatoria efectuada por la Ley N° 27680, publicada el 07 de marzo de 2002

CONCORDANCIAS:

C: arts. 43,56 inc. 1), 102 inc. 7), 188, 190 Y 190;

Ley 26922: arto 12;

P.I.D.C.P.: arto 1.1;

P.I.D.E.S.C.: arto 1.1

Johnny Zas Friz Burga (**)

(**) Los comentarios del presente documento se basan en el libro del autor: La insistencia de la voluntad.

El actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004). Defensoría del Pueblo. Lima, 2004.

La Carta Política reconoce tradicionales circunscripciones territoriales -el departamento, la provincia y el distrito-, introduce una circunscripción territorial regional-la región-, señala que el nivel de Gobierno Regional se asienta en las regiones y en los departamentos, y que el nivel de Gobierno Local se asienta en las provincias, los distritos y -también- en los centros poblados.

En materia de demarcación territorial, es importante señalar que estudios realizados por la Dirección General de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros -y recogidos en el diagnóstico del actual "Plan Nacional de Demarcación Territorial"-, señalan que el 79.8% de los distritos y el 92% de las provincias presentan deficiencias de carácter técnico-cartográfico y legal, por la imprecisión y la carencia de límites.

El actual "Plan Nacional de Demarcación Territorial" señala en su diagnóstico que "los conflictos actuales entre circunscripciones distritales y provinciales, producto de la imprecisión y carencia de límites territoriales, obedece principalmente a la antigüedad de las leyes de creaciones, así como a la falta de instrumentos técnico cartográficos, que hasta 1950 no permitían una lectura detallada del territorio"¹²⁷⁰.

¹²⁷⁰ Consultar el numeral III, sobre Diagnóstico y Situación Actual de los Límites de los Distritos y Provincias y la Organización del Territorio de la República del "Plan Nacional de Demarcación

La actual Ley de Demarcación y Organización Territorial, Ley N° 27795, del 25 de julio del año 2002, considera un conjunto de mecanismos para enfrentar los problemas derivados por la imprecisión y la carencia de límites.

La citada Ley de Demarcación y Organización Territorial contiene definiciones básicas en la materia, los objetivos y los criterios técnicos para la demarcación territorial, los organismos competentes en materia de demarcación territorial, las categorías de los centros poblados, la acreditación de las iniciativas de la población sobre demarcación territorial, la creación de las regiones, el procedimiento para la determinación de límites, la suspensión de la creación de nuevos distritos y provincias, la asunción por la Municipalidad Metropolitana de Lima de las funciones regionales en materia de demarcación territorial en el ámbito de la provincia de Lima, entre otras disposiciones.

Esta Ley de Demarcación y Organización Territorial ha sido reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 019-2003-PCM, del 24 de febrero del año 2003, que "desarrolla los principios, definiciones, procedimientos, requisitos y criterios técnico-geográficos en materia de demarcación territorial, así como los lineamientos del proceso de saneamiento de límites y organización territorial contemplados en la Ley N° 27795".

Mediante la Resolución Ministerial N° 100-2003-PCM, del 3 de abril del año 2003, se han aprobado la Directiva N° 001-2003-PCM/DNTDT "Metodología para el Tratamiento de las Acciones Técnicas de Demarcación Territorial y la Configuración y Delimitación de Circunscripciones Provinciales"; y la Directiva N° 002-2003PCM/DNTDT "Registro y Apertura de Expedientes Técnicos sobre Demarcación y Organización Territorial".

Asimismo, mediante la Resolución Ministerial N° 374-2003-PCM, del 25 de noviembre del año 2003, se ha aprobado el "Plan Nacional de Demarcación Territorial", el cual "es un instrumento técnico y de gestión que va a desarrollar al 2011, de manera ordenada y progresiva el proceso de saneamiento de los distritos y provincias y la organización del territorio de la República"; y que "desarrolla una metodología . que permite programar, priorizar y seleccionar las provincias para su tratamiento respectivo" .

DOCTRINA

CÉSPEDES ZA V ALETA, Adolfo. Derecho Regional: nonnatividad esencial del proceso de descentralización peruano. Jaime Campodónico editor. Lima, 2005;
CONSEJO NACIONAL DE DESCENTRALIZACION. Plan Nacional de Descentralización 2003-2006. Grupo Propuesta Ciudadana. Lima, 2003;
CONTERNO, Elena;
DOIG, Sandra y BLANCO, Flor. Proceso de descentralización 2004: balance y recomendaciones para una agenda pendiente. Prodes. Lima, 2005;
DEFENSORIA DEL PUEBLO. Descentralización y buen gobierno: sexto informe

Territorial", aprobado mediante la Resolución Ministerial N° 374-2003- PCM, del 25 de noviembre del año 2003.

del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 2002-2003. Defensoría del Pueblo. Lima, 2003; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. La insistencia de la voluntad: el actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004). Defensoría del Pueblo. Lima, 2004; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. El sueño obcecado: la descentralización política en la América andina. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2001; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. La descentralización ficticia: Perú 1821-1998. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima, 1998.

Artículo 190

Regiones y proceso de regionalización

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

El proceso de regionalización se inicia eligiendo gobiernos en los actuales departamentos y la Provincia Constitucional del Callao. Estos gobiernos son gobiernos regionales.

Mediante referéndum podrán integrarse dos o más circunscripciones departamentales contiguas para constituir una región, conforme a ley. Igual procedimiento siguen las provincias y distritos contiguos para cambiar de circunscripción regional.

La ley determina las competencias y facultades adicionales, así como incentivos especiales, de las regiones así integradas.

Mientras dure el proceso de integración, dos o más gobiernos regionales podrán crear mecanismos de coordinación entre sí. La ley determinará esos mecanismos(*)

(*) Texto según modificatoria efectuada por la Ley N° 27680, publicada el 07 de marzo de 2002

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 32 inc. 4), 188, 189, 197 a 199 y 12' D.F.T.; Ley 26300: arto 39 inc. d);

Ley 26922: arts. 12,13;

Ley 27867;

Ley 27902;

P.I.D.C.P.: arto 1.1;

P.I.D.E.S.C.: arto 1.1

Johnny Zas Friz Burga (**)

(**) Los comentarios del presente documento se basan en libro del autor: La insistencia de la voluntad.

El actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004). Defensoría del Pueblo. Lima, 2004.

El artículo 190 del texto reformado de la Constitución Política señala que "el proceso de regionalización se inicia eligiendo gobiernos en los actuales departamentos y la Provincia Constitucional del Callao"; que "mediante referéndum podrán integrarse dos o más circunscripciones departamentales contiguas para constituir una región, conforme a ley"; y que la "ley determina las competencias y facultades adicionales, así como incentivos especiales, de las regiones así integradas".

El texto reformado de la Carta Política optó por iniciar el proceso de regionalización en las circunscripciones departamentales como etapa transitoria, ante la imposibilidad de lograr antes del fin del año 2002 -fecha predeterminada para las elecciones regionales- todos los referéndum

necesarios para la integración de circunscripciones territoriales más amplias del departamento para las regiones.

Según la actual Carta Política reformada, serán las poblaciones las que decidan sobre la integración de sus comunidades en regiones propiamente tales. Este planteamiento se hizo en contraposición al proceso de descentralización de los años ochenta del siglo xx, el cual no consideró a las poblaciones en la definición de los territorios de las nuevas regiones, pues fue el Poder Ejecutivo nacional -durante el gobierno del APRA, entre 1985 y 1990- que tuvo y ejerció la iniciativa de manera exclusiva. En aquella experiencia, las poblaciones en desacuerdo con la asignada circunscripción territorial podían solicitar un referéndum para ser excluidas. El caso paradigmático lo constituyó la región La Libertad-San Martín. Las poblaciones de este último departamento decidieron separarse de la región.

También la Carta Política reformada de 1993 dispone que las regiones integradas -las regiones propiamente tales- tendrán materias de competencia y facultades adicionales, así como incentivos especiales para integrarse. La previsión -explícita en la Ley de Bases de la Descentralización- de una Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones se sustenta en este mandato constitucional.

En el caso de la Provincia Constitucional del Callao, se plantea que en el territorio de esta provincia existirán dos niveles de gobierno superpuestos: el Gobierno Regional del Callao y la Municipalidad Provincial del Callao. Esta yuxtaposición, producto de la singularidad de este caso, podría generar conflictos entre las autoridades regionales y aquellas provinciales.

El inicio del proceso de descentralización -en el nivel intermedio- en las actuales circunscripciones departamentales ha sido muy debatido. Al respecto, se cuestiona que los actuales Gobiernos Regionales asentados en una circunscripción departamental se integren, ya que los incentivos deberán ser muy importantes para que las actuales autoridades -o sectores políticos-regionales- decidan quedar subsumidas en otra región con otras futuras autoridades.

El proceso de integración de dos o más circunscripciones departamentales puede generar significativos conflictos en las provincias o distritos contiguos que cuestionen su ubicación en una nueva delimitación territorial, si este proceso de integración es prolongado y hay provincias que por razones geográficas o económicas, por ejemplo, están más ligadas a otras circunscripciones territoriales regionales y no a la nueva.

El Título VI de la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783, sobre el gobierno regional, define las regiones en la perspectiva de trascender la circunscripción departamental (artículo 28¹²⁷¹).

¹²⁷¹ El artículo 28 de la Ley de Bases de la Descentralización, N° 27783, señala que: "Las regiones son unidades territoriales geoeconómicas, con diversidad de recursos, naturales, sociales e institucionales integradas histórica, económica, administrativa, ambiental y culturalmente, que comportan distintos niveles de desarrollo, especialización y competitividad productiva, sobre cuyas circunscripciones se constituyen y organizan gobiernos regionales".

Para ello, establece que las dos o más circunscripciones departamentales colindantes que se integren, a través de una propuesta aprobada por las poblaciones involucradas mediante referéndum, se iniciará con un primer referéndum a realizarse dentro del segundo semestre del año 2005, hasta quedar debidamente conformadas todas las regiones del país (artículo 29). Dado que aún la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones no ha sido aprobada, el plazo indicado no podrá cumplirse.

Para ello requiere que las dos o más circunscripciones departamentales colindantes que se integren, a través de una propuesta aprobada por las poblaciones involucradas mediante referéndum, se realizará en dos etapas consecutivas. El primer referéndum para dicho fin se realizará en el mes de octubre del año 2005 y los siguientes en los años 2009 y 2013, hasta quedar debidamente conformadas todas las regiones del país (artículo 29, modificado por Ley N° 28274, del 09/07/2004).

El artículo 30 de la citada Ley de Bases indica las características de este proceso de regionalización (artículo 30) y que por Ley se fijará los incentivos especiales para la integración y conformación de regiones (artículo 30.3).

El artículo 30 de la citada Ley N° 27783 establece que "el proceso de regionalización se inicia eligiendo Gobiernos Regionales en los actuales departamentos y la Provincia Constitucional del Callao, conforme a Ley; que la regionalización se orienta a la constitución de regiones sostenidas, en base al sistema de cuencas y corredores económicos naturales, articulación espacial, infraestructura y servicios básicos, generación efectiva de rentas, y que reúnan los elementos y requisitos señalados en los artículos 28 y 29 de la Ley; y que por Ley especial se fajan los incentivos especiales para la integración y conformación de regiones".

El Capítulo III del Título VI de la Ley de Bases de Descentralización, reconoce -conforme al texto constitucional reformado- un régimen especial para la provincia de Lima¹²⁷² y otro para la Provincia Constitucional del Callao¹²⁷³.

¹²⁷² El artículo 33 establece el régimen especial para la provincia de Lima Metropolitana: "En el ámbito de la provincia de Lima, las competencias y funciones reconocidas al gobierno regional, son transferidas a la Municipalidad Metropolitana de Lima, con arreglo a lo previsto en la presente ley.

¹²⁷³ Asimismo la ejecución de obras de inversión en infraestructura estará a cargo de dicha Municipalidad o de las municipalidades distritales respectivas, previo convenio con el sector correspondiente. Toda mención contenida en la legislación nacional que haga referencia a los gobiernos regionales, se entiende también hecha a dicha municipalidad, en lo que resulte aplicable.

El artículo 34, modificado por Ley N° 28543 de 16/06/2005, establece el régimen especial para la Provincia Constitucional del Callao: "En el ámbito de la Provincia Constitucional del Callao, el gobierno regional y la municipalidad provincial mantendrán excepcionalmente la misma jurisdicción, y ejercerán las competencias y funciones que les corresponda conforme a Ley. Por la naturaleza excepcional antes señalada, del total de los recursos provenientes de la renta de aduanas, conforme al artículo 3 de la Ley N° 27613, se asignará el 10% para el Fondo Educativo de la Provincia Constitucional del Callao. El saldo restante será distribuido en un 50% al Gobierno Regional del Callao y el otro 50%, proporcionalmente, entre las municipalidades de la jurisdicción".

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales -Ley N° 27867- plantea enfrentar la gestión del área metropolitana de las ciudades de Lima y el Callao con la creación de Comités de Coordinación Interregional¹²⁷⁴; y, en general de las áreas metropolitanas, mediante la gestión común de los servicios públicos regionales¹²⁷⁵; sin embargo, estos Comités previstos por el artículo 70 de la Ley N° 27867, aparecen como instancias insuficientes para enfrentar el requerimiento de una gestión común.

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales -modificada por la Ley N° 27902 realiza un amplio reconocimiento, especialmente, de la integración y de la conformación de regiones propiamente tales, en los siguientes artículos:

a) El artículo 7 dispone que esta Ley Orgánica define las relaciones de cooperación y coordinación entre los gobiernos regionales, y de estos con los otros niveles de gobierno, orientados al proceso de integración y conformación de regiones y de coordinación en espacios macrorregionales";

b) El inciso 14 del artículo 8 reconoce el principio de la integración: "La gestión regional promueve la integración intrarregional e interregional, fortaleciendo el carácter unitario de la República. De acuerdo con este principio, la gestión debe orientarse a la formación de acuerdos macrorregionales que permitan el uso más eficiente de los recursos, con la finalidad de alcanzar una economía más competitiva; (...)"

c) El artículo 73-A establece que los recursos del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDE) "fomentarán el desarrollo regional, la integración de las regiones y la realización de proyectos que involucren a varios niveles de gobierno; y

d) El artículo 91 crea las Juntas de Coordinación Interregional con la finalidad de consolidar los futuros espacios macrorregionales.

También -en la citada Ley Orgánica- hay una referencia a los espacios macrorregionales, vinculándolos con la creación de las regiones propiamente tales (especialmente, en el citado artículo 91). Asimismo, la Ley de Bases de la Descentralización considera para la segunda etapa del proceso de descentralización la difusión amplia de propuestas y alternativas de regiones

¹²⁷⁴ El artículo 70 de la Ley N° 27867, establece que, por iniciativa del Presidente del Gobierno Regional del Callao o por el Alcalde de Lima Metropolitana y/o promovidas por el Consejo Nacional de Descentralización, se crearán Comités de Coordinación Interregional, como órganos intergubernamentales de carácter regional para la coordinación y planificación de los servicios públicos e inversiones interregionales; y que estos estarán conformados por dos representantes de cada instancia de gobierno y un miembro del Consejo Nacional de Descentralización, con voz y sin voto.

¹²⁷⁵ El artículo 71 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales dispone que, en caso de existir continuidad con regiones colindantes, los servicios públicos regionales, deben ser gestionados por Regímenes de Gestión Común en base a los criterios de proporcionalidad a la demanda de servicios por atender y a los aportes financieros que cada organismo público debe aportar.

macro; y, cuando define el carácter dinámico del proceso, plantea la promoción de la integración regional y la constitución de macro regiones.

Sin embargo, en ambas Leyes -de Bases de la Descentralización y Orgánica de Gobiernos Regionales- no hay un mayor desarrollo de las denominadas macro regiones.

Con relación a las macrorregiones, Efraín Gonzáles De Olarte señala que:

"Las macrorregiones son más bien conceptos territoriales, brotados del deseo de crear espacios económicos capaces de contrapesar la importancia industrial de Lima. De ahí que sean cuatro, además de Lima-Callao. Su principal limitación es la relación inversamente proporcional entre tamaño e integración espacial, consecuencia de la falta de una red completa de vías de comunicación. Desde el punto de vista social y político su viabilidad es aun menor que la de los corredores y regiones económicas. Además, las identidades macrorregionales están por construirse. Por el momento, lo que cabe es concebir a las macrorregiones como la hipotética última etapa de la integración de regiones. En vez de un punto de partida, habrá que considerarlas uno de llegada"¹²⁷⁶.

La integración y la conformación de regiones que trasciendan la circunscripción departamental responden a la necesidad de lograr una estrategia de desarrollo regional.

Para Efraín Gonzáles De Olarte:

"El problema central es que el Perú muestra un desarrollo regional muy desigual, o sea un problema distributivo espacial. No se trata solamente de un problema de distribución de ingresos, sino de distribución de oportunidades de desarrollo"; que "las diferencias existentes entre Lima y las regiones de la Costa con respecto a las de la Sierra, en términos de realidades y de oportunidades de desarrollo, son muy grandes. Estamos frente a un problema de desigualdad y, lógicamente, la democracia no se puede fundar en una desigualdad de base. Urge iniciar un proceso correctivo, de nivelación de oportunidades"; y que "si no construimos un crecimiento regional convergente, con generación de empleo, mejores ingresos y productividades, el Estado descentralizado habrá fracasado. Hoy, como primer paso, se han creado tantas regiones como departamentos tiene el Perú. Hay que preguntarse si estos 25 espacios administrativos contribuyen al desarrollo regional y a la construcción de una democracia con iguales oportunidades para todos"¹²⁷⁷.

Sobre la cuestión reseñada, Gonzáles De Olarte plantea una hipótesis y presenta tres problemas que consideramos relevante citar:

¹²⁷⁶ ALEJOS CALDERÓN, Walter (compilador). Regiones integradas. Ley de incentivos para la integración y conformación de regiones. Lineamientos económicos y políticos. Fondo Editorial del Congreso del Perú y Departamento de Economía de la Facultad de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003, p. 39.

¹²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 53-54

"La hipótesis de trabajo consiste en demostrar que una integración o fusión de regiones podría ser un medio para enrumbar hacia un desarrollo regional más equilibrado y hacia una reforma del Estado que edifique un Estado fuerte. Contrariamente a la opinión general, el Perú tiene un Estado chico y débil" (...).

"En primer lugar, las regiones políticas no coinciden con la delimitación de las regiones o espacios económicos. La única excepción es Lima. El resto de regiones no guarda relación con ámbitos económicos, ya se les estudie como cuencas o corredores".

"La economía y la política divergirán entonces, con un alto costo. El espacio económico determina la base tributaria, y si esta es débil, el gobierno regional tendrá serias dificultades para ser eficiente".

"En segundo lugar, el tamaño de las regiones no promueve economías regionales de escala para contrarrestar el peso de Lima. Un tema esencial en el desarrollo regional en el Perú es que Lima no inhiba el desarrollo de las demás regiones. Obviamente, un número de 25 regiones no resuelve esta amenaza. Hay que generar, en consecuencia, regiones de pesos económicos mayores para, eventualmente, generar ejes alternativos de desarrollo. En buena cuenta, hay que ir a una integración".

"El tercer problema radica en la débil articulación entre centro y periferia. Por esto me refiero a la pobre integración entre Lima y el resto del país. Pero también a la débil integración interna de cada región económica, donde el centro urbano más grande permanece escindido del entorno rural".

"En el Perú las ciudades grandes tienen pocas articulaciones con las ciudades intermedias y más aún escasas con el campo. Por 10 tanto, el crecimiento de los centros no se reproduce a escala regional. El problema es grave. Finalmente la articulación entre centro y periferia no es otra cosa que el desarrollo de mercados de bienes

Y factores que sirven de vasos comunicantes para establecer, por ejemplo, bases tributarias"¹²⁷⁸.

También para Gonzáles De Olarte, las actuales regiones económicas, conformadas por los antiguos departamentos, podrían constituir el referente para la integración de regiones. Su propuesta es la siguiente:

Piura-Tumbes (Ciudad eje: Piura; eje urbano: Piura-Sullana-Talara-Tumbes).

Lambayeque-Cajamarca-Amazonas (Ciudad eje: Chiclayo; eje urbano: Chiclayo-Cajamarca-Chachapoyas).

La Libertad-Ancash (Eje urbano: Trujillo-Chimbote-Huaraz).

Ica-Ayacucho-Huancavelica (Eje urbano: Ica-Huancavelica-Huamanga).

¹²⁷⁸ *Ibíd*em, pp. 54-55

Arequipa-Moquegua-Tacna-Puno (Ciudad eje: Arequipa; eje urbano: Puno-Arequipa- Moquegua- Tacna).

Junín-Pasco-Huánuco (Ciudad eje: Huancayo; eje urbano: Huancayo-Cerro de Pasco-Huánuco).

Cusco-Apurímac-Madre de Dios (Ciudad eje: Cusco; eje urbano: Andahuaylas-Abancay-Cusco-Sicuani-Madre de Dios).

Loreto-San Martín-Ucayali (Eje urbano: Pucallpa-Tarapoto-Moyobamba-Iquitos).

Lima-Callao¹²⁷⁹.

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales -en el citado artículo 91- dispone que las Juntas de Coordinación Interregional se establecen a iniciativa de los Gobiernos Regionales o del Consejo Nacional de Descentralización; y que los Gobiernos Regionales podrán establecer tales Juntas como espacios de coordinación de proyectos, planes y acciones conjuntas, las cuales se materializarán a través de convenios de cooperación, procurando la consolidación de corredores económicos y ejes de integración y desarrollo, con la finalidad de consolidar los futuros espacios macrorregionales.

Hasta la fecha de presentación del Informe Anual 2003 del Consejo Nacional de Descentralización (CND)¹²⁸⁰ se habían formado, a iniciativa del CND, seis Juntas de Coordinación Interregional para el manejo de:

El Corredor Bioceánico Nor Oriental, en el que participan los Gobiernos Regionales de Amazonas, Cajamarca, Lambayeque, Loreto, Piura, San Martín y Tumbes;

b. El Circuito Turístico Nor Oriental y Nor Peruano, con la participación de los Gobiernos Regionales de Amazonas, Piura, San Martín y Tumbes;

El Corredor Energético Centro Sur, con la participación de los Gobiernos Regionales de Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Ica, Junin y Madre de Dios;

d. El Proyecto Hidroenergético y de Irrigación Pampas Verdes, con la participación de los Gobiernos Regionales de Arequipa, Ayacucho e Ica;

El Mega-Proyecto de Desarrollo Forestal y Silvo-Agropecuario de la Sierra Norte, con la participación de los Gobiernos Regionales de Amazonas, Ancash, Cajamarca y Piura; y,

El Circuito Turístico Sur Peruano, con la participación de los Gobiernos Regionales de Cusco, Apurímac e Ica¹²⁸¹.

¹²⁷⁹ *Ibíd*em, p. 40

¹²⁸⁰ 20 de enero del año 2004

¹²⁸¹ CONSEJO NACIONAL DE DESCENTRALIZACIÓN. Informe Anua/2003, p. 16.

La mayoría de estas Juntas de Coordinación Interregional se han constituido, sin embargo, solo sobre la base de proyectos específicos, en materia turística, energética o forestal.

DOCTRINA

CÉSPEDES ZA V ALETA, Adolfo. Derecho Regional: normatividad esencial del proceso de descentralización peruano. Jaime Campodónico editor. Lima, 2005; CONSEJO NACIONAL DE DESCENTRALIZACION. Plan Nacional de Descentralización 2003-2006. Grupo Propuesta Ciudadana. Lima, 2003; CONTERNO, Elena; DOIG, Sandra y BLANCO, Flor. Proceso de descentralización 2004: balance y recomendaciones para una agenda pendiente. Prodes. Lima, 2005; DEFENSORIA DEL PUEBLO. Descentralización y buen gobierno: sexto informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 2002-2003. Defensoría del Pueblo. Lima, 2003; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. La insistencia de la voluntad: el actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004). Defensoría del Pueblo. Lima, 2004; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. El sueño obcecado: la descentralización política en la América andina. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2001; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. La descentralización ficticia: Perú 1821-1998. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima, 1998.

Artículo 191

Autonomía y organización de los gobiernos regionales

Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones.

La estructura orgánica básica de estos gobiernos la conforman el Consejo Regional como órgano normativo y fiscalizador, el Presidente como órgano ejecutivo, y el Consejo de Coordinación Regional integrado por los alcaldes provinciales y por representantes de la sociedad civil, como órgano consultivo y de coordinación con las municipalidades, con las funciones y atribuciones que les señala la ley.

El Consejo Regional tendrá un mínimo de siete (7) miembros y un máximo de veinticinco (25), debiendo haber un mínimo de uno (1) por provincia y el resto, de acuerdo a ley, siguiendo un criterio de población electoral. El Presidente es elegido conjuntamente con un vicepresidente, por sufragio directo por un período de cuatro (4) años, y puede ser reelegido. Los miembros del Consejo Regional son elegidos en la misma forma y por igual período. El mandato de dichas autoridades es revocable, conforme a ley, e irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución.

Para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, miembro del Parlamento Nacional o Alcalde; los Presidentes de los Gobiernos Regionales deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva. La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales. (*)

(*) Texto del artículo según modificatoria efectuado por la Ley N° 28607, publicada el 04 de octubre de 2005.

CONCORDANCIAS:

c.: arts. 91.1, 113.5, 114.2, 117, 134, 176, 203.6 Y 13' nF.T.;

L.O.G.R.: arto 2;

Ley 23853: arts. 2 y 3;

Ley 26300;

Ley 27683;

Ley 27867;

Ley 27902;

C.A.D.H.: arts.23.1.a y 23.1.b;

D.U.D.H.: arto 21;

P.I.D.C.P.: arts. 25.a y 25.b

Johnny Zas Friz Burga (**)

(**) Los comentarios del presente documento se basan en el libro del autor: La insistencia de la voluntad.

El actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004). Defensoría del Pueblo. Lima, 2004

La Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, establece -en su artículo 20- que la Presidencia Regional es el órgano ejecutivo del Gobierno Regional; que recae en el Presidente Regional, quien es la máxima autoridad de su jurisdicción, representante legal y titular del Pliego Presupuestal del Gobierno Regional; que el Presidente Regional desempeña su cargo a dedicación exclusiva, con la sola excepción de la función docente; y que percibe una remuneración mensual fijada por el Consejo Regional de acuerdo a la disponibilidad presupuestal, siendo obligatoria la publicación de la norma que la aprueba y su monto.

El Vicepresidente Regional integra el Consejo Regional. Es miembro pleno de este Consejo y, por ello, tiene voz y voto en él sin ninguna limitación.

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales -en su artículo 23- dispone que el Vicepresidente Regional cumple funciones de coordinación -por lo cual ejerce una actividad permanente-, así como aquellas que expresamente le delegue el Presidente Regional; que reemplaza a este en casos de licencia concedida por el Consejo Regional, que no puede superar los 45 días naturales al año, por ausencia o impedimento temporal, por suspensión o vacancia, con las prerrogativas y atribuciones propias del cargo; y que percibe la remuneración correspondiente a su cargo, sin derecho a dietas.

La citada Ley Orgánica de Gobiernos Regionales establece también -en su artículo 12- cómo se organiza el Ejecutivo regional. Este se estructura sobre la base de órganos denominados Gerencias Regionales -nombres que corresponden, más bien, a una organización empresarial-, las que son coordinadas y dirigidas por una Gerencia General.

Los Gerentes Regionales son responsables legal y administrativamente por los actos que ejecutan en el ejercicio de sus funciones y por los que suscriben junto con el Presidente Regional-artículo 25 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales-; el Gerente General Regional es responsable administrativo del Gobierno Regional -artículo 26 de la citada Ley- y coordina la acción de los diferentes Gerentes Regionales -artículo 27 de la citada Ley-; y el Gerente General Regional y los Gerentes Regionales son nombrados por el Presidente Regional (artículo 26 de la citada Ley).

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales -en su artículo 28- también dispone que los Gerentes Regionales sesionan bajo la presidencia del Presidente Regional y que el Gerente General Regional y los Gerentes Regionales son responsables de los acuerdos que adopten y, en cuanto corresponda, de su ejecución.

Según la citada Ley Orgánica -conforme a su artículo 29- cada Gobierno Regional contará con cinco Gerencias Regionales: 1) Desarrollo Económico; 2) Desarrollo Social; 3) Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial; 4) Infraestructura; y 5) Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente.

Con relación a los Consejeros Regionales, el artículo 4 de la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175, establece la siguiente definición de funcionario público: es funcionario público "el que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas"; y que puede ser: a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria, b) De nombramiento y remoción regulados, y c) De libre nombramiento y remoción.

Los Consejeros Regionales, conforme a la definición anterior, son funcionarios públicos, no obstante su actividad no sea a dedicación exclusiva ni sea permanente, razón por la cual perciben dietas y no remuneración, según lo dispuesto por la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

La Constitución Política reformada introduce acciones afirmativas que serán reguladas por la ley: el establecimiento de porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y pueblos originarios en los Consejos Regionales.

El establecimiento, en el Consejo Regional, de un mínimo y de un máximo de representantes, así como la inclusión de un criterio de representación provincial, distorsiona el nivel de representación en varios departamentos, afectando el criterio por el cual el número de representantes debe tener una relación directa con la población electoral de la circunscripción intermedia.

El Consejo Regional-según el artículo 14 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales- es convocado para sesión de instalación el 1° de Enero por el Presidente Regional elegido; se reúne en sesiones ordinarias y extraordinarias, de acuerdo a lo que establece su Reglamento; deberá reunirse como mínimo en una sesión ordinaria al mes -además, podrá convocarse a solicitud de un tercio del número legal de consejeros-; para el cumplimiento de sus funciones fiscalizadoras y normativas, organiza su trabajo en Comisiones; y, para el ordenamiento de su trabajo y el cumplimiento de sus funciones, contará con una Secretaría, artículo 18 de la citada Ley Orgánica.

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales también dispone que las sesiones son públicas, salvo excepciones por razones de seguridad nacional y/o regional, debidamente establecidas en el Reglamento del Consejo Regional; y que, a través del portal electrónico del Gobierno Regional, se debe difundir a la ciudadanía la agenda y las actas de las sesiones.

La citada Ley Orgánica reconoce derechos y obligaciones funcionales, responsabilidades e incompatibilidades, así como dietas -ni el Presidente Regional ni el Vicepresidente Regional tienen derecho a dietas- y licencias a los Consejeros Regionales.

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales también regula la vacancia -artículo 30 de la Ley- y la suspensión -artículo 31 de la Ley- de los cargos de Presidente, Vicepresidente y Consejeros del Gobierno Regional.

La referida Ley Orgánica establece votaciones calificadas para la declaración de vacancia, especialmente para el caso del Presidente y Vicepresidente Regionales, introduciendo así un mecanismo que promueve la estabilidad del Ejecutivo regional.

Según la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la vacancia es declarada por el Consejo Regional-dando observancia al debido proceso y el respeto al ejercicio del derecho de defensa- por dos tercios del número legal de sus miembros, para el caso del Presidente Regional y Vicepresidente Regional, y de la mayoría del número legal de sus miembros, para el caso de los Consejeros Regionales¹²⁸².

La forma de gobierno regional tiene elementos de una forma de gobierno presidencial: la elección directa del Presidente Regional-no obstante, este sea elegido en la misma lista de candidatos de los miembros del Consejo Regional-, no hay una relación de confianza entre el Ejecutivo regional y el Consejo Regional, y los órganos del Ejecutivo regional-Gerente General Regional y Gerentes Regionales- dependen solo del Presidente Regional. No obstante se verifique la presencia de estos elementos, el Presidente y el Vicepresidente Regionales también son miembros del Consejo Regional y ello no configura una clara separación de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo regionales.

La Carta Política remite a la ley el desarrollo normativo del Consejo de Coordinación Regional. El texto original de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales incumplía ese mandato, pues no regulaba la composición y funcionamiento de este Consejo de Coordinación Regional.

La Ley N° 27902 introduce en la estructura orgánica básica de los Gobiernos Regionales al Consejo de Coordinación Regional -en el artículo 11 modificado de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales- y recoge el texto de la Carta Política reformada.

La referida Ley también regula -en el artículo II-A-la composición y el funcionamiento del Consejo de Coordinación Regional. Este es presidido por el Presidente Regional o por el Vicepresidente Regional y está conformado también por los alcaldes provinciales de la región y por los representantes de las organizaciones de la sociedad civil.

Asimismo, se establece una proporción entre los miembros del referido Consejo: los alcaldes provinciales serán el 60% y los representantes de la sociedad civil el 40% del total de miembros. Esta proporción deberá mantenerse al invitar el Consejo Regional a los alcaldes distritales y a los representantes de la sociedad civil, y la tercera parte -por lo menos- de los

¹²⁸² Al respecto, pueden ser analizadas las Resoluciones del jurado Nacional de Elecciones (ONE) que resuelven los casos de vacancia de los Presidentes de los Gobiernos Regionales de Madre de Dios y de Ancash: Resolución N° 172-2003-JNE, del 16 de octubre del año 2003, que declara nulos los acuerdos sobre vacancia del Presidente del Gobierno de Madre de Dios; y la Resolución N° 0132004-JNE, del 19 de enero del año 2004, que confirma el acuerdo declaratorio de vacancia del cargo de Presidente del Gobierno Regional de Ancash.

representantes de la sociedad civil deberá corresponder a instituciones de empresarios y productores.

La Ley N° 27902 dispone que los representantes de la sociedad civil serán elegidos democráticamente, por un periodo de dos años, por los delegados legalmente acreditados de las organizaciones de nivel regional y provincial que se hayan inscrito en el registro del gobierno regional. Para acceder a este registro se requiere que las organizaciones acrediten su personería jurídica y un mínimo de tres años de actividad institucional comprobada.

La Ley no hace una enumeración taxativa de las organizaciones de la sociedad civil que podrán participar en el Consejo de Coordinación Regional. Estas organizaciones serán, entre otras, las organizaciones de productores, gremios empresariales, laborales, profesionales, agrarios y vecinales; universidades, iglesias, comunidades campesinas y nativas, mesas de concertación y organizaciones de mujeres y jóvenes.

Con relación al régimen de sesiones, el Consejo de Coordinación Regional -según el inciso c) del artículo II-A- se reúne ordinariamente dos veces al año y en forma extraordinaria cuando lo convoque el Presidente Regional; puede ser convocado para opinar sobre cualquier asunto o consulta que requiera el Gobierno Regional; es un órgano de concertación y de consulta, y sus acuerdos se toman por consenso; los representantes del Consejo de Coordinación Regional en ningún caso perciben dietas, viáticos u otro tipo de asignación del Gobierno Regional; y la Gerencia de Planeamiento del Gobierno Regional actuará como secretaría técnica, debiendo oportunamente presentar los documentos para su análisis.

El Consejo de Coordinación Regional es un órgano cuya naturaleza es la concertación y la consulta. Por ello, sus miembros emiten opinión consultiva, concertando entre sí, sobre cuestiones tan importantes tales como el plan anual y el presupuesto participativo anual, el plan de desarrollo regional concertado y sobre la visión general y los lineamientos estratégicos de los programas componentes del plan de desarrollo regional concertado.

La modificación de la Ley N° 27902 también señala que el Consejo de Coordinación Regional no ejerce funciones de gobierno y que la ausencia de acuerdos por consenso en este órgano no impide al Consejo Regional decidir sobre lo pertinente.

Esta formulación de la Ley plantea que los acuerdos del Consejo de Coordinación Regional no son vinculantes y que, en última instancia, la aprobación del plan de desarrollo regional concertado, el plan anual y el presupuesto regional participativo corresponde al Consejo Regional.

Hay un contenido restrictivo -como se ha señalado- de la participación de los representantes de la sociedad civil en los Consejos de Coordinación Regional, especialmente relacionado con el establecimiento de un porcentaje uniforme -y arbitrario- para determinar el número de representantes de la sociedad civil en los mencionados Consejos.

La evaluación de los Consejos de Coordinación Regional (CCR) no ha sido positiva. El Grupo Propuesta Ciudadana considera que:

"El desempeño de los CCR ha sido, en general, limitado. Se instalaron con premura, muchos no se han vuelto a reunir luego de su instalación, y adolecen de varios problemas; entre ellos: a) cuestionamientos a su composición y legitimidad, como producto de una reglamentación y convocatoria inadecuadas para la elección de sus miembros; b) pérdida de interés de sus miembros, porque su carácter consultivo y no vinculan te los presenta como prescindibles, así como por la falta de recursos económicos y logísticos; y c) falta de voluntad política de las autoridades regionales para convocar y dinamizar este espacio"¹²⁸³.

La Ley de Elecciones Regionales, Ley N° 27683, tiene entre sus contenidos principales los siguientes: las elecciones regionales se realizan el tercer domingo de noviembre, junto con las elecciones municipales; no se considera una segunda vuelta electoral; se tiene un plazo de 240 días naturales para la convocatoria a elecciones; el periodo del mandato será de cuatro años; se establece el número de miembros de los Consejos Regionales, considerando la representación provincial-y distrital en el caso del Callao-, porcentajes de género y de comunidades nativas y pueblos originarios; y se incluye una disposición complementaria en materia de franja electoral.

La Ley de Elecciones Regionales estableció también -en su artículo 7- que "para esta primera elección las elecciones regionales del año 2002) cada departamento y la Provincia constitucional del Callao constitúan una circunscripción electoral".

El artículo 12 de la Ley considera las acciones afirmativas -ya previstas en la Carta Política- y el denominado "voto programático": 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; y se debe presentar un Plan de Gobierno Regional.

El artículo 6 de la Ley señala que el "número de miembros de cada consejo regional, en esta primera elección será igual al número de provincias, y en el caso del Callao igual al número de distritos, con un mínimo de siete (7)" y que el Presidente y el Vicepresidente Regionales integran dicho Consejo, fuera de este número.

La propuesta introduce un premio de mayoría -sin una barrera mínima-, al establecer que a la lista ganadora se le asigna la cifra repartidora o la mitad más uno de los cargos de miembros de Consejo Regional, lo que más le favorezca, según el orden de candidatos y provincias propuestos por los partidos políticos y movimientos. También se establece que la cifra repartidora

¹²⁸³ GRUPO PROPUESTA CIUDADANA, Reporte Nacional N° 3, Cuarto Trimestre 2003, Sistema de Vigilancia Ciudadana de la Descentralización (Vigila Peni), Grupo Propuesta Ciudadana, Lima, marzo 2004, p. 43.

se aplica entre todas las demás listas participantes para establecer el número de miembros que les corresponde, cuidando de no repetir la representación por provincia establecida por la lista que le precede en votación.

Esta propuesta distorsiona el nivel de representación, afectando -como se ha indicado- el criterio por el cual el número de representantes debe tener una relación directa con la población electoral de la circunscripción intermedia. Esta forma de representación se ha sustentado en la necesidad de que las provincias como tales estén, a través de representantes, en el Consejo Regional y lleven allí los intereses provinciales. Sin embargo, ello podría generar la ausencia de un interés común del Consejo Regional por la región.

La Ley de Elecciones Regionales definió la forma de gobierno regional y no estableció una clara separación de poderes al interior de esta. Esta definición debió corresponder a la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

El sistema electoral regional copió el sistema electoral local: se mantuvo el premio de mayoría -la mitad más uno de los miembros del Consejo a la primera mayoría pero no se estableció ninguna barrera mínima como requisito para aplicar tal premio y que si ello no se verificaba, se debía dar una segunda vuelta. Esto ha generado que la mayoría de listas ganadoras en las elecciones regionales últimas -con mayoría absoluta en el Consejo Regional- no solo no hayan alcanzado el 50% del número total de electores presentes, sino que en algunos casos, no se haya sobrepasado el 20% del total de electores presentes.

La Ley de Bases de la Descentralización considera -en su artículo 49- que el Gobierno nacional y los Gobiernos Regionales y Locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades; que el Gobierno Regional no puede interferir en , la acción y competencias de las municipalidades de su jurisdicción y que puede celebrar y suscribir en forma indistinta, convenios de colaboración mutua y recíproca, y contratos de cualesquier naturaleza para fines comunes determinados; y que los Gobiernos Regionales y Locales proporcionan la información requerida para mantener actualizados los distintos sistemas administrativos y financieros organizados a nivel nacional.

Asimismo, se establece -en el artículo 50 de la citada Ley- que los Gobiernos Regionales y Locales se relacionan con el Congreso de la República, a través de los congresistas y sus Comisiones de Descentralización y Regionalización, y de Gobiernos Locales, en asuntos de iniciativa legislativa, normatividad, intercambio de información y fiscalización; y que tienen el derecho y la obligación de participar en el proceso de sus tentación y aprobación de sus presupuestos institucionales.

En materia de relaciones con organismos internacionales, la Ley de Bases de la Descentralización -en su artículo 51- plantea que los Gobiernos Regionales y Locales pueden promover y mantener relaciones de cooperación técnica y

financiera con organismos internacionales, estando facultados para celebrar y suscribir convenios y' contratos vinculados a los asuntos de su competencia; y que el Gobierno nacional facilita y apoya la celebración de convenios promovidos por y en favor de los Gobiernos Regionales y Locales.

Recientemente se ha dictado la Ley N° 28607, mediante la cual se reforma el artículo 191 de la Carta Política. Esta Ley dispone -a través de una modificación específica- que el mandato de las autoridades regionales es revocable, conforme a ley, e irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución; y que para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, miembro del Parlamento Nacional o Alcalde, los Presidentes de los Gobiernos Regionales deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva.

La ley de reforma constitucional citada no modifica los demás contenidos del artículo 191 y solo agrega la prohibición para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, miembro del Parlamento Nacional o Alcalde a los Presidentes de los Gobiernos Regionales, salvo que renuncien al cargo seis meses antes de la elección respectiva.

La Ley N° 28607 no aborda otros aspectos relevantes para el actual proceso de descentralización, tales como la eliminación del número máximo (25) de miembros del Consejo Regional, el cual colisionará con el criterio de la representación provincial-se requiere un mínimo de un representante por provincia en el Consejo Regional- ya que en una de las propuestas planteadas en el actual proceso de integración y de conformación de Regiones --que ha sido objeto de consulta popular en octubre de 2005 conforme a la ley de la materia- se supera el máximo de 25 miembros del Consejo Regional, ya que la Región que sería conformada por los departamentos de Ancash, Junín, Pasco, Huánuco y Lima-Provincias tendría 52 provincias.

La ley de reforma constitucional citada tampoco esclarece -de manera más explícita- la naturaleza del Consejo de Coordinación Regional como instancia de concertación entre el Gobierno Regional, la sociedad civil y las autoridades municipales.

La modificación planteada por la Ley N° 28607 es muy específica, no ha considerado los problemas presentes en el actual proceso de descentralización y cumple un definido objetivo político-electoral.

DOCTRINA

CÉSPEDES ZA V ALETA, Adolfo. Derecho Regional: normatividad esencial del proceso de descentralización peruano. Jaime Campodónico editor. Lima, 2005; CONSEJO NACIONAL DE DESCENTRALIZACION. Plan Nacional de Descentralización 2003-2006. Grupo Propuesta Ciudadana. Lima, 2003; CONTERNO, Elena; DOIG, Sandra y BLANCO, Flor. Proceso de descentralización 2004: balance y recomendaciones para una agenda pendiente. Prodes. Lima, 2005; DEFENSORIA DEL PUEBLO. Descentralización y buen gobierno: sexto informe

del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 2002-2003. Defensoría del Pueblo. Lima, 2003; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. La insistencia de la voluntad: el actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004). Defensoría del Pueblo. Lima, 2004; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. El sueño obcecado: la descentralización política en la América andina. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2001; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. La descentralización ficticia: Perú 1821-1998. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima, 1998.

Artículo 192

Fines y atribuciones de los gobiernos regionales

Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.

Son competentes para:

1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.
2. Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil.
3. Administrar sus bienes y rentas.
4. Regular y otorgar las autorizaciones, licencias y derechos sobre los servicios de su responsabilidad.
5. Promover el desarrollo socioeconómico regional y ejecutar los planes y programas correspondientes.
6. Dictar las normas inherentes a la gestión regional.
7. Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agro industria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley.
8. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional.
9. Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.
10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley. (*)

(*) Texto según modificatoria efectuada por la Ley N° 27680, publicada el 07 de marzo de 2002

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 14, 44, 59, 69, 88, 188 Y 191;

L.O.G.R.: arts. 4, 9, 10;

Ley 27474;

Ley 27651;

Ley 23853: arts. 10 al 13;

L.D.F.: art 6;

P.I.D.C.P.: art 1.1;

P.I.D.E.S.C.: art 1.1

Johnny Zas Friz Burga (**)

(**) Los comentarios del presente documento se basan en el libro del autor: La insistencia de la voluntad El actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004). Defensoría del Pueblo. Lima, 2004.

La Ley N° 27902 -que modificó la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales- precisa el tema de la denominada "rectoría sectorial" del Gobierno

Nacional, señalando que es competencia exclusiva de este nivel de Gobierno definir, dirigir, normar y gestionar las políticas nacionales y sectoriales; y que estas se formulan considerando los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales, concordando el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República.

Esta misma Ley introdujo el tema de la clasificación de los activos del Estado, al indicar que corresponde al Gobierno Nacional determinar la jerarquización de los activos, empresas y proyectos por su alcance nacional, regional o local. Esta clasificación se aprobará mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, previa opinión técnica del Consejo Nacional de Descentralización.

Mediante la Ley N° 28161, se establece un plazo -45 días naturales-para que el Poder Ejecutivo nacional apruebe el decreto supremo de jerarquización de activos, empresas y proyectos por su alcance nacional, regional o local, considerando que esta clasificación debía definirse antes del inicio del proceso de transferencia del año 2004.

En el marco de la citada Ley, se dicta el Decreto Supremo N° 023-2004-PCM, mediante el cual se establece la jerarquización de los bienes del Estado -artículo 2-, señalándose aquellos de alcance local, regional y nacional. Sin embargo, la jerarquización -o clasificación- definía en el citado decreto supremo no considera ni los proyectos ni las empresas del Estado.

La Ley N° 27783, Ley de Bases de Descentralización establece cuáles son las clases de competencias de los Gobiernos Regionales: exclusivas, compartidas y delegadas.

Son competencias exclusivas aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera excluyente a cada nivel de gobierno, siempre conforme a la Constitución Política y la ley. Por ejemplo, el diseño de políticas nacionales y sectoriales es una competencia exclusiva del Gobierno Nacional-inciso a) del artículo 26.1 de la Ley de Bases de la Descentralización-, ello implica que ningún Gobierno Regional ni Local puede definir tales políticas.

La Ley de Bases de la Descentralización establece -en su artículo 35-las competencias exclusivas de los Gobiernos Regionales. Sin embargo, incluye en el listado de competencias, indistintamente, tanto atribuciones como materias de competencia sectorial.

Las atribuciones son aquellas facultades inherentes al Gobierno Regional, tales como planificar el desarrollo integral de su región y ejecutar los programas socioeconómicos correspondientes (inciso a), formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil en su región (inciso b), aprobar su organización interna y su presupuesto institucional (inciso c), promover y ejecutar las inversiones públicas de ámbito regional (inciso d), concretar alianzas y acuerdos con otras regiones para el fomento del desarrollo (inciso i), dictar las normas sobre los asuntos y materias de su

responsabilidad, y proponer las iniciativas legislativas correspondientes (inciso III).

El mismo citado artículo 35 establece funciones de materias de competencia sectorial como competencias exclusivas de los Gobiernos Regionales. Sin embargo, la mayoría de estas corresponden a materias de competencia compartida, según la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Tal sería el caso del desarrollo de circuitos turísticos (inciso h); de administrar y adjudicar los terrenos urbanos y eriazos de propiedad del Estado en su jurisdicción (inciso j); de organizar y aprobar los expedientes técnicos sobre acciones de demarcación territorial (inciso k); de promover la modernización de la pequeña y mediana empresa regional, articuladas con las tareas de educación, empleo y a la actualización e innovación tecnológicas (inciso 1); y promover el uso sostenible de los recursos forestales y de biodiversidad (inciso II).

En el marco del desarrollo de las materias de competencia compartida, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales establece funciones específicas en materia de pequeña y microempresa (artículo 48), en materia ambiental y de ordenamiento territorial (artículo 53), de turismo (artículo 63) y de administración y adjudicación de terrenos de propiedad del Estado (artículo 62).

Varias de las llamadas competencias exclusivas por la Ley de Bases de la Descentralización -señaladas dos párrafos antes- son, en realidad, funciones al interior de materias de competencia sectoriales y compartidas.

En el año 2003 se han transferido de manera inmediata solo las atribuciones de los Gobiernos Regionales -ya indicadas en un párrafo precedente- y que también han sido llamadas -por la Ley de Bases de la Descentralización- competencias exclusivas.

Son competencias compartidas aquellas en las cuales participan dos o más niveles de gobierno. En este caso, se ejercen distintas funciones por diversos niveles de gobierno al interior de una materia de competencia. Generalmente, la función normativa y reguladora corresponde al gobierno nacional-que dicta una legislación nacional marco al interior de la cual se desarrollarán las acciones de los gobiernos subnacionales- y las demás funciones pueden ser ejercidas por otro nivel de gobierno subnacional o también el mismo nivel nacional de gobierno. La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales establece como funciones generales: la normativa y reguladora; el planeamiento; la administrativa y ejecutora; la promoción; y la supervisión, evaluación y control. Cada una de estas funciones puede ser ejercida por un nivel de gobierno distinto.

Por ejemplo, la educación es una competencia compartida. Según la Ley de Bases de la Descentralización, tanto el Gobierno Nacional como Regional y Local ejercen funciones en esta materia de competencia: el Gobierno Nacional regulará y los Gobiernos Regionales y Locales gestionarán los servicios educativos en su respectivo ámbito.

Son competencias delegables aquellas dadas por un nivel de gobierno a otro.

En este caso, las entidades territoriales delegadas ejercen la materia de competencia o función por el plazo de la delegación y la instancia delegan te sigue siendo el titular de la materia de competencia o función delegada.

La Ley de Bases de la Descentralización establece que el Poder Ejecutivo nacional puede delegar a los Gobiernos Regionales funciones de su competencia mediante convenios suscritos por ambas partes, sujetos a las capacidades de gestión requeridas para ello.

Por ejemplo, el Gobierno Nacional podría delegar en un Gobierno Regional la gestión de una infraestructura pública de carácter y alcance nacional (tal podría ser el caso de un aeropuerto de alcance nacional), materia que es una competencia exclusiva del Gobierno Nacional, según el inciso k) del artículo 26.1 de la Ley de Bases de la Descentralización.

La competencia (o función específica de una materia de competencia, según la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales) es transferida cuando una instancia de gobierno traslada una competencia propia a otra entidad territorial con carácter definitivo, otorgándole el ejercicio de tal función específica o materia de competencia.

La Ley de Bases de Descentralización establece cuáles son las competencias exclusivas y compartidas de los Gobiernos Regionales (artículos 35 y 36), derivadas de las competencias constitucionales. Estas últimas son tales porque corresponden a la Carta Política y son las que definen el marco competencial de los Gobiernos Regionales.

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales repite cuáles son las competencias constitucionales (artículo 9) y cuáles son las competencias exclusivas y compartidas (artículo 10) de los Gobiernos Regionales en la Ley de Bases de Descentralización.

La citada Ley Orgánica reconoce -en el inciso b) del artículo 45- las funciones generales de los Gobiernos Regionales y las define. Estas funciones generales son la función normativa y reguladora; la función de planeamiento; la función administrativa y ejecutora; función de promoción de las inversiones; y la función de supervisión, evaluación y control.

Esta Ley Orgánica de Gobiernos Regionales desarrolla las competencias compartidas y señala cuáles son las funciones específicas que ejercerán los Gobiernos Regionales -en el Capítulo II del Título IV, Funciones Específicas-, luego que sean transferidas, en cada una de las materias de competencia establecidas como compartidas por la Ley de Bases de Descentralización y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Asimismo, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales dispone -en su artículo 46- que las funciones específicas que ejercerán los Gobiernos Regionales se desarrollarán en el marco de las políticas regionales, las cuales se formularán en concordancia con las políticas nacionales sobre la respectiva materia de competencia.

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales reconoce las siguientes materias de competencia compartidas (dentro de las cuales se inscriben las funciones específicas que ejercerán los Gobiernos Regionales): educación, cultura, ciencia, tecnología, deporte y recreación; trabajo, promoción del empleo y la pequeña y microempresa; salud; población; agricultura; pesquería; ambiente y ordenamiento territorial; industria; comercio; transportes; telecomunicaciones; vivienda y saneamiento; energía, minas e hidrocarburos; desarrollo social e igualdad de oportunidades; defensa civil; administración y adjudicación de terrenos de propiedad del Estado; turismo; y artesanía.

DOCTRINA

CÉSPEDES ZA V ALETA, Adolfo. Derecho Regional: normatividad esencial del proceso de descentralización peruano. Jaime Campodónico editor. Lima, 2005; CONSEJO NACIONAL DE DESCENTRALIZACION. Plan Nacional de Descentralización 2003-2006. Grupo Propuesta Ciudadana. Lima, 2003; CONTERNO, Elena; DOIG, Sandra y BLANCO, Flor. Proceso de descentralización 2004: balance y recomendaciones para una agenda pendiente. Prodes. Lima, 2005; DEFENSORIA DEL PUEBLO. Descentralización y buen gobierno: sexto informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 2002-2003. Defensoría del Pueblo. Lima, 2003; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. La insistencia de la voluntad: el actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004). Defensoría del Pueblo. Lima, 2004; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. El sueño obcecado: la descentralización política en la América andina. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2001; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. La descentralización ficticia: Perú 1821-1998. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima, 1998.

Artículo 193

Régimen económico de los gobiernos regionales

Son bienes y rentas de los gobiernos regionales:

1. Los bienes muebles e inmuebles de su propiedad.
2. Las transferencias específicas que les asigne la Ley Anual de Presupuesto.
3. Los tributos creados por ley a su favor.
4. Los derechos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorguen, conforme a ley.
5. Los recursos asignados del Fondo de Compensación Regional, que tiene carácter redistributivo, conforme a ley.
6. Los recursos asignados por concepto de canon.
7. Los recursos provenientes de sus operaciones financieras, incluyendo aquellas que realicen con el aval del Estado, conforme a ley.
8. Los demás que determine la ley. (*)

(*) Texto según modificatoria efectuada por la Ley N° 27680, publicada el 07 de marzo de 2002

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 41, 66, 74, 76 a 78, 191 Y 192;
Ley 23853: arts. 90, 93 Y 94; Ley 27506;
D.Leg. 776: arts. 1 y ss.;
P.I.D.C.P.: arto 1.2;
P.I.D.E.S.C.: arts. 1.2, 25.

Johnny Zas Friz Burga (**)

(**) Los comentarios del presente documento se basan en el libro del autor: La insistencia de la voluntad El actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004). Defensoría del Pueblo. Lima, 2004.

Los principios específicos de la descentralización fiscal-establecidos en la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización- son: la determinación claramente definida de las competencias; la transparencia y la predictibilidad; la neutralidad en la transferencia de los recursos; los requisitos del endeudamiento externo; y las reglas de responsabilidad fiscal.

La determinación claramente definida de las competencias tiene el objetivo de evitar la yuxtaposición de las materias de competencia y funciones entre los distintos niveles de gobierno, de precisar las responsabilidades en la provisión de los servicios y facilitar la rendición de cuentas.

La transparencia y la predictibilidad plantean la necesidad de introducir mecanismos que sirvan para un mejor control por parte de la comunidad de la gestión fiscal de los gobiernos subnacionales, a través de prácticas transparentes, uniformes y predecibles.

La neutralidad en la transferencia de los recursos implica que toda transferencia de materias de competencia y funciones se hará conjuntamente

con los recursos asociados y requeridos por ellas, y que toda transferencia de recursos estará ligada necesariamente a una materia de competencia o función que también se transfiera.

En materia de endeudamiento público externo, esta es una competencia exclusiva del gobierno nacional y el endeudamiento público externo de los gobiernos subnacionales debe concordar con el límite del endeudamiento del sector público y las reglas de transparencia y prudencia fiscal. Esta es una limitación para los gobiernos subnacionales sustentada en la primacía de la política nacional en esta materia.

La Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales dispone -en su artículo 74- que los Gobiernos Regionales solo podrán celebrar operaciones de endeudamiento externo, emisión de bonos y titulación de cuentas, con aval o garantía del Estado, previa aprobación del Gobierno Nacional; y que las referidas operaciones deben sujetarse a los procedimientos y normas que regula la Ley del Sistema Nacional de Endeudamiento y a los límites establecidos en la Ley de Prudencia y Transparencia Fiscal y la norma que se emita sobre descentralización fiscal.

El principio de responsabilidad fiscal implica el establecimiento de reglas de endeudamiento y de límites en el incremento del gasto compatibles con las reglas de transparencia y prudencia fiscal para el gobierno nacional, para garantizar la sostenibilidad fiscal del proceso de descentralización. También se prohíbe que el gobierno nacional reconozca deudas contraídas por los gobiernos subnacionales. Este principio pretende evitar el incremento del déficit público por parte de las regiones y municipalidades, y que el gobierno nacional asuma tal déficit.

La Carta Política vigente no reconoce potestad tributaria a los Gobiernos Regionales.

Conforme a esta disposición constitucional, la Ley de Bases de Descentralización, en materia tributaria, señala que el Poder Ejecutivo Nacional propondrá al Congreso de la República -para su aprobación- aquellos tributos regionales cuya recaudación y administración será de cuenta directa de los Gobiernos Regionales.

En el Título VI -en el artículo 39- de la citada Ley, se regula el Fondo de Compensación Regional (FONCOR). Este, inicialmente, se conformará por los recursos financieros correspondientes a todos los proyectos de inversión de alcance regional a cargo del respectivo Consejo Transitorio de Administración Regional, y a todos los proyectos de inversión pública de alcance regional en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, presentes en su circunscripción; y a los recursos provenientes del proceso de privatización y concesiones, de acuerdo a lo establecido en la Tercera Disposición Complementaria de la Ley de Bases de la Descentralización.

La Ley de Bases de la Descentralización también dispone que el FONCOR se distribuye proporcionalmente entre todos los Gobiernos Regionales con criterios de equidad y compensación, considerando factores de pobreza, necesidades insatisfechas, ubicación fronteriza, población, aporte tributario al fisco e indicadores de desempeño en la ejecución de inversiones; y que el Ministerio de Economía y Finanzas con la opinión favorable del Consejo Nacional de Descentralización, aprueba los índices de distribución del FONCOR, previendo la transferencia de los recursos en la forma y plazos establecidos, bajo responsabilidad.

Asimismo, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales reitera -en su artículo 73- que el FONCOR forma parte de los recursos financieros destinados a los Gobiernos Regionales; que este Fondo se constituye inicialmente con el 30% de los recursos generados por la privatización y concesiones; y que los fondos son íntegramente utilizados para financiar proyectos de inversión regional que hayan cumplido con las normas establecidas por el Sistema Nacional de Inversión Pública.

En el Título VIII de la Ley de Bases de la Descentralización destaca la creación del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (PIDE), destinado a promover el financiamiento y cofinanciamiento de proyectos de desarrollo compartido entre los distintos niveles de gobierno, cuya administración estará a cargo del Consejo Nacional de Descentralización (artículo 53.1). El PIDE se constituirá, inicialmente, con los recursos provenientes del proceso de privatización y concesiones; conforme a lo establecido en la Tercera Disposición Complementaria de la Ley de Bases de la Descentralización.

La Tercera Disposición Complementaria de la Ley de Bases de la Descentralización establece los destinatarios y la distribución de los recursos de la privatización y de las concesiones: 30% corresponde al Fondo Intergubernamental para la Descentralización (PIDE) y otro 30% al Fondo de Compensación Regional (PONCOR).

La misma norma también establece -en su Tercera Disposición Complementaria- que no menos del 50% de los recursos asignados al PIDE y al FONCOR provenientes de cada proceso de privatización y concesiones, deberá destinarse al financiamiento de proyectos de inversión en beneficio de la población de la región donde se encuentra el activo o empresa materia del proceso de privatización o concesión.

El texto original de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales no desarrolló al PIDE. La Ley N° 27902 sí lo hizo. Esta Ley estableció -incorporando el artículo 73- , A en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y en concordancia con la Ley de Bases de la Descentralización- que el FIDE es administrado por el CND, que obtiene sus recursos del 30% de los fondos captados por el proceso de privatización, concesiones y otras modalidades contractuales vinculadas a la administración de activos de alcance nacional propiedad del Estado.

También se dispuso que el FIDE puede recibir fondos provenientes de cooperación no reembolsable y operaciones de endeudamiento que para tal fin

concrete el Gobierno Nacional; que sus recursos se destinarán a fomentar el desarrollo regional, la integración de las regiones y la realización de proyectos que involucren a varios niveles de gobierno.

Por último, se estableció que el FIDE es un fondo sostenible y concursable destinado exclusivamente al financiamiento y cofinanciamiento de proyectos; y que los criterios para el concurso se establecen en una normativa elaborada por el CND.

Mediante la Resolución Presidencial N° 150-CND-P-2003, el Consejo Nacional de Descentralización aprobó el Reglamento del PIDE, publicada el 8 de diciembre del año 2003.

La Ley de Bases de la Descentralización -en su artículo 37- reconoce los mismos bienes y rentas de los Gobiernos Regionales considerados en la Carta Política reformada y vigente. También precisa que son recursos de los Gobiernos Regionales sus ingresos propios.

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales -modificada por la Ley N° 27902 señala también -en el artículo 72- los recursos de los Gobiernos Regionales:

- a) Los señalados en la Ley de Bases de la Descentralización.
- b) Las empresas del Estado de alcance regional de su circunscripción que transferirá el Gobierno Nacional, en el marco de la jerarquización y la gradualidad establecidos en los artículos 45 inciso a) y 81 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.
- c) Los recursos financieros transferidos correspondientes a todos los proyectos de inversión de alcance regional a cargo del respectivo Consejo Transitorio de Administración Regional.
- d) Los recursos generados por los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones que otorgue el Gobierno Regional.
- e) Los proyectos de inversión pública en ejecución, de alcance regional, presentes en su circunscripción, que serán transferidos por el Gobierno Nacional en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, presentes en su circunscripción, en el marco de lo establecido en los artículos 45 inciso a) y 81 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.
- f) La Ley de Canon -Ley N° 27506- define a este, en su artículo 1, como la participación efectiva y adecuada de la que gozan los Gobiernos Regionales y Locales del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado por la explotación económica de los recursos naturales; y señala -en su artículo 2- como objeto de la Ley la determinación de los recursos naturales cuya explotación genera canon y regula su distribución en favor de los Gobiernos

Regionales y Gobiernos Locales de las zonas donde se exploten dichos recursos.

El artículo 4 de la citada Ley establece que la oportunidad de las transferencias del canon por las entidades encargadas de efectuar dichas transferencias a favor de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, será determinada mediante decreto supremo, tomando en consideración la periodicidad del pago de los ingresos y rentas que conforman el canon; y que el monto de las transferencias será depositado en cuentas especiales que para tal efecto se abrirán en el Banco de la Nación, bajo la denominación del canon correspondiente y la referencia del ingreso y/o renta respectivo, dentro del plazo máximo previsto en el Reglamento de la Ley de Canon, el mismo que precisará los procedimientos, formas de cálculo y transferencias, de la que serán informados los beneficiarios.

Con relación a la distribución del canon, la Ley de la materia -en su artículo 5, modificado por Ley N° 28322 del 10/08/2004- señala las siguientes reglas: la distribución del canon petrolero mantiene las condiciones actuales de distribución; y el canon será distribuido entre los Gobiernos Regionales y Locales de acuerdo a los índices de distribución que fije el :Ministerio de Economía y Finanzas en base a criterios de población y necesidades básicas insatisfechas. Su distribución es la siguiente:

- a) El diez por ciento (10%) del total de canon para los gobiernos locales de la municipalidad o municipalidades donde se explota el recurso natural.
- b) El veinticinco por ciento (25%) del total de canon para los gobiernos locales de las municipalidades distritales y provinciales donde se explota el recurso natural.
- c) El cuarenta por ciento (40%) del total de canon para los gobiernos locales del departamento o departamentos de las regiones donde se explota el recurso natural.
- d) El veinticinco por ciento (25%) del total de canon para los gobiernos regionales donde se explota el recurso natural.

El cien por ciento (100%) del monto a distribuir corresponde a lo generado por el canon en cada región o regiones en cuya circunscripción se explotan los recursos naturales.

Para efectos de la distribución señalada en los literales c) y d), la Municipalidad Metropolitana de Lima y el Gobierno Regional de Lima se excluirán mutuamente, conforme a lo dispuesto por la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. En el caso de la Provincia Constitucional del Callao el total recaudado a que se refiere el literal c) del numeral 5.2 se distribuirá entre las municipalidades distritales y provincial.

Con relación a la utilización del canon, la Ley de la materia establece -en su artículo 6- que el control y ejecución de los recursos correspondientes al canon, asignado a los Gobiernos Locales, está sujeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley de Canon; que los recursos que los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales reciban por concepto de canon serán utilizados exclusivamente para el financiamiento o cofinanciamiento de proyectos u obras de infraestructura de impacto regional y local, respectivamente, a cuyo efecto establecen una cuenta destinada a esta finalidad; que los Gobiernos Regionales entregarán el veinte por ciento (20%) del total percibido por canon a las universidades públicas de su circunscripción, destinado exclusivamente a la inversión en investigación científica y tecnológica que potencien el desarrollo regional; y que el canon petrolero mantiene las condiciones actuales de su ejecución.

El texto original de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales no incorporó un artículo sobre la atribución del Presidente de la República, de dictar medidas extraordinarias mediante decretos de urgencia -con fuerza de ley- en materia económica y financiera (inciso 19 del artículo 118 de la Carta Política), en los casos en los cuales se afectase gravemente la sostenibilidad fiscal y económica del proceso de descentralización por parte de los Gobiernos Regionales.

Este artículo, inicialmente, no fue aprobado, eliminándose así un mecanismo último para resolver cualquier crisis fiscal regional que pusiera en riesgo el proceso de descentralización mismo y la estabilidad macroeconómica del país.

La inclusión del artículo tenía como propósito hacer explícito este mecanismo para que en el futuro su uso -no solo sustentado en el texto de la Carta Política- no fuese discutido jurisdiccionalmente y para garantizar que tal uso solo sería procedente en el caso, extraordinario, de una grave crisis fiscal regional.

La Ley N° 27902 introdujo -a través de un nuevo artículo en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales- este mecanismo de aplicación de medidas temporales para situaciones extraordinarias en materia económica y financiera cuando se afecte gravemente la economía nacional y el proceso de descentralización.

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales también reconoce -en sus artículos 89 y 90, respectivamente.. otros mecanismos denominados de sostenibilidad fiscal del proceso de descentralización. La citada norma plantea que la Ley de Prudencia y Transparencia Fiscal (Ley N° 27245) establecerá los mecanismos de sostenibilidad fiscal del proceso de descentralización y que la reglamentación de estos mecanismos corresponderá al Ministerio de Economía y Finanzas, con opinión del Consejo Nacional de Descentralización (CND) en todo lo referente a los Gobiernos Regionales; así como también que la no observancia por dos años consecutivos de las reglas fiscales establecidas para los Gobiernos Regionales en la Ley de Prudencia y Transparencia Fiscal generará la suspensión temporal a las transferencias del PIDE y FONCOR, siendo esta suspensión por un máximo de 90 días y requiriendo el voto aprobatorio de los dos tercios (2/3) de los integrantes del CND.

La Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales dispuso que, en concordancia con el artículo 38 de la Ley de Bases de la Descentralización, el Poder Ejecutivo debía -dentro de los 180 días de vigencia de la citada Ley Orgánica- presentar al Congreso de la República el proyecto de Ley de Descentralización Fiscal, el mismo que debía considerar los tributos regionales cuya recaudación y administración serían de cuenta directa de los Gobiernos Regionales, como parte de una propuesta integral de reforma tributaria.

(...) Ley que delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia tributaria, Ley N° 28079, otorgó en el inciso 16 de su artículo 1la facultad de "dictar normas que permitan la descentralización fiscal y normas que permitan hacer más eficiente la recaudación y administración de tributos municipales, sin que ello implique incrementar las tasas máximas de los impuestos".

En el marco de estas facultades delegadas, se dictó el Decreto Legislativo de Descentralización Fiscal, Decreto Legislativo N° 955.

El citado decreto legislativo establece los objetivos de la norma: regular la asignación de recursos de los Gobiernos Regionales y Locales, establecer mecanismos de gestión e incentivos al esfuerzo fiscal, implementar reglas de responsabilidad fiscal y -conforme al artículo 190 de la Carta Política reformada y vigente- estimular el proceso de integración territorial para conformar regiones competitivas y sostenibles; y, esencialmente, reitera los principios de descentralización fiscal presentes en la Ley de Bases de la Descentralización: no duplicidad de funciones, neutralidad en la transferencia de los recursos, gradualidad, transparencia y predictibilidad, responsabilidad' fiscal y equidad.

El decreto legislativo objeto de análisis establece -en el marco de la gradualidad del proceso de descentralización y conforme al artículo 190 de la Carta Política reformada y vigente- dos etapas, en materia de la asignación de los ingresos provenientes de transferencias, tributos nacionales y Fondo de Compensación Regional (FON. COR). Estas etapas son las siguientes:

a) Primera Etapa: Transferencias presupuestales y asignación de los recursos del FONCOR.

b) Segunda Etapa: Transferencias presupuestales, asignación de los recursos efectivamente recaudados en cada región por determinados impuestos del Gobierno Nacional, incentivos al esfuerzo fiscal y celebración de convenios de cooperación interinstitucional.

Conforme al principio de "Neutralidad en la Transferencia de los Recursos" -o de neutralidad fiscal-, la norma señala que los ingresos que se asignen en cada una de las etapas corresponderán a la materias de competencia y funciones que irán asumiendo los Gobiernos Regionales. Para ello, se estimarán las necesidades de financiamiento y en función de ellas, el Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con el Consejo Nacional de Descentralización, "determinará la aplicación de las reglas de la Etapa correspondiente".

El Decreto Legislativo también dispone que en la segunda Etapa se asignarán como ingresos de cada región los recursos efectivamente recaudados en ellas por determinados impuestos del Gobierno Nacional, así como -de ser el caso- transferencias complementarias.

Con relación a la primera Etapa, se establece que esta comprende las transferencias presupuestales realizadas por el Gobierno Nacional a favor de los Gobiernos Regionales y la asignación de los recursos del FONCOR, en función del cronograma de transferencias de los fondos y proyectos sociales, programas sociales de lucha contra la pobreza y proyectos de inversión en infraestructura productiva de alcance regional; que las transferencias se asignarán, conforme a lo dispuesto por la Quinta Disposición Transitoria de la Ley de Bases de la Descentralización¹²⁸⁴ y la Ley de Presupuesto del Sector Público; que el monto de la transferencia corresponderá al gasto que irroguen los proyectos y programas a transferir; que el FONCOR también se [mancia con los montos que señale la Ley de Presupuesto del Sector Público -además de los señalados en el numeral 39.1 del artículo 39 de la Ley de Bases de la Descentralización¹²⁸⁵-; y que si los Gobiernos Regionales logran un saldo de balance en los recursos asignados, tendrán la posibilidad de destinar el importe de dicho saldo, en el ejercicio presupuestal siguiente, a proyectos de inversión y al mantenimiento de las obras de inversión.

Con relación a la segunda Etapa, se establece que para ingresar a esta Etapa deben encontrarse vigentes las Leyes del Sistema Nacional de Acreditación y

¹²⁸⁴ El texto de la Quinta Disposición Transitoria de la Ley de Bases de la Descentralización es el siguiente:

"Las transferencias de funciones, programas y organismos del gobierno nacional hacia los Gobiernos Regionales y locales, comprenden el personal, acervo documentario y los recursos presupuestales correspondientes, que se encuentren directamente vinculados al ejercicio o desarrollo de las funciones o servicios transferidos, incluyendo la titularidad y dominio de los bienes correspondientes. Las transferencias de recursos serán aprobadas por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Dichas transferencias alcanzan a los Consejos Transitorios de Administración Regional, Ministerios, Organismos Públicos Descentralizados, Proyectos Especiales y demás organismos y programas que desarrollan actividades y prestan servicios en el ámbito de las regiones y municipalidades.

El Consejo Nacional de Descentralización en coordinación con cada uno de los sectores del Poder Ejecutivo, tiene a su cargo las transferencias antes señaladas hasta su formalización definitiva mediante la suscripción de actas de entrega y recepción, conforme a las etapas del proceso de descentralización que precisa la presente Ley.

El ordenamiento y saneamiento de los activos, pasivos y patrimonio estará a cargo de cada CTAR y del respectivo gobierno regional en su oportunidad. La Superintendencia de Bienes Nacionales les brinda el apoyo correspondiente".

¹²⁸⁵ El inciso 39.1 del artículo 39 establece que:

"a) Los recursos financieros correspondientes a todos los proyectos de inversión de alcance regional a cargo del respectivo Consejo Transitorio de Administración Regional, y a todos los proyectos de inversión pública de alcance regional en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, presentes en su circunscripción, conforme al principio de neutralidad y responsabilidad fiscal, con criterios de equidad y compensación considerando factores de pobreza.

b) Los recursos provenientes del proceso de privatización y concesiones, de acuerdo a lo establecido en la Tercera Disposición Complementaria de la presente Ley".

de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones y sus respectivos reglamentos, así como haberse conformado las regiones, de conformidad con el artículo 29 de la Ley de Bases de la Descentralización; que el ingreso a y la evaluación de la Segunda Etapa será competencia del :Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con el Consejo Nacional de Descentralización; que una región inicia esta Etapa cumpliendo los requisitos establecidos en la Ley del Sistema Nacional de Acreditación y habiendo "alcanzado los objetivos y metas de las competencias transferidas"; y que la Municipalidad Metropolitana de Lima y el Gobierno Regional del Callao están excluidos, en materia de asignación de ingresos, de la segunda Etapa¹²⁸⁶.

En la segunda Etapa se asignarán a cada región los recursos efectivamente recaudados por los siguientes impuestos del Gobierno Nacional: el Impuesto General a las Ventas (IGV), sin comprender el Impuesto de Promoción Municipal (IPM); el Impuesto Selectivo al Consumo; y el Impuesto a la Renta de Personas Naturales, correspondientes a rentas de primera, segunda, cuarta y quinta categorías. Las regiones -constituidas de acuerdo con un proceso de integración, de conformidad con el artículo 29 de la Ley de Bases de la Descentralización- tendrán una asignación del cincuenta por ciento (50%) de la recaudación de los impuestos internos nacionales señalados.

El decreto legislativo también prevé el otorgamiento de transferencias complementarias. Estas serán dadas por el Gobierno Nacional en favor de las regiones para cubrir la diferencia existente entre los gastos rígidos e ineludibles previstos en el Presupuesto Institucional de dicho nivel de Gobierno, y los recursos efectivamente recaudados en cada región por los impuestos -ya señalados- del Gobierno Nacional, así como los recursos comprendidos en los incisos a), c), d), e), f) y h) del artículo 37 de la Ley de Bases de la Descentralización¹²⁸⁷.

El citado decreto legislativo también dispone que la menor recaudación obtenida en la región respecto de las metas, podrá motivar las transferencias complementarias, "siempre que existan factores externos o atípicos que no resultan factibles de ser neutralizados con la máxima capacidad o potencialidad

¹²⁸⁶ La Octava Disposición Transitoria, Complementaria y Final del Decreto Legislativo N° 955 establece que, mediante Decreto Supremo aprobado con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se establecerá la inclusión del Gobierno Regional del Callao en la Segunda Etapa, sujeto a las condiciones y requisitos que se establezcan en dicha norma y a las reglas generales previstas en el Decreto Legislativo de Descentralización Fiscal.

¹²⁸⁷ El artículo 37 establece que son bienes y rentas regionales los siguientes: a. Los bienes muebles e inmuebles de su propiedad; b. Las asignaciones y transferencias específicas para su funcionamiento, que se establezcan en la Ley Anual de Presupuesto; c. Los tributos creados por Ley a su favor; d. Los derechos económicos que generen por las privatizaciones y concesiones que otorguen, y aquellos que perciban del gobierno nacional por el mismo concepto; e. Los recursos asignados del Fondo de Compensación Regional; f. Los recursos asignados por concepto de canon; g. El producto de sus operaciones financieras y las de crédito interno concertadas con cargo a su patrimonio propio. Las operaciones de crédito externo requieren el aval o garantía del Estado, y se sujetan a la ley de endeudamiento público; y h. Sus ingresos propios y otros que determine la ley.

de gestión de la región"; define los gastos rígidos e ineludibles¹²⁸⁸; y establece la determinación de un monto máximo de transferencia complementaria¹²⁸⁹.

En materia de esfuerzo fiscal, este se define¹²⁹⁰ y se señala que "las mejoras sostenidas en el esfuerzo fiscal obtenidas en mérito a acciones de cada región -debidamente

El artículo 20 señala que: "Se entiende por esfuerzo fiscal de las Regiones la relación existente entre la recaudación obtenida y las metas de recaudación establecidas, desagregadas por Regiones.

Mediante Decreto Supremo se establecerá la metodología para el cálculo anual de las metas de recaudación establecidas que será utilizada por la SUNAT'. acreditadas por la SUNAT- serán objeto de incentivos otorgados por el Gobierno Nacional¹²⁹¹.

En materia de recaudación, la segunda Etapa también comprende la cooperación de la región con la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) en el cumplimiento de las funciones de esta sobre los impuestos antes citados, pues la SUNAT será el ente encargado de recaudar y cuantificar la recaudación obtenida en cada región.

Con relación a los Convenios de Cooperación Interinstitucional, las Regiones deberán suscribirse con la SUNAT. Estos convenios podrán versar sobre el intercambio de información, los esfuerzos conjuntos para la fiscalización de las obligaciones tributarias de los deudores tributarios y el desarrollo de la conciencia tributaria a través de labores de orientación. Asimismo, las regiones podrán proponer al Gobierno Nacional metas en la recaudación de los

¹²⁸⁸ El inciso 19.3 del artículo 19 establece que: "Los gastos rígidos e ineludibles para efecto de las transferencias complementarias no comprenderán reajustes en planillas. Asimismo, no se considerarán los incrementos en las asignaciones, bonificaciones y beneficios de toda índole, o el otorgamiento de nuevos conceptos de similar naturaleza

¹²⁸⁹ Del mismo modo, no se consideran como gasto rígido e ineludible los reajustes en subvenciones, transferencias y donaciones, respecto de los montos autorizados en la Ley de Presupuesto del Sector Público, así como nuevas subvenciones, transferencias y donaciones".

¹²⁹⁰ El inciso 19.4 del artículo 19 establece que: "El monto máximo de transferencia complementaria se establece en la Ley de Presupuesto del Sector Público, en el marco de la Ley de Responsabilidad y Transparencia Fiscal y en estricto cumplimiento del Marco Macroeconómico Multianual vigente".

¹²⁹¹ El artículo 21 establece que: "Los recursos obtenidos por las Regiones por dicho esfuerzo deberán destinarse, como saldo para el ejercicio presupuestado siguiente, a proyectos de inversión y al mantenimiento de las obras de inversión según las normas que regulan la materia. Se entiende por acciones de la Región a aquellas de carácter educativo, de información, administrativo u otras de índole similar, en el marco de los Convenios de Cooperación Interinstitucional que se suscriban y que tengan como efecto un incremento de la recaudación tributaria. Los incentivos que otorgue el

Gobierno Nacional deberán tener en cuenta la disparidad de las realidades económicas, de las , potencialidades recaudatorias y de las capacidades fiscales de cada Región".

Asimismo, la Séptima Disposición Transitoria, Complementaria y Final del Decreto Legislativo establece que los incentivos al esfuerzo fiscal podrán ser implementados en la Primera Etapa, según los criterios y alcances que contemple el Reglamento.

impuestos nacionales internos asignados a la región y modificaciones generales a las normas que regulan los impuestos nacionales internos.

En materia de tasas y contribuciones regionales, el Decreto Legislativo de Descentralización Fiscal dispone que los Gobiernos Regionales podrán proponer directamente al Congreso de la República, la creación de tasas y contribuciones destinadas a financiar las obras públicas o los servicios públicos que sean de su competencia; que la administración de las tasas y contribuciones regionales será de competencia de los Gobiernos Regionales; y que estos podrán suscribir convenios de cooperación interinstitucional con la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) a los efectos de mejorar su capacidad de recaudación.

Con relación al endeudamiento y las reglas fiscales, el decreto legislativo define el endeudamiento; reitera el actual marco normativo aplicable al endeudamiento; considera como destino de este -por operaciones de endeudamiento externo o interno realizadas por Gobiernos Regionales y Locales- única y exclusivamente el financiamiento de proyectos de inversión pública y que nunca se podrán destinar los recursos del endeudamiento al pago del gasto corriente; señala que la determinación de la capacidad de pago por parte del Gobierno Nacional respecto de los Gobiernos Regionales y Locales se efectuará mediante el análisis de la situación fiscal de estos de acuerdo a la legislación de la materia¹²⁹²; y considera límites al endeudamiento de corto plazo y al concertado sin garantía del Gobierno Nacional.

En materia de gasto, se establece también un límite al gasto no financiero y se prohíbe -durante el último año de gestión- efectuar cualquier tipo de gasto corriente que implique compromisos de pago posteriores a la [malización de la administración, exceptuándose los casos de jubilación de trabajadores.

Por último, el decreto legislativo de Descentralización Fiscal regula el contenido de los Informes Multianuales de Gestión Fiscal que deberán elaborar los Gobiernos Regionales y Locales, así como de los Informes Trimestrales -que también deberán presentar Gobiernos Regionales y Locales- donde se evalúe la ejecución del trimestre respecto de las proyecciones y -de ser el caso- de las medidas de ajuste que garanticen el cumplimiento de las metas anuales.

DOCTRINA

CÉSPEDES ZA V ALETA, Adolfo. Derecho Regional: normatividad esencial del proceso de descentralización peruano. Jaime Campodónico editor. Lima, 2005; CONSEJO NACIONAL DE DESCENTRALIZACION. Plan Nacional de Descentralización 2003-2006. Grupo Propuesta Ciudadana. Lima, 2003; CONTERNO, Elena; DOIG, Sandra y BLANCO, Flor. Proceso de descentralización 2004: balance y recomendaciones para una agenda pendiente. Prodes. Lima, 2005;

¹²⁹² Estas Leyes son las siguientes: Ley General de Endeudamiento del Sector Público, Ley de Endeudamiento del Sector Público, Ley de Presupuesto del Sector Público y Ley de Responsabilidad y Transparencia Fiscal

DEFENSORIA DEL PUEBLO. Descentralización y buen gobierno: sexto informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 2002-2003. Defensoría del Pueblo. Lima, 2003; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. La insistencia de la voluntad: el actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004). Defensoría del Pueblo. Lima, 2004; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. El sueño obcecado: la descentralización política en la América andina. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2001; ZAS FRIZ BURGA, Johnny. La descentralización ficticia: Perú 1821-1998. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima, 1998.

Artículo 194

Gobiernos locales

Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley. .

La estructura orgánica del gobierno local la conforman el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador y la Alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la ley.

Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un período de cuatro (4) años. Pueden ser reelegidos.

Su mandato es revocable, conforme a ley, e irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución.

Para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, miembro del Parlamento Nacional o Presidente del Gobierno Regional; los Alcaldes deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva (*)

(*) Texto del artículo según modificatoria efectuada por la Ley N° 28607, publicada el 04 de octubre de 2005.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 32 inc 3), 39, 107,176, 195 al 199 Y 203 inc. 6);

Ley 23853: arts. 125,126;

Ley 26300: arts. 20 y ss.;

Ley 27972;

C.A.D.H.: arts. 23.1.a, 23.1.b;

D.D.D.H.: arto 21;

P.I.D.C.P.: arts. 25.a, 25.b

Hildebrando Castro-Pozo Díaz

1. Uniformismo y diversidad

Nos referiremos brevemente al sello uniformista que preside este artículo. La referencia primera de su texto está orientada a "las municipalidades provinciales y distritales" como órganos de gobierno local, con exclusión expresa de las municipalidades de centros poblados, que "son creadas conforme a ley" (corrigiendo o enmendando así el artículo 189, en el que se sostiene lo contrario).

Este criterio uniformista del texto comentado difiere de la moderna legislación que en Iberoamérica adquiere y adopta regímenes locales que responden y son flexibles a la diversidad o en los que se estudia y discute diversas propuestas respecto a la topología de municipios. El tratamiento diferenciado de los municipios es un tema recurrente en el Derecho Constitucional y el Derecho Municipal.

El Derecho Constitucional comparado a todas luces supera el nuestro. Así, desde el año 1949 la Constitución alemana estableció para los espacios demográficos y económicos continuos y delimitados "una adscripción regional única". El artículo 243 de la Constitución de la India regula sobre los Comités Metropolitanos de Planificación de áreas metropolitanas. El artículo 25 de la Constitución de Brasil establece que los Estados podrán, mediante ley, instituir regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas para integrar la organización, el planeamiento y la ejecución de funciones públicas de interés común. El artículo 319 de la Constitución de Colombia y el artículo 171 de la Constitución de Venezuela reconocen las áreas metropolitanas y postulan modelos de gobierno distintos al del régimen municipal. Lo mismo sucede en las Constituciones de Argentina y México.

En México, la reforma municipal tiene en su agenda un análisis riguroso y autocrítico de la visión "generalista" que ignoró la diversidad del municipio mexicano.

Las propuestas en curso buscan trascender la visión uniformista del municipio hacia un nivel mayor de especificidad de las propuestas que tengan en cuenta la heterogeneidad, dado que se reconoce que las propuestas de reforma válidas para un municipio rural no lo son para una gran metrópoli. Asimismo, en España, la Ley 57/2003 de diciembre de 2003, expresamente recusa el uniformismo que configuró un modelo orgánico similar para todos los municipios y aprueba la modernización del régimen de las "grandes ciudades".

En nuestro país aún no tenemos conciencia de la diversidad de particularidades que presentan nuestros municipios, lo que indudablemente impacta directamente sobre el asunto de las competencias, las rentas y la estructura organizativa correspondiente. Se olvida que nuestro país es diverso y que nuestras ciudades y centros poblados no son iguales para que todos ellos se regulen uniformemente.

2. Municipalidad y gobierno local

La Administración Pública tiene como elemento consustancial su personería jurídica. Por eso, cuando este artículo constitucional refiere que las "municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local" relaciona correctamente la personificación jurídica que tienen nuestras municipalidades con las exigencias de gobierno descentralizado del nivel municipal y de configurar municipalidades aptas y dispuestas a gobernar democráticamente, abriendo cauces e instancias para que las organizaciones e instituciones representativas de la población participen de la gestión y los asuntos locales.

Esta disposición tiene como precedentes el artículo 252 de la Constitución de 1979 que sancionó que las municipalidades son órganos del gobierno local y el artículo 2 de la derogada Ley Orgánica de Municipalidades N° 23853, que reiteró que la "municipalidad es el órgano de gobierno local, que emana de la voluntad popular", añadiendo, seguidamente que (las municipalidades) "son personas jurídicas de derecho público con autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia".

La doctrina y la legislación comparada son firmes respecto a que el municipio está definido por tres elementos: territorio, población y organización de gobierno, que se denomina históricamente "municipalidad"¹²⁹³.

Por su parte, la ley municipal de Bolivia conceptualiza acertadamente el municipio y la municipalidad. Así el artículo 3 de la Ley de Municipalidades define al municipio como la "unidad territorial, política y administrativamente organizada" que es base "del ordenamiento territorial del Estado", y a la municipalidad como la "entidad autónoma de derecho público" que representa al municipio.

El concepto de gobierno local no es igual al territorio distrital o provincial (municipio) ni tampoco a la entidad pública que personifica su gobierno (municipalidad). El concepto de gobierno local es uno que pone de manifiesto un estadio del autogobierno ciudadano y releva una forma de gobierno con la sociedad civil local.

Y erran por ello los legisladores, funcionarios y servidores de los ministerios, cuando en diversos proyectos de leyes y reglamentos, denominan "gobiernos locales" a las municipalidades. Este tipo de error, lamentablemente, impregna la nueva Ley Orgánica de Municipalidades, que a lo largo de todo su texto utiliza inapropiadamente el término "gobierno local"¹²⁹⁴. Grave error que seguramente será enmendado oportunamente.

3. Autonomía local

El texto constitucional, asimismo, instituye que las municipalidades tienen "autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia".

¿Qué es y en qué consiste la autonomía local? y ¿cuáles son los alcances de las autonomías, política, económica y administrativa que la Constitución atribuye a las municipalidades?

En cuanto a la autonomía local, diremos que la misma configura su contenido nuclear en la propia Constitución cuando en esta se asigna a las municipalidades la condición de "órganos de gobierno local", cuando se establece que las autoridades locales se eligen mediante sufragio directo; cuando se dice adscribir a favor de ellas las competencias y atribuciones para promover el desarrollo y la economía local, la aprobación de normas de su competencia; la reglamentación y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad (artículo 195). En fin, cuando en la Constitución se asigna a las municipalidades bienes y rentas (artículo 196) e igualmente cuando se les encarga promover y reglamentar la participación vecinal (artículo 197).

¹²⁹³ Ver GARCÍA CALDERÓN, Francisco. Diccionario de la legislación peruana. 2ª edición. Librería De Laroque Jeune 1, Quai Voltaire. Paris, 1879; ALZAMORA V ALDEZ, Mario. Derecho Municipal, Lima, 1985, p. 9; MARAGALL, Pasqual. ¿Qué eran? Los Ayuntamientos ¿Qué son? Ediciones Destino

¹²⁹⁴ España, 1997, p. 32. , Así, por ejemplo, en el artículo 1 del Título Preliminar se dice: "Los gobiernos locales son entidades básicas de la organización territorial del Estado" (Sic). °, en el artículo II del mismo Título Preliminar: "Los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa", etc

El maestro Mario Alzamora Valdez añade acertadamente a las ya referidas, la garantía de que "solo judicialmente pueden cuestionarse los actos de sus autoridades".

La autonomía local no es, pues, un concepto abstracto y sin contenido, librado a la interpretación de los gobernantes y servidores públicos de turno. La autonomía local tiene como sus componentes esenciales y fundamentales el origen democrático de las autoridades locales, los poderes y la facultad normativa, las competencias y las atribuciones; los bienes y los recursos suficientes para la adecuada gestión y el desarrollo local; y, asimismo, la garantía que sus disposiciones, por principio general y con excepción de los casos de competencias concurrentes y donde prima el interés general (por ejemplo, el caso de los bienes culturales o la protección ambiental), solamente son recurribles ante los tribunales judiciales o constitucionales competentes.

En este mismo sentido Brandes Sánchez-Cruzat¹²⁹⁵ señala que el contenido nuclear de la autonomía local integra el principio de autogobierno; la existencia de la administración autónoma; la atribución del ámbito competencial adecuado para la gestión de sus intereses; el principio de suficiencia de la hacienda local, y la ausencia de relaciones de dependencia o tutela en la presencia de controles de oportunidad en el ejercicio de sus competencias propias respecto de otras administraciones públicas.

En nuestro país, a lo largo de la historia republicana, la autonomía municipal fue permanentemente cuestionada y regateada por el centralismo imperante. La Constitución de 1839 llega incluso a suprimir las municipalidades y en su reemplazo instituyó a los prefectos y subprefectos. En efecto, en el Perú la autonomía local no pudo existir ni desarrollarse hasta antes que entrara en vigencia la Constitución de 1979, pues hasta entonces las municipalidades eran meras dependencias controladas por la Dirección General del Ministerio de Gobierno, donde la modificación de talo cual arbitrio debía ser consultada y sometida a la aprobación del Poder Ejecutivo.

En cuanto a la autonomía, política, económica y administrativa que este artículo de la Constitución atribuye a las municipalidades, no existe en su texto ni en los artículos ulteriores, desarrollo ni conceptualización de sus contenidos y alcances. Las autonomías política, económica y administrativa de las municipalidades tampoco tienen desarrollo ni la respectiva organización en la actual Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972 de mayo de 2003.

El artículo 9 de la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783, define dichas autonomías en los siguientes términos: "9.1. Autonomía política: es la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que le son inherentes. 9.2.

¹²⁹⁵ BRANDES SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. La autonomía local en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional En: "La autonomía local. Análisis jurisprudencial". Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 29; ALZAMORA V ALDEZ, Mario. Bases para una legislación municipal Editorial Universitaria, Lima, 1966, p. XVII.

Autonomía administrativa: es la facultad de organizarse internamente, determinar y reglamentar los servicios públicos de su responsabilidad. 9.3. Autonomía económica: es la facultad de crear, recaudar y administrar sus rentas e ingresos propios y aprobar sus presupuestos institucionales conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las Leyes Anuales de Presupuesto. Su ejercicio supone reconocer el derecho a percibir los recursos que les asigne el Estado para el cumplimiento de sus funciones y competencias".

La autonomía política de las municipalidades, por 10 menos, comprende: i) La facultad para autonormarse en las materias de competencia local mediante ordenanzas y la de complementar las normas de alcance nacional; ii) la facultad de autoorganizarse, a partir de su propia realidad y de las prioridades y planes que determine ejecutar; iii) la defensa de su autonomía en casos de conflictos de competencia; y iv) el derecho de formular iniciativas legislativas en materias de competencia local.

La autonomía económica comprendería: i) la capacidad de las municipalidades para aprobar y ejecutar su presupuesto y sus planes de desarrollo; ii) la capacidad para administrar y disponer de sus bienes y rentas; y iii) el ejercicio de la potestad tributaria local para crear y modificar sus tasas, arbitrios y derechos.

La autonomía administrativa abarcaría de manera general: i) la capacidad de organizar, gestionar, otorgar en concesión y supervisar la prestación de los servicios públicos locales; ii) la capacidad para resolver directamente todo asunto de carácter administrativo de su competencia y ejecutar sus propias decisiones; iii) la capacidad de hacer cumplir sus propias normas, disposiciones y decisiones con el auxilio de la fuerza pública; y iv) la capacidad de regular su estructura orgánica, de personal y de sus empresas.

La autonomía local constitucional obliga que las leyes y los reglamentos aprendan a coexistir y articularse con la misma; y a su vez, que los ordenamientos municipales respeten y operen dentro del ordenamiento jurídico nacional, sin que por ello dejen de atender de manera concienzuda la diversidad que tiene el territorio y la población nacional. La competencia será el instrumento que guiará cada una de las actuaciones. Cuando nuestro país vuelva a ser planificado, las políticas y los planes también serán importantes instrumentos que orientarán las actuaciones de los distintos niveles de gobierno.

En cuanto a las competencias concurrentes, la autonomía local obliga que las leyes y los reglamentos nacionales reconozcan que no tienen como único destinatario a una parte de la Administración Pública (Gobierno Central), sino a un conjunto de entidades, gobiernos territoriales y a la sociedad civil. y, además, que si bien deben existir disposiciones generales también debe existir la posibilidad de tratamientos diferenciados, por razones sociales, geográficas, culturales, etc.

4. Elección y revocatoria de autoridades locales

Respecto a las normas constitucionales sobre elección, plazos y prerrogativas de las autoridades locales, los últimos años hemos tenido diversas modificaciones.

Así, la Constitución de 1979 no fijó el período de mandato de los alcaldes y regidores que fue establecido en el artículo 19 de la Ley N° 23853, reiterando el período de tres años establecido por el artículo 7 de la Ley N° 14669. Luego, el artículo 191 de la Constitución de 1993 fijó en cinco (5) años el período de mandato irrenunciable de los alcaldes y regidores¹²⁹⁶, pudiendo ser reelectos y revocados. Posteriormente, con la reforma constitucional aprobada por Ley N° 27680 de marzo del 2002, el período del mandato de los alcaldes y regidores se fijó en cuatro (4) años, manteniéndose la reelección, la revocación y también la irrenunciabilidad.

En octubre último, mediante Ley N° 28607 se aprobó otra reforma constitucional¹²⁹⁷ que modifica los artículos 91, 191 Y 194 de la Constitución, a fin de que tanto los presidentes regionales (la Constitución se refiere a las autoridades regionales) y los alcaldes, renuncien a sus cargos seis (6) meses antes de la elección para poder postular al Congreso, la Presidencia o la Vicepresidencia de la República, resquebrajando así la irrenunciabilidad de sus cargos.

Disiento del sentido de esta disposición que consagra evidentes reglas electorales discriminatorias y antitécnicas, que favorecen y privilegian los apetitos reeleccionistas de los actuales congresistas y de los viejos caudillos de los partidos tradicionales; sin embargo, habrá de reconocerse que frente al nuevo texto constitucional no caben interpretaciones valederas en el sentido de que podría optarse por pedir licencia temporal al Concejo Municipal respectivo conforme a los artículos 9 y 22 inc. 2) de la Ley Orgánica de Municipalidades, N° 27972, Y así evadir la renuncia que exige el nuevo texto constitucional. A partir de ahora, los alcaldes electos para poder postular al Congreso de la República o a la Presidencia de la República, tienen que renunciar a su cargo seis (6) meses antes de la fecha de las elecciones. Tómese nota de que el texto de la última reforma no alcanza a los regidores que decidan postular a congresistas u otros cargos.

La última reforma constitucional que obliga a las autoridades regionales y a los alcaldes a renunciar a sus cargos seis (6) meses antes de la elección para poder postular al Congreso, la Presidencia o la Vicepresidencia de la República, ni siquiera concuerda ese plazo de seis (6) meses con el cronograma electoral y las normas especiales que sobre elecciones internas establece el artículo 22 de la Ley N° 28094, Ley de Partidos Políticos¹²⁹⁸. Existe

¹²⁹⁶ La Quinta Disposición Final de esa Constitución dispuso que ese mandato de cinco (5) años era progresivo en las futuras elecciones municipales: primero de tres años y luego de cuatro años.

¹²⁹⁷ Ley que ha sido denominada como "Ley del embudo" por la Presidenta de la Comisión de Gobiernos Locales del Congreso de la República.

¹²⁹⁸ El artículo 22 de la Ley de Partidos Políticos prescribe que las elecciones internas de candidatos a cargos de elección popular se realizan entre los 210 Y 180 días calendario anteriores a la fecha de la elección.

al respecto un evidente desfase que al parecer no ha sido debidamente razonado ni tenido en cuenta por los congresistas reformadores.

La irrenunciabilidad del cargo de alcalde ha sido abierta peligrosamente. Baste recordar los sonados conflictos ocurridos hace poco en el sur del país (llave en Puno), que pusieron en evidencia la debilidad y la precariedad de las administraciones municipales y de las autoridades locales. Este problema se origina no solamente en la debilidad estructural de los partidos políticos, la crisis institucional municipal, la extensión del plazo de gobierno de alcaldes y regidores, de tres a cuatro años, el creciente abstencionismo ciudadano, sino inclusive en las propias deficiencias de la legislación electoral municipal que admite la elección y la proclamación de autoridades locales sin mayoría política ciudadana. Así, el artículo 23 de la Ley de Elecciones Municipales, Ley N° 26864, admite la proclamación de la lista que "obtenga la votación más alta" sin exigencia de un porcentaje mínimo y razonable del total de sufragantes. Por eso hemos tenido en los últimos años en el país autoridades locales electas con el 18 o 20% del electorado de sus respectivas circunscripciones. A todas estas manifestaciones, la reciente reforma constitucional de este artículo añade la supresión de la irrenunciabilidad de los alcaldes, todo lo cual puede generar una creciente inestabilidad de los gobiernos territoriales municipales y también de los regionales.

La precariedad estructural de las municipalidades así configurada aparece claramente como una expresión más del sistema político peruano, afectado por el viejo y persistente centralismo que las considera instituciones de segundo orden para la función gubernamental.

Dada la debilidad de la aún bisoña democracia local en nuestro país¹²⁹⁹, debe repararse en la necesidad de reconocer a las autoridades locales las prerrogativas, las garantías y la protección necesarias para el desempeño adecuado de sus cargos. Nuestro ordenamiento jurídico erróneamente y de a poco (por reforma constitucional y desarrollo legislativo), ha creado un verdadero sistema de controles a los cargos de alcaldes y regidores, (vacancia, suspensión de cargos, rendición de cuentas, revocatoria, etc.), distinguiéndolos nítidamente de los aplicables a otros cargos de elección popular. En cambio, los congresistas tienen para sí inmunidad, irrenunciabilidad y pese al mandato del artículo 31 constitucional tampoco pueden ser revocados, lo que desde nuestro punto de vista no es compatible con los principios que deben informar la organización de un sistema esencialmente democrático, unitario y descentralizado.

Es preciso, por ello, que se establezcan y desarrollen las garantías para el normal desempeño de cientos de concejos municipales provinciales y distritales de manera que exista el adecuado balance de los controles con las garantías y el debido proceso, pues actualmente se han privilegiado y acentuado los primeros.

¹²⁹⁹ Por culpa del centralismo, el gamonalismo y las dictaduras de turno, desde que la Constitución de 1834 suprimió las municipalidades, durante la mayoría de la etapa republicana no hemos tenido elecciones para alcaldes y regidores. Las ocasiones en que hubieron elecciones municipales son especies de islas históricas, y luego se retornan a partir del año 1963 en que se promulgó la Ley N° 14669

Considero apropiada y necesaria una reforma que enmienda los errores ya aprobados, y para que se establezca que los alcaldes y regidores sean electos por sufragio directo, por un periodo de tres (3) años, con expresa indicación que deba irse necesariamente a una segunda vuelta en las elecciones municipales cuando ninguna de las listas alcance por lo menos el 25% de los votos válidamente emitidos. De igual manera, en este conjunto de reformas debería preceptuarse que las consultas ciudadanas de revocatoria de autoridades locales deben realizarse cuando se acredite el respaldo de por lo menos el 15% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral de la respectiva circunscripción, procediendo la revocatoria con la votación mayoritaria de los electores.

DOCTRINA

ALZAMORA V ALDEZ, Mario. Bases para una legislación municipal. Editorial Universitaria, Lima, 1966; ALZAMORA V ALDEZ, Mario. Derecho Municipal, Lima, 1985, p. 9; MARAGALL, Pasqual. ¿ Qué eran? Los ayuntamientos ¿ Qué son?

Ediciones Destino. España, 1997; BRANDES SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. La autonomía local en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: "La autonomía local. Análisis jurisprudencial". Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998;

GARCÍA CALDERÓN, Francisco. Diccionario de la legislación peruana. 2ª edición. Librería De Laroque Jeune 1, Qua Voltaire. Paris, 1879.

Artículo 195

Fines y atributos de los gobiernos locales

Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

Son competentes para:

1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.
2. Aprobar el plan de desarrollo local concertado con la sociedad civil.
3. Administrar sus bienes y rentas.
4. Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, conforme a ley.
5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.
6. Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial.
7. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura local.
8. Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.
9. Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.
10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 16, 74, 75, 119, 162, 191 Y 196;

C.T.: art 52;

Ley 27972: arts. 9 me. 9), 73 al 87, 97;

L.D.F.: arto 6;

Ley 26878;

Ley 27238: arto 7 ine. 3);

P.I.D.C.P.: arto 1.1;

P.I.D.E.S.C.: arts. 1.1, 2.3, 11.1

Hildebrando Castro-Pozo Díaz

1. Desarrollo local y servicios públicos

Este artículo, siguiendo las nuevas tendencias en materia económica, política y social que enfatizan que las municipalidades deben asumir la responsabilidad del desarrollo de sus jurisdicciones, encarga como primera responsabilidad de las municipalidades promover el desarrollo y la economía local y prestar los servicios públicos de su responsabilidad, "en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo".

La lucha sostenida y extensiva contra la pobreza debe encontrar en la movilización organizada de las municipalidades y de la sociedad civil local un soporte significativo que con toda seguridad permitirá aplicar e incluso optimizar los escasos recursos con que cuenta el Estado peruano, desterrando y superando así las experiencias negativas de las estructuras burocráticas centrales que fueron utilizadas, también, para manipular políticamente a los sectores pobres de la sociedad.

El desarrollo económico local debe ser entendido como un proceso permanente que requiere el diseño de estrategias adecuadas que permitan la implementación de acciones, programas y proyectos en materia de derechos sociales y económicos; es decir: educación, salud, programas de atención a la pobreza, infraestructura, servicios básicos, etc. Advertimos, sin embargo, aunque para algunos resulte obvio, que el desarrollo local será posible en la medida en que efectivamente se descentralice lo que ahora está centralizado, y que se lleve a cabo efectivamente la reforma integral del Estado en su conjunto, así como la respectiva descentralización fiscal que, como se sabe, no es la aprobada por este Gobierno mediante el Decreto Legislativo N° 955 de febrero de 2004.

El desarrollo local supone, además, que la municipalidad se involucre en las tareas de aliento y promoción de las actividades económicas. En nuestro país, las municipalidades rurales ya tienen abiertas las puertas para impulsar las actividades productivas del sector primario y para desarrollar toda clase de proyectos de apoyo tecnológico, de información y de comercialización. Si bien los recursos de las municipalidades rurales siguen siendo débiles, sus posibilidades de impulsar la producción y emprender nuevos proyectos que generen empleo en sus territorios son óptimas e infinitas.

En cuanto a los servicios públicos locales diremos que estos son amplios y responden a las permanentes necesidades de los vecinos; por consiguiente, están sujetos a regulación en protección del interés general y local. De acuerdo con el artículo 58 de la Constitución, el Estado debe orientar el desarrollo del país, actuando principalmente -dice el texto acotado- en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. En este caso, en virtud de la descentralización, las municipalidades resultan titulares encargadas de prestar y brindar los servicios locales esenciales a sus respectivas poblaciones.

Ya en el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 051 del año 1981 se comprendía entre los servicios municipales esenciales los de saneamiento del medio ambiente, agua potable, alcantarillado, limpieza, alumbrado público, posta sanitaria, mercados de abastos, registros civiles, promoción cultural, etc. Los mismos que podían prestarse en cualquiera de las siguientes modalidades: administración directa; concesión; contrato y empresas municipales.

Posteriormente, la Ley Orgánica de Municipalidades de 1984, modificada y complementada por una diversa legislación, estableció que las municipalidades tenían a su cargo los servicios públicos locales de transporte urbano, agua potable y alcantarillado, limpieza pública y disposición final en rellenos

sanitarios, recreación, parques y jardines, seguridad ciudadana, estacionamiento o parqueo vehicular, mercados, carnales, silos y terminales pesqueros, embarcaderos, servicios higiénicos, baños públicos, etc.

Actualmente la calidad de muchos de los servicios públicos locales es crítica y sus problemas son de diverso tipo: carencia de recursos y tecnologías inapropiadas, burocratismo, baja recaudación de los arbitrios y tasas, y nula o escasa promoción de las inversiones privadas. Este problema generalizado aconseja la organización de programas regionales y nacionales dirigidos a superar este estado de cosas.

2. Competencias

Ya hemos señalado que para nosotros, el desorden y los errores de la reforma constitucional de marzo de 2002, entre otros,¹³⁰⁰ se evidencia en la debilidad y descuidos en el articulado referido a las competencias. Este artículo 195 en más de cinco incisos se refiere, en realidad, a determinadas atribuciones y no a competencias locales¹³⁰¹. Así, se infiere de la lectura de los incisos 1,2,3,9 Y 10 referidos a la organización interna, el presupuesto, la administración de bienes y rentas, la presentación de iniciativas legislativas y el ejercicio de otras atribuciones no son competencias sino simplemente atribuciones locales.

Como se sabe, la competencia asigna y habilita en determinadas materias a las administraciones públicas o gobiernos, mientras que las atribuciones son solamente instrumentos que entrega la ley para que se cumplan y desarrollen las competencias.

Al respecto, sostenemos que en orden de primacía o importancia primero están las funciones, luego las competencias y finalmente las atribuciones, y que las funciones¹³⁰² de todo Poder Público son solamente, de acuerdo con la doctrina del Derecho Público o Administrativo, cuatro: la legislativa o normativa, la jurisdiccional, la fiscalizadora y la administrativa.

Las competencias reconocidas a favor de las municipalidades por esta norma constitucional son únicamente las señaladas en los incisos 4, 5, 6, 7 Y 8; es decir, en materia tributaria, servicios públicos locales, planificación y acondicionamiento territorial, inversiones y proyectos de infraestructura local; y finalmente, las competencias concurrentes mencionadas en el inc. 8:

¹³⁰⁰ En el artículo 189 de la Constitución se otorga a los centros poblados la condición de "gobierno local", aunque seguidamente en el artículo 194 se establece que únicamente las municipalidades provinciales y distritales son órganos de gobierno local y que "las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley". Asimismo, el artículo 198 de la Constitución, a nuestro entender erradamente, dispone que las "municipalidades de frontera tienen régimen especial".

¹³⁰¹ CASTRO-POZO DÍAZ, Hildebrando. Ley Orgánica de Municipalidades (Comentada, concordada y jurisprudencia). Editorial Rao, Lima, 2003, p. 17 Y ss. , Las funciones del Poder Público son cuatro: la constituyente, la legislativa, la jurisdiccional y la administrativa. GUERRERO, Ornar

¹³⁰² La teoría de la Administración Pública. Estudio preliminar. Editorial Harla, México, 1986, p. X.

educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos, cultura y deporte.

Del conjunto de constituciones que hemos tenido a lo largo de la República, resalta en esta materia la Constitución de 1823, que en su artículo 140 estableció que correspondía a las municipalidades las atribuciones de "la policía de orden", la policía de instrucción primaria, la policía de beneficencia, la policía de salubridad y seguridad, la policía de comodidad, ornato y recreo, y que, además en su artículo 141 encargó a las municipalidades promover la agricultura, la industria, la minería y "cuanto conduzca en razón de la localidad al bien del pueblo".

Los errores y confusiones en que incurre el texto constitucional comentado se han trasladado de manera general a la vigente Ley Orgánica de Municipalidades donde se constata un tratamiento deficiente de las competencias municipales. Así diversos capítulos y artículos son denominados erróneamente como "funciones" de las municipalidades, como sucede con los artículos 78 al 87 que incurren reiteradamente en el uso errático de los conceptos de función, competencia y atribuciones, llegando a sostenerse que aprobar el plan de acondicionamiento territorial así como aprobar el plan urbano es una función y no una atribución derivada de la competencia en materia de urbanismo, y específicamente, de la competencia en materia de planificación urbana (1.1 y 1.2 del artículo 79), que elaborar el catastro es una función y no una atribución (3.1. del numeral 3 del artículo 79), que la "limpieza pública" es una función y no una competencia (3.1. del numeral 3 del artículo 80), que realizar campañas de medicina preventiva es una función y no una atribución (2.6. del numeral 2 del artículo 80), etc.

En general, se constata que en la Ley Orgánica de Municipalidades existe una mezcla antitécnica y desordenada de los conceptos de función, competencia y atribuciones, todo lo cual sin lugar a dudas generará confusión al momento de su aplicación. En cambio, el artículo 16 de la anterior Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 23853, establecía correctamente como funciones de los concejos municipales, las funciones normativas, administrativas y fiscalizadoras.

A fin de superar las deficiencias que estamos señalando, me permito sugerir la reforma constitucional pertinente con el siguiente texto:

"Las municipalidades promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

Funciones: las municipalidades ejercen sus funciones y potestades de gobierno, normativas o reglamentarias, de control y fiscalizadoras, así como las jurisdiccionales, con arreglo al ordenamiento jurídico nacional.

Competencias: las municipalidades son competentes, de manera exclusiva o concurrente, en materia de urbanismo, desarrollo local e inversiones urbanas, servicios públicos locales, educación, salud, transporte urbano, tutela monumental y gestión de centros históricos y zonas monumentales; defensa

del consumidor, seguridad ciudadana, derechos sociales, participación ciudadana y las demás que correspondan al interés local que se establezcan en la Ley de Bases de Municipalidades¹³⁰³.

Atribuciones: para el ejercicio de sus competencias las municipalidades están premunidas de las correspondientes atribuciones para formular, aprobar o ejecutar los planes, presupuestos, estructuras, programas o proyectos que resulten necesarios.

DOCTRINA

CASTRO-POZO DÍAZ, Hildebrando. Ley Orgánica de Municipalidades (Comentada, concordada y jurisprudencia). Editorial Rao, Lima, 2003; GUERRERO, Ornar. La teoría de la Administración Pública. Estudio preliminar. Editorial Hada, México, 1986.

¹³⁰³ La propuesta de Ley de Bases de Municipalidades en lugar de la tradicional Ley Orgánica, en verdad no es ninguna novedad. Ella y su debate se remontan a la década de los sesenta, conforme consta en la publicación efectuada por el Colegio de Abogados de Lima titulada Bases para una legislación municipal. En este debate los doctores Luis De! Prado Paredes, Gustavo Bacacorzo y Mario Gotuzzo, entre otros, delinearon las características de la "Ley de Bases Municipal", ya que no compartían el criterio de quienes sostenían que tal medida imposibilitaría el control de las municipalidades. Por el contrario, afirmaron que a nombre de dicho control se habían cometido los más grandes atentados contra la autonomía municipal, y que el control no se realiza eficazmente jamás con medidas prohibitivas, sino mediante una directa y eficaz ingerencia de los próximamente interesados en el gobierno y en el manejo de los intereses locales.

Artículo 196

Régimen económico de las municipalidades

Son bienes y rentas de las municipalidades:

1. Los bienes muebles e inmuebles de su propiedad.
2. Los tributos creados por ley a su favor.
3. Las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos creados por Ordenanzas Municipales, conforme a ley.
4. Los derechos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorguen, conforme a ley.
5. Los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal, que tiene carácter redistributivo, conforme a ley.
6. Las transferencias específicas que les asigne la Ley Anual de Presupuesto.
7. Los recursos asignados por concepto de canon.
8. Los recursos provenientes de sus operaciones financieras, incluyendo aquellas que requieran el aval del Estado, conforme a ley.
9. Los demás que determine la ley.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 41, 74, 77, 194 Y 195;

C.P.Ct.: arto 77;

Ley 23853: arts. 129 al 132;

Ley 27506;

Ley 27933;

Ley 27972: arto 69;

P.I.D.C.P.: arto 1.2;

P.I.D.E.S.C.: arts. 1.2, 25.

Hildebrando Castro-Pozo Díaz

1. Bienes municipales

Este artículo 196, pobre y parcamente, dice que son de las municipalidades los bienes muebles e inmuebles de su propiedad. Es obvio que se trata de un reflejo del estado de las cosas imperante. No se puede pedir en un país que es centralista, que los bienes y recursos del Estado aparezcan de la noche a la mañana en la titularidad y la esfera de las municipalidades. La Constitución de 1933, pese al centralismo imperante, fue mucho más creativa que la actual, ya que en su artículo 194 consideró como municipales los productos de los "bienes propios" que la ley les señale y los derechos de concesión de bosques, terrenos eriazos y de montaña.

Por lo mismo, poco tendríamos que decir al respecto, pero es imprescindible referir que este artículo debe concordarse con el artículo 73 de la Constitución, que prescribe que los bienes de dominio son inalienables e imprescriptibles y que los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

Esta referencia es obligatoria por cuanto, los bienes de uso público son bienes municipales por así establecerlo expresamente el artículo 56 de la Ley Orgánica de Municipalidades, N° 27972, que en verdad se limita a reiterar lo que establecieron el artículo 70 del Decreto Legislativo N° 051 (Ley Orgánica de Municipalidades de 1981) Y el artículo 85 de la Ley N° 23853 (Ley Orgánica de Municipalidades de 1984), en el sentido que eran bienes municipales los de uso público, tales como las plazas, las áreas verdes y otros análogos.

2. Rentas municipales

El largo listado que tiene este artículo sobre las rentas municipales a primera vista deslumbra. Nueve apartados constitucionales que se refieren a las rentas municipales no parece ser poca cosa. Pero una atenta lectura y el estudio de sus reales alcances nos vuelve a la realidad.

En general, podemos sostener que este artículo constitucional no compromete ni asigna los recursos que necesitan las municipalidades para desempeñar con efectividad el papel que la propia Constitución les encarga. La vaguedad, la imprecisión y la generalidad de sus disposiciones hacen que ello ocurra así. Se trata de normas en "blanco" que no obligan a compromisos o pactos redistributivos fiscales en montos y en plazos conocidos.

En efecto, las referencias y disposiciones a las rentas y recursos municipales de este artículo constitucional señalados en los incisos 2), 3), 4), 6), 7) Y 8) no constituyen prescripciones claras, precisas y mandatorias de asignación y de distribución de los recursos públicos a favor de las municipalidades. La primera reza que son de las municipalidades "los tributos creados por ley a su favor", con lo cual se trata de asunto dejado al libre albedrío del legislador ordinario. Otra se refiere a las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos creados por ordenanzas, "conforme a ley" (que es una ratificación de la potestad tributaria local ya reconocida desde la Carta Política de 1979) y también adolecen de esa generalidad las referidas a "transferencias específicas que se asigne en la Ley Anual de Presupuesto" o los provenientes de "operaciones financieras".

Mención aparte merecen las disposiciones relativas a los derechos económicos que se generen por las privatizaciones, concesiones y servicios, el Fondo de Compensación Municipal y los provenientes del canon.

Los derechos económicos que se generen por las privatizaciones, concesiones y servicios contemplados por el inciso 4) de este artículo constituye la única disposición original de este artículo constitucional. Esta tiene su origen en la ola de protestas de distintas provincias del interior de la República contra los procesos privatizadores, como los ocurridos en el sur del país. A partir de entonces cada contrato de concesión o de transferencia del Estado al Sector Privado tiene que asignar un porcentaje de esos ingresos a favor de las municipalidades. Esta disposición constitucional, y tampoco ninguna ley indica de manera general el monto o porcentaje que en cada caso corresponde a las municipalidades, hecho que genera suspicacias, recelos, reclamaciones y también protestas de las sociedades locales, como ocurre por ejemplo en el

caso del proyecto Las Bambas, en Apurímac, al haberse asignado un porcentaje apreciable de los recursos al Sector Defensa.

En cuanto al Fondo de Compensación Municipal, este fue creado en 1984 por el artículo 160 de la Ley N° 24030 Y posteriormente fue incrementado con la recaudación de hasta el 2% del IGV por mandato del artículo 43 de la Ley N° 24971 de 1988. Ya a partir de 1985 estos recursos constituían más del 50% de los recursos de las municipalidades. Este Fondo creado en 1984 fue insertado en el artículo 193 de la Constitución de 1993.

El Fondo de Compensación Municipal (FONCOMUN) se constituye con el rendimiento del Impuesto de Promoción Municipal -establecido desde 1984- del Impuesto al Rodaje y del Impuesto a las Embarcaciones de Recreo. Pese a la reforma descentralista del 2002, hasta la fecha el Fondo no ha incrementado sus recursos, que se distribuyen entre todas las municipalidades distritales y provinciales sobre la base de indicadores que aprueba el Poder Ejecutivo. La descentralización fiscal aprobada por el Decreto Legislativo N° 955 no aumentó ni fortaleció este Fondo, sancionando la tradicional débil participación de las municipalidades en los recursos nacionales que se evidencia en el siguiente cuadro:

En cuanto a los recursos provenientes del canon, que originalmente tuvieron el sustento constitucional del artículo 121 de la Constitución de 1979¹³⁰⁴, el mismo fue desmontado durante el gobierno de Fujimori y por la Constitución de 1993. Grupos empresariales interesados apoyados por el neoliberalismo imperante arguyeron que el canon era un "fondo atado" y una mayor carga tributaria para las empresas. Así, el Grupo Apoyo recomendaba a los constituyentes de ese entonces que el canon se tratase como un porcentaje de lo recaudado por Impuesto a la Renta de las empresas que trabajan en la zona. Por ello, desde la sanción de la Constitución de 1993, el canon pasó de ser un derecho de los pueblos a participar de la riqueza proveniente de la explotación de los recursos naturales a ser simple tributo.

Este cambio generó la lógica protesta de los pueblos del interior del país, razón por la cual el propio régimen fujimorista tuvo que realizar la primera reforma constitucional a la Constitución de 1993, que no restituyó el canon original de la Constitución de 1979, operación que fue calificada por algunos como la "estatización del canon"¹³⁰⁵. En efecto, mediante la Ley N° 26472 de mayo de 1995 se modificó el artículo 77 de la Constitución de 1993, con el siguiente texto: "La administración económica y financiera del Estado se rige por el

¹³⁰⁴ "Corresponde a las zonas donde los recursos naturales están ubicado, en la renta que produce su explotación, en armonía con una política descentralista. Su procesamiento se hace preferentemente en la zona de producción".

¹³⁰⁵ "A este proceso podemos denominarlo como la estatización del canon. Las empresas son exoneradas de esta carga, y las regiones donde existen recursos naturales significativos, continúan sin obtener directamente un porcentaje de las utilidades generadas por su explotación. Esto coincide con la lógica global de crear un panorama atractivo para las inversiones, aminorando las cargas que las empresas deberían asumir. Así como en la privatización las deudas de las empresas en venta vienen siendo asumidas por el Estado, igualmente en el caso del canon u otras cargas, son transferidos al Estado". DE ECHAVE, José. La estatización del canon. L.R. 05/11/1994, p. 20.

presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del Sector Público contiene dos secciones: Gobierno Central e instancias descentralizadas. El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. Corresponde a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona en calidad de 'canon'.

La legislación concerniente a la tributación por explotación de los recursos naturales, siendo deficiente, parcial y pro empresarial, no constituye un aporte significativo al financiamiento municipal. Las estadísticas dan cuenta que en el año 2003, la minería exportó US\$ 4,500 millones mientras que la recaudación por el canon minero fue de apenas US\$ 81 millones, y como quiera que de este monto el 50% corresponde al Gobierno Central, los gobiernos regionales y las municipalidades apenas recibieron el 1.8% del valor exportado.

A todo lo ya expuesto, nos queda indicar que el sistema tributario municipal ha sido diseñado exclusivamente para los municipios urbanos, ya que en las municipalidades rurales son prácticamente inaplicables los impuestos al patrimonio vehicular, a los juegos o las apuestas, a los espectáculos públicos, casinos de juego y los otros impuestos municipales establecidos por la ley¹³⁰⁶. Por ello, las municipalidades rurales carecen o tienen una escasa recaudación de ingresos tributarios propios, y para su funcionamiento dependen casi exclusivamente de las transferencias que reciben del Fondo de Compensación Municipal y de otros impuestos de recaudación nacional.

Este problema no es secundario a los objetivos y a los principios que se impone la descentralización desde que estas municipalidades son las más numerosas.

En conclusión, diremos que las municipalidades peruanas históricamente han tenido una participación porcentual del conjunto de los recursos públicos menores al 5%, y que este nivel de participación es uno de los más bajos en América Latina y no hace más que reflejar el centralismo imperante.

Debemos tomar conciencia que el centralismo tiene su raíz en una tradición paternalista e intervencionista, sin fe en el individuo y en su capacidad para tomar decisiones y ejecutar las obras que le interesen a él y a su comunidad inmediata. El modelo centralista, entre otros, propicia las migraciones significativas y permanentes del área rural, generando hacinamiento, extrema pobreza, desempleo y otros males sociales en las principales ciudades y la perpetuación de un gobierno burocrático, ineficiente, aislado del pueblo y, por lo tanto, ignorante de sus necesidades prioritarias.

¹³⁰⁶ El artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, aprobado por el Decreto Supremo N° 156-2004-EF del 11/11/2004, refiere que los impuestos municipales son exclusivamente los siguientes: a) Impuesto Predial; b) Impuesto de Alcabala; c) Impuesto al Patrimonio Vehicular; d) Impuesto a las Apuestas; e) Impuesto a los Juegos; f) Impuesto a los Espectáculos no Deportivos. Véase en el diario oficial El Peruano, 15/11/2004, p. 280367.

Recordamos que el actual presidente de la República durante su campaña electoral suscribió el "acta de compromiso" del 30 de agosto del 2001 en la ciudad del Cusco con los dirigentes de los frentes regionales y de la Confederación Campesina del Perú en el cual se comprometió al fortalecimiento de municipalidades mediante el incremento de sus recursos del 3.8% a 15%, así como a la restitución de competencias afectadas por la dictadura, en cuya virtud y a presión de algunos congresistas, en la sexta disposición complementaria de la actual Ley de Municipalidades se estableció que las transferencias de recursos económicos del gobierno nacional a las municipalidades se incrementarían en cada ejercicio fiscal, comprometiéndose que para el ejercicio fiscal del 2004, las transferencias a las municipalidades ascenderían al 6% del total del Presupuesto Público, a partir del cual y por un lapso de cuatro años esta participación se aumentaría hasta alcanzar no menos del 12% del total del presupuesto del Sector Público.

Pese a lo indicado, en el presupuesto para el año fiscal 2004 no se realizó mayores esfuerzos del Estado por asignar nuevos recursos a las municipalidades y ni siquiera se incorporó una visión general de los posibles nuevos ingresos derivados de alguna propuesta digna de denominarse como de "reforma tributaria" y tampoco se planteó las medidas tendientes al desarrollo de la reforma del Estado y del gasto descentralizado. En el presupuesto para el año fiscal 2005 se sigue el guión centralista del manejo presupuestal. Si bien el presupuesto del 2005 crece un 12% pasando de S/. 44,000 millones a S/. 49,000 millones, los mayores recursos se asignan y permanecen en el seno del Poder Ejecutivo (más del 75% del total). Conforme con este proyecto de presupuesto las municipalidades serían las más afectadas, pues reducen sus expectativas de participación del Presupuesto de la República del 7% al 6%. Es decir, tanto el Poder Ejecutivo como el Congreso de la República incumplirían lo dispuesto en la sexta disposición complementaria de la Ley Orgánica de Municipalidades que fijó un incremento gradual de la participación de las municipalidades en los recursos del Presupuesto de la República, hasta llegar al 12% en el año 2009.

La legislación comparada sobre rentas y recursos municipales resulta aleccionadora. Así, el artículo 357 de la Constitución de Colombia de 1991 manda que la participación en los ingresos corrientes de la Nación se incremente año por año del 14% en 1993 hasta alcanzar el 22% como mínimo en el año 2002. El artículo 146 de la Constitución de Bolivia manda que las rentas del Estado se dividan en nacionales, departamentales y municipales, y que se invierta por sus tesoros de acuerdo con sus respectivos presupuestos y en relación con el plan de desarrollo económico y social del país.

Es claro que en nuestro país se requiere de una efectiva reforma y descentralización fiscal que reconozca para las municipalidades una importante coparticipación de los recursos nacionales. Asimismo, corresponde incrementar el Fondo de Compensación Municipal con una adecuada participación porcentual del Impuesto a la Renta y del Impuesto Selectivo al Consumo. Asimismo, es recomendable perfeccionar los criterios de distribución de recursos del Fondo de Compensación Municipal a fin de que se distribuyan recursos beneficiando a las localidades cuya población está en extrema

pobreza o es de predominio rural. En el marco de una reforma tributaria, efectivamente seria y técnica y no como la aprobada por este gobierno mediante el Decreto Legislativo N° 955, debe perfeccionarse la legislación impositiva y distributiva derivada de la explotación de los recursos naturales, entre ellas las referidas a la Ley del Canon y la Ley de Regalías Mineras.

DOCTRINA

DE ECHAVE, José. La Estatización del canon. L.R. 05/11/1994, p. 20.

Artículo 197

Participación vecinal y seguridad ciudadana

Las municipalidades promueven, apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local. Asimismo brindan servicios de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú, conforme a ley.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 12),31, 42, 44, 118 inc. 4), 137 inc. 1) y 166;

Ley 26922: arts. 1 y ss.;

Ley 27933;

Ley 27972: arts. 53,97, 106;

D.U.D.H.: arto 28;

P.I.D.C.P.: arto 2.1;

P.I.D.E.S.C.: arto 2.1

Angel Delgado Silva

1. Introducción

Participación vecinal y seguridad ciudadana son los dos temas que el artículo constitucional consagra.

Aunque vinculados estrechamente -de ahí su ubicación en el mismo texto cada instituto mantiene su irreducible identidad. Por ello la necesidad de distinguirlos conceptualmente y abordarlos de forma separada, sin menoscabo, claro está, de las múltiples relaciones que existen entre ambos.

2. La problemática de la participación política

Constituye una de las grandes paradojas de nuestro tiempo el hecho de que la democracia liberal como sistema político se haya extendido, sin rival, por todo el orbe -luego de la debacle de su gran impugnador: el comunismo, durante la última década del siglo XX- pero que, al mismo tiempo, acusa en demasiados lugares una notable degradación del ideal democrático, debido al cúmulo de contradicciones con la realidad, al vaciamiento de contenidos y reducción de las prácticas a meras fórmulas rituales.

La democracia como promesa de autodeterminación social, de ejercicio de la libertad por parte de seres humanos racionales, que deliberan en conjunto sobre la mejor forma de gobierno, contrasta brutalmente con "la democracia realmente existente", de muchos países que no encuentran, todavía, el camino al desarrollo económico. Así bajo un epitelio democrático, perviven formas autoritarias, mecanismos de corrupción y negación de lo público, la exclusión de vastos sectores sociales y una manifiesta apatía en la población por participar en las instancias públicas.

Este cuadro poco edificante se ha traducido en un marcado desencanto en la opinión pública de regiones, como la de América Latina, transida por el subdesarrollo, la inequidad social y la inestabilidad política, a punto que la lealtad y compromisos con el régimen democrático denota serias debilidades¹³⁰⁷.

La situación descrita despierta las mayores preocupaciones no solo en las esferas políticas, sino repercute directamente en el ámbito académico. En consecuencia, el debate democrático, que algunos creyeron concluido y finito hace algunos años¹³⁰⁸, aparece más vivo y apasionado que nunca.

Ya no se discute, como en el siglo XIX y la primera mitad del xx, sobre la conveniencia y superioridad de la democracia frente a otros regímenes, como ideal a conquistar, en un mundo donde imperaban formas de gobierno no democráticas, ciertamente. El debate se ha desplazado al interior de la propia democracia, a la vigencia de sus modelos históricos¹³⁰⁹ y, concretamente a la viabilidad en la escena contemporánea, de aquel proyecto hegemónico de democracia representativa, reducido a reglas de juego donde las elites políticas compiten leal y pacíficamente, que sintetizara magistralmente Joseph Schumpeter en 1942¹³¹⁰.

Este modelo competitivo de la democracia representativa constituye el paradigma dominante en la actualidad, y resulta coherente con la universalización de la economía de mercado y los valores del nuevo liberalismo económico en boga. Una democracia, formal y procedimental, antes que sustantiva; una democracia donde el poder real se asienta cada vez más en la burocracia en detrimento de los representantes del pueblo; una democracia donde la representación escinde radicalmente a los gobernantes de los gobernados. Una democracia de mínimos, como diría Norberto Bobbio¹³¹¹: "conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos":

A pesar de su raigambre exitosa en los países más desarrollados del planeta, este modelo está lejos de satisfacer los grandes anhelos de la democracia, desde que apareció en el Ática, en Grecia, hace dos mil quinientos años. Incluso la crítica conservadora es reacia a esta forma de vida en común sin emociones, dominada por el aletargamiento y la rutina. De esta forma, el norteamericano Daniel Bell dirá:

"La dificultad principal es doble: la sociedad occidental carece al mismo tiempo de civitas, la disposición espontánea a sacrificarse por el bien público, y de una

¹³⁰⁷ Esta se evidenció en el reciente Informe La democracia en América Latina. Elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo-PNUD, 2004, pp.137 Y ss

¹³⁰⁸ Es el caso del célebre pero episódico texto de FUKUYAMA, Francis. The end of de History? The Nacional Interest, 16 (summer 1989), pp. 3-18

¹³⁰⁹ Ver, por ejemplo, HELD, David. Modelos de democracia. Alianza Editorial, Madrid, 1991.

¹³¹⁰ SCHUMPETER, Joseph. Capitalismo, socialismo y democracia. Editorial Claridad, Buenos Aires, 1946, , pp. 311 Y ss

¹³¹¹ BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 14 Y ss

filosofía política que justifique las reglas normativas de las prioridades y asignaciones en la sociedad"¹³¹².

Pero no se trata únicamente de malestares derivados por la falta de pactos, de sentimientos superiores, de una visión heroica de la vida. No. El problema radica, fundamentalmente, en que el modelo minimalista de la democracia, hoy hegemónico, denota agudas debilidades en diferentes órdenes. En primer lugar, su procedimentalismo intrínseco no comporta formas ampliadas de democracia. Esta se contrae a una competencia entre elites, que refuerza el rol pasivo de la población, sin saber si este método agota los procedimientos de autorización por parte de los ciudadanos, por un lado, y si se consume toda la gama de representación de la diferencia social.

En segundo lugar, el papel cada vez más relevante de la burocracia, que redundante, sin duda, en el manejo técnico y la homogenización en el trato de los problemas administrativos, tiene la dificultad de no dar cuenta que, cada vez más, estos requieren de soluciones plurales, específicas y no únicas. Por ello, el conocimiento retenido por los actores sociales deviene primordial, no siendo remitible a una cuestión meramente tecnocrática. Finalmente, el mandato representativo de esta forma de democracia, justificado por el gran tamaño de los países, no es capaz de representar adecuadamente identidades y agenda específicas, que se multiplican en el mundo contemporáneo y, especialmente, en las zonas periféricas, donde la diversidad, incluyendo la étnica, es significativa¹³¹³.

Por estas razones, el nuevo debate sobre la democracia luego del final de la Guerra Fría y en plena globalización se caracteriza por la necesidad de complementar la democracia representativa y superar sus limitaciones, con formas y elementos de la llamada democracia participativa, es decir, lo que Benjamín R. Barber¹³¹⁴ denomina una *strong democracy*, una democracia fuerte basada en la participación política, la movilización del pueblo, la deliberación pública, la promoción de ciudadanos en vez de individuos y el reconocimiento de la comunidad como espacio de actuación política, que se gobierna a sí misma.

Más allá de las posibilidades de la superación de una democracia formalista por modelos alternativos, el tema de la participación política se ha convertido en el tópico de nuestro tiempo. Existe una suerte de creencia, a veces sin fundamento decisivo, que ella encierra la posibilidad de renovación, la superación del anquilosamiento, el despegue hacia nuevos ámbitos de la sociedad. En consecuencia, las patologías que acusa la teoría de la representación en las democracias realmente existentes solo podrían encontrar

¹³¹² BELL, Daniel. Las contradicciones culturales del capitalismo. Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 37

¹³¹³ Estas ideas han sido tomadas, entre otros, de SOUSA SANTOS, de Bounaventura y AVRITZER, Leonardo. Para ampliar el canon democrático. En: "Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa". Fondo de Cultura Económica. vv.AA. México D.F., 2004, pp. 35 Y ss.

¹³¹⁴ DEL ÁGUILA, Rafael; VALLESPÍN, Fernando y otros. La democracia en sus textos. Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 281-296

remedio mediante el fomento de la participación ciudadana, en múltiples formas y a escala ampliada.

Aunque no esté plenamente acreditado, la percepción generalizada de agotamiento de un modelo de democracia trata de ser redivivo con la panacea optimista de la participación política.

2.1. La participación en el Perú

La tendencia mencionada no ha sido ajena en nuestro medio. La impugnación por los formalismos y deficiencias del sistema democrático, tan comunes entre nosotros, encontró inevitable eco en los programas políticos, siendo especialmente fértil entre los partidos vinculados con la izquierda. En estos casos, el abandono paulatino de un marxismo duro, eclipsado por los vertiginosos cambios internacionales (caída del muro de Berlín, fin de la Unión Soviética, hegemonía sin par del capitalismo) los llevó a abrazar con fervor la teoría de la democracia participativa. Y cuando les tocó gobernar a las municipalidades redivivas, durante la década del 80 del siglo anterior, la pusieron en práctica con notable éxito¹³¹⁵.

Posteriormente, el tema participativo, todavía circunscrito al ámbito vecinal, escapó a determinaciones políticas y se liberó de su enclaustramiento ideológico. En ese momento, en muchas comunas administradas por partidos no marxistas, se aplicaron formas participativas, siendo las más importantes las ocurridas en la Municipalidad de Miraflores.

Como para ratificar que, luego de su impacto inicial, la participación ciudadana respondía a concepciones instrumentales ya cierta moda extendida, antes que a valores políticos ideológicos excluyentes, fue durante el autoritarismo de los años 90 del siglo pasado cuando la participación alcanzó su clímax constitucional y legislativo.

En efecto y paradójicamente, el documento del 93, que sirvió para legitimar el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, consagró solemnemente los derechos de participación y control ciudadanos en su artículo 31. Y por medio de la Ley N° 26300 se aprueba la correspondiente Ley de Desarrollo Constitucional, hasta ahora vigente, que hace gala de los más avanzados mecanismos de la democracia participativa (referéndum, derechos de iniciativa, revocatoria de mandatos, rendición de cuentas, etc.) Pero, ¡cuidado!, ello no pasó de un mero espejismo. Las declaraciones ditirámicas nunca pasaron de eso. Cuando la realidad lo exigía, el régimen no dudaba en desconocer los flamantes mecanismos de la democracia directa, en la forma más grosera y violenta. El célebre referéndum contra la reelección presidencial, llevado a cabo entre 1996 y 1998, fue víctima propiciatoria de este proceder autoritario¹³¹⁶.

¹³¹⁵ Sin duda, la experiencia más valiosa fue la de Villa El Salvador, pero en esos años se promovieron experiencias similares en la Municipalidad Metropolitana, como el programa del Vaso de Leche y en distritos como el Agustino, San Juan de Miraflores, Comas, Independencia, etc. Asimismo municipios provinciales como Ilo, Cajamarca, Cuzco, entre otros, conocieron, también, de prácticas participativas

¹³¹⁶ La dictadura consintió el proceso de recolección de firmas hasta el momento que creyó que la iniciativa no prosperaría. Cuando cayó en cuenta de lo contrario, dictó leyes contrarias al

2.2. Antecedentes jurídicos de la participación vecinal

Aunque la dictadura militar del general Velasco Alvarado (1968-1974) Y la que le sucedió, encabezada por el general Morales Bermúdez (1975-1980), recurrieron a la fórmula política de la "democracia social de participación plena" para justificar el asalto al régimen democrático, acusado de "tradicional" y "oligárquico", ella no puede ser conceptuada como un antecedente genuino de participación política. En realidad, el modelo corporativo que se pretendió imponer, más el control vertical de cualquier organización social independiente, y el estilo castrense de concebir la política, que reprimía la más leve disidencia era, en verdad, la negación de toda suerte de participación ciudadana¹³¹⁷.

a) La Constitución de 1979 como punto de partida

Por esta razón, las tendencias participativas de la democracia moderna fueron recepcionadas en el texto de la Constitución Política de 1979, conjuntamente con otras innovaciones, entre ellas, la definición descentralizada del Estado peruano y la recuperación del viejo municipio republicano, organizado como verdadero gobierno local, dotado de autonomía, y primer nivel del Estado descentralizado, al mismo tiempo (artículo 252).

A raíz de ello, la participación vecinal-ausente en nuestra tradición institucional oficial; no en la andina donde sí existían prácticas participativas y comunitarias súbitamente adquiere rango constitucional. El artículo 256 la consagra mediante la fórmula:

"Las municipalidades promueven, apoyan y reglamentan la participación de los vecinos en el desarrollo comunal".

De donde fluye que la participación, en el marco vecinal, es responsabilidad de los renovados municipios, pues la fomentan, apoyan y regulan, por un lado. Pero al mismo tiempo, el ejercicio participativo es parte constitutiva de una estrategia que persigue el desarrollo de la comunidad.

En consecuencia, desde su origen, las políticas de participación ciudadana aparecen muy vinculadas con la institución edilicia y la noción del desarrollo local, simultáneamente. De esta manera, se convierte en un factor importante y hasta decisivo, tanto para la caracterización de la identidad contemporánea del quehacer municipal, así como elemento sustantivo para llevar adelante las estrategias desarrollistas, que los gobiernos locales promueven.

b) Las leyes de desarrollo de la Constitución de 1979

espíritu participativo, sin el menor escrúpulo. Sobre dicho itinerario, ver vv.AA. Reeledón presidencial y derecho de referéndum. Foro Democrático y Fundación Hans Seidel. Lima, 1977

¹³¹⁷ Sobre el estilo de movilización social en los años 70 "plagados de contradicciones" y donde "la retórica superó a la acción" se ha escrito mucho; pero nos quedamos con el ensayo de Mc CLINTOCK, Cynthia. Velasco, funcionarios y ciudadanos: políticas de cautela, de donde extraemos estos conceptos. Ver en vv.AA. "El gobierno militar: una experiencia peruana 1968-1980". Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1985. pp. 324 Y ss

Esta matriz constitucional relativa a la participación política de los ciudadanos en los asuntos locales, fue desarrollada por las dos Leyes Orgánicas de Municipalidades del siglo XX: el Decreto Legislativo N° 051, del 16 de marzo de 1981 y la Ley N° 23853, del 9 de junio de 1984.

La primera de ellas plasma en el Título V la participación de los vecinos en el Gobierno Local, en un capítulo único con siete artículos (del 80 al 86). Se trata de una presentación temática todavía inicial, como no podía ser de otro modo, cuyo mérito radica, justamente, en su naturaleza pionera. Sin embargo, en su tiempo, mereció durísimas críticas por parte de los defensores de la "democracia directa", que pensaban que la participación no pasaba de meras fórmulas sin referente real¹³¹⁸. Es verdad que esta se contraía al ejercicio del derecho de iniciativa, las Juntas de Vecinos ("encargadas de supervisar los servicios municipales y ejecutar obras comunales": artículo 81), el derecho a la información (artículo 83), los trabajos comunales (artículo 84) y los comités comunales como instancias de apoyo y asesoría (artículos 85 y 86), y, por cierto, a la luz actual, deviene en una actuación diminuta. Pero ubicado en su contexto temporal, las normas mencionadas inauguraron una época donde las políticas participativas han alcanzado las cotas más altas, que pudieran haberse imaginado en los inicios de los años 80 de la centuria pasada.

La segunda Ley Orgánica recogió -en parte- las críticas que provenían principalmente de las canteras de la Izquierda; aunque en verdad no se aprecia, todavía, una superación radical con el modelo participativo del D. Leg. N° 051. En efecto, el Título IV denominado De la Participación de la Comunidad, también en un capítulo único con cinco artículos, reitera que esta se verifica en las elecciones municipales, las juntas de vecinos y comités comunales, en el ejercicio del derecho de petición, en las consultas formuladas y en el derecho a ser informado por las autoridades locales (artículo 79). Lo novedoso de esta nueva redacción radicaría en la obligación de la municipalidad a informar a los vecinos, cada noventa días, sobre la marcha de las cuestiones comunales y el estado de la economía edilicia, así como la realización de una sesión de concejo municipal para tratar públicamente las materias de interés comunal, que los vecinos soliciten, por lo menos cada sesenta días (artículo 82). Comentario aparte merece la legalización de la ancestral práctica del cabildo abierto en el artículo 83 de la Ley. Pero su convocatoria está limitada a los municipios con población no mayor de tres mil votantes, previo Acuerdo de Concejo, aprobado por las dos terceras partes de sus miembros y "en vía ilustrativa", es decir, sin carácter vinculante. Y con el objeto de evitar equívocos y excesos, se prohíben convocatorias o pronunciamientos sobre temas ajenos a los municipales o pedidos de renuncia, vacancia, suspensión o reemplazo de alcaldes o concejales.

c) El bache constitucional del documento de 1993

El esquema descrito fue quebrado por la mal llamada "Constitución de 1993", coincidiendo y rindiendo homenaje a la demolición del Estado de Derecho, producto del golpe de abril del año anterior.

¹³¹⁸ Sobre el particular ver DELGADO SILVA, Ángel. Municipio, descentralización y movimiento popular. Editora Ingraf-Peruana, Lima, 1982, pp. 23 Y ss.

Esto se traduce, en primer lugar, porque en el capítulo correspondiente a la Descentralización se omitió toda referencia a la participación vecinal, como sí ocurría en la Carta Política de 1979.

Sin embargo, esta ausencia podría compensarse con una declaración general y amplia sobre la participación política, que pretende abarcar todos los ámbitos estatales, la cual se encuentra plasmada en el inciso 17) del artículo 2 y el artículo 31 del mencionado documento.

Lo municipal, propiamente dicho, está presente en el último numeral, bajo los términos siguientes:

"Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación".

Quizá ello eximió a sus autores de no incluir el tema participativo en la parte de la descentralización y los gobiernos locales, por suponer que sería redundante. El hecho es que, a la par que se rompía con modo de tradición municipal participativa, se abría un nuevo curso, una variante alterna, cuyas repercusiones, para bien o para mal, se prolongan hasta hoy.

La innovación y novedad aparecen recién con la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, de fecha 2 de mayo de 1994, razón por la cual su análisis resulta imprescindible.

No se trata, por cierto, de abordar el conjunto de la norma legal ni cada uno de sus aspectos, sino centrarse exclusivamente en sus connotaciones edilicias. Con esta perspectiva, podemos decir que el participativo municipal aparece en los artículos 2 y 3 de la Ley, relativos a los derechos de participación y los derechos de control de los ciudadanos, respectivamente.

Así entre la relación de los derechos de participación se encuentran el de "iniciativa en la formación de dispositivos municipales" (inc. d) y "otros mecanismos de participación establecidos por la presente ley, para el ámbito de los gobiernos municipales" (inc. e). Y en cuanto a la relación de los derechos de control, del artículo 31a referencia abarca también a la fórmula: "Otros mecanismos de control establecidos por la presente ley, para el ámbito de los gobiernos municipales", como reza el inciso d). También en el mismo texto existen referencias a derechos de control que sí afectan los espacios locales, como la rendición de cuentas, la remoción de funcionarios y, especialmente, la revocatoria de autoridades, que por su importancia y singular vigencia merecen un examen específico.

Pero en cuanto a lo primero, a esas fórmulas' amplísimas y a la vez cripticas, la Ley pretende encontrar una vía de esclarecimiento mediante el artículo 7, el mismo que dispone que:

"Los derechos de participación y control ciudadano a que se refieren los incisos d) y e) del artículo 2° y d) del artículo 3° de la presente ley; así como el referéndum sobre normas municipales y regionales serán regulados por las leyes orgánicas que reglamenten lo referente a los gobiernos locales y regionales".

Sin embargo, el hecho de que durante los años del autoritarismo no se hayan dictado las referidas leyes -principalmente porque el Gobierno nunca tuvo interés en promover a las municipalidades y, menos aún, a los gobiernos regionales- dejará en perpetua incógnita la concreción práctica de sus nociones sobre la participación política en los ámbitos descentralizados. De ahí que su remembranza no trasciende las fronteras de la anécdota, como vehículo para contrastar los discursos con la realidad.

En lugar de lo dicho, sí resulta revelante el régimen de las revocatorias de los mandatos de alcalde o regidor. Es decir, el mecanismo por el cual las autoridades elegidas por votación popular pierden sus cargos por decisión de sus propios electores, a través de una elección de signo negativo. La revocatoria está consignada en el texto del Documento del 93, en su artículo 31, y ha sido desarrollado en el Capítulo III, del Título II de la Ley N° 26300. Más allá de la calidad de las reglas establecidas, de la naturaleza de la propia institución, originalmente se pensó que se trataba de un procedimiento para afectar más aún a las municipalidades, no gratas a la dictadura; y que en todo caso, podría provocar un gran desorden e inestabilidad en el mundo edilicio.

Felizmente, estas aprehensiones no se han verificado con el correr de los años. y es que el uso de la revocatoria, por su complejidad y exigentes requisitos, no ha alcanzado dimensiones preocupantes. La primera experiencia de esta clase de consulta, en el año de 1997, comprometió solamente al 7% del número total de municipios, pero las autoridades revocadas no pasó del 3.25%. Y la revocatoria de los años 2001 y 2004 se mantuvo dentro de estos rangos. Es decir, este mecanismo de control ciudadano tuvo un impacto relativo y en vez de válvula para intereses subalternos, los casos de revocación estuvieron justificados plenamente¹³¹⁹.

A pesar de lo expuesto, la revocatoria sigue siendo el mecanismo participativo, de control ciudadano, de democracia directa más importante de nuestro ordenamiento institucional.

2.3. El régimen actual de participación vecinal

El retorno a la vida democrática llevó a sus cotas más altas las políticas de participación ciudadana, no porque la dictadura hubiera exacerbado estos planteamientos -con exclusivos fines demagógicos, claro está- sino principalmente porque en el ámbito internacional las tendencias democratizadoras cada vez más fusionan e identifican, con mayor énfasis, la

¹³¹⁹ Sobre el particular ver JURADO NACIONAL DE ELECCIONES. Consulta popular de revocatoria de autoridades municipales. Biblos S.A., Lima, 200t

institucionalidad democrática existente con la variedad de prácticas de participación directa¹³²⁰.

Esto se tradujo en la nueva estrategia des centralista puesta en práctica que, con más claridad que antaño, concebía a esta importantísima reforma estatal como un mecanismo idóneo para la profundización de la democracia; y esta, a su vez, como auto de su renovación, debería abrir nuevos y múltiples canales para la participación de las organizaciones de la sociedad civil. De este modo, descentralización política, democracia y participación ciudadana, configuraban una tríada indelible. Cada una de estas nociones supone, integra, complementa y desarrolla a las otras. Constituyen un verdadero círculo virtuoso, que tienden a elevar la calidad de la vida democrática, en un contexto de deterioro de sus manifestaciones representativas¹³²¹.

Esta concepción se encuentra plasmada en la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, publicada el 20 de julio de 2002. Entre los objetivos a nivel político, consignados en el artículo 6, inc. c) destaca la: "Participación y fiscalización de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos, de cada región y localidad".

Coherente con esta lógica, le dedica todo un Capítulo, el IV; a la participación ciudadana. Se constituye, de esta manera, en una verdadera obligación política: "Los gobiernos regionales y locales están obligados a promover la participación ciudadana en la formulación, debate y concertación de sus planes de desarrollo y presupuestos, y en la gestión pública" (artículo 17.1). Y dicha participación "se canaliza a través de los espacios de consulta, coordinación, concertación y vigilancia existentes, y los que los gobiernos regionales y locales establezcan, de acuerdo a ley" (artículo 17.2).

Y, finalmente, llegamos a la nueva Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, de fecha 27 de mayo de 2003, la cual resume las concepciones señaladas incorporando en la definición misma del gobierno local la cuestión participativa. Así el artículo 1 de su Título Preliminar (que es novedad también) destaca:

"Los gobiernos locales son entidades básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos".

Esta concepción de la participación política en los asuntos y la gestión pública, en el ámbito local, operaría a través de dos grupos de mecanismos. El primero, con el restablecimiento de los llamados derechos de participación y control vecinal. Y el segundo, con los novísimos procedimientos de participación en la

¹³²⁰ Sobre el auge de esta corriente participativa, ver importantes desarrollos como T ARROW, Sydney.

El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política. Alianza Editorial s.A.

Madrid, 1997. Así como COHEN, Jean y ARATO, Andrew. Sociedad civil Y teoría política. Fondo de Cultura Económica, México, 2000

¹³²¹ Desencanto que se observa con especial énfasis en nuestro medio, donde los ciudadanos no se sienten representados, provocando una crisis política que afecta la gobernabilidad y al propio sistema democrático

elaboración de los planes de desarrollo local y la aprobación del inédito presupuesto participativo.

a) El vigente régimen de los derechos de participación y control vecinal

El primer tema se verificó con la reincorporación del tema de la participación vecinal, en términos similares al artículo 256 de la Constitución de 1979, mediante la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 27680, que sustituyó íntegramente al Capítulo XIV del Título IV del documento de 1993. En el plano jurídico, fue este paso el inicio de la recuperación y retorno al proceso de descentralización del Estado, pasmado durante los ominosos años del autoritarismo de la década de los 90. El resultado de esta nueva voluntad política se cristalizó en el artículo 197 del nuevo Texto Constitucional, el mismo que está siendo objeto del presente comentario.

Esto se aprecia en la Ley N° 27972, la vigente Ley Orgánica de Municipalidades. A diferencia de las dos Leyes Orgánicas Municipales de finales del siglo XX -que hemos analizado líneas arriba- el tratamiento relativo a la participación vecinal no solo es sustancialmente más amplia, sino conlleva, también, una estructura diferente y novedosa.

Veamos, primero, lo similar. Definitivamente, la comparación del Título VIII denominado Los Derechos de Participación y Control Vecinal, de la actual Ley Orgánica de Municipalidades, con sus análogos del D. Leg. N° 051 Y de la Ley N° 23853, pone en evidencia una ampliación temática, un tratamiento más completo y sofisticado, así como la incorporación de nuevos derechos participativos y de control.

De saque, el artículo III aporta una elaboración más compleja de las políticas de participación, que las anteriores versiones:

"Los vecinos de una circunscripción municipal intervienen en forma individual o colectiva en la gestión administrativa y de gobierno municipal, a través de mecanismos de participación vecinal y del ejercicio de derechos políticos, de conformidad con la Constitución y la respectiva ley de la materia".

A continuación, la Ley Municipal ofrece una relación vasta de mecanismos para ejercer el derecho a la participación vecinal: a) derecho a la elección de los cargos municipales, b) iniciativa en la formación de normas municipales, c) derecho de referéndum, d) derecho de denunciar infracciones, e) derecho a ser informado, f) cabildo abierto, conforme a la ordenanza que el Concejo expida, g) juntas vecinales y otras asociaciones similares, h) comités de gestión; tal como está consignado en el artículo 113.

y lo sugestivo es que cada una de estas facultades merece un desarrollo amplio y detallado en los sucesivos artículos, comprendidos entre el 114 al 120, lo que demuestra que el legislador no se contentó con la mera enunciación, sino ingresó decididamente a su desarrollo, con el indudable propósito de garantizar su cumplimiento efectivo e ir, de esta manera, más allá de las declaraciones formales.

En segundo lugar, y esto sí resulta novedoso, se consignan los llamados derechos de control vecinal, en sentido estricto, como una variante de la participación en general, siguiendo, quizá, la pauta de la Ley N° 23600, que consagra estos derechos, su especificidad y diferenciación.

El artículo 121 reconoce dos: la revocatoria de autoridades municipales y la demanda de rendición de cuentas. Solo el primero accede a un desarrollo limitado, pues se limita a señalar que los cargos de alcaldes y regidores son revocables, "de acuerdo a las normas previstas en la Constitución y la ley en la materia". Así después de casi diez años, el instituto de la revocatoria es incorporado, de pleno derecho, en el seno de la Ley Orgánica de Municipalidades.

b) Los planes de desarrollo municipal concertados y el presupuesto participativo

Aunque, sin duda, existen cuestiones inéditas, el contenido del Título VIII de la actual Ley edilicia todavía se enmarca dentro de las pautas anteriores, en términos gruesos. La auténtica ruptura con la anterior tradición municipal participativa recién la encontramos en el Título VII de la Ley, relativo a los Planes de Desarrollo Municipal

Concertados y los Órganos de Coordinación. Sin embargo, la cuestión estaría incompleta y no se entendería cabalmente, si se omitiera la problemática novedosa del presupuesto participativo, que aparece en el artículo 53 de la Ley Orgánica, dentro el Título IV correspondiente al Régimen Económico Municipal.

Se recoge así la auspicio s a experiencia de gestión municipal realizada en la ciudad brasileña de Porto Alegre, en el año de 1989, donde se puso en marcha originales mecanismos institucionales para garantizar la participación de los vecinos en la elaboración y ejecución del presupuesto edilicio, interviniendo, por lo tanto, en la distribución de los recursos y en el señalamiento de las prioridades de inversión.

Este proceso, conocido como "presupuesto participativo", se convirtió -según autores especializados como Sousa Santos¹³²² en "la clave del éxito de la administración municipal" de Porto Alegre. Pero no solamente ello. Se lo concibe, también, como la "mediación institucional para la reinención de la teoría de la democracia" y "principio de organización de una administración municipal democrática y redistributiva".

Posteriormente, esta práctica fue exportada a otras ciudades del país vecino, con rutilante éxito, convirtiéndose en un verdadero modelo que ha trascendido sus propias fronteras.

¹³²² SOUSA SANTOS, de Bounaventura. Presupuesto participativo en Porto Akgre: para una democracia redistributiva. En: vv.AA. "Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa". Fondo de Cultura Económica, AA.vv. México D.F., 2004, pp. 395 Y 396.

El mencionado artículo 53 de la actual Ley Orgánica de Municipalidades asume plenamente estos conceptos y establece, de forma meridiana, que: "El presupuesto participativo forma parte del sistema de planificación". Es decir, el reconocimiento de que el presupuesto está íntimamente vinculado con esa gran herramienta para la gestión edilicia: el plan de desarrollo municipal concertado. Eso explica la denominación del Título VII de la Ley.

Por otro lado, el mismo artículo precisa la naturaleza del presupuesto participativo, relacionándolo con la participación vecinal; la misma que deberá ser regulada, en la forma como lo establece el artículo 197 de la Constitución reformada. Justamente, esta normación especializada aparece consignada en el aludido Título VII, pero, igualmente, en la Ley N° 28056, Ley Marco del Presupuesto Participativo, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 171-2003-EF, conformando un sugestivo cuerpo jurídico sobre la materia. Repasémosla escuetamente.

De acuerdo a esta legislación, esta participación de los vecinos en los procesos de formulación del Plan Concertado y el Presupuesto Participativo municipales se canalizan a través dos órganos inéditos: el Consejo de Coordinación Local Provincial y el Consejo de Coordinación Local Distrital, diseñados siguiendo la pauta de los Consejos de Coordinación Regional (artículo 191 de la Constitución reformada y la Ley N° 27902 que modifica la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales).

En efecto, el artículo 97 de la Ley Municipal ratifica la naturaleza coordinadora de estas instancias, mas no gubernativa. Ello se verifica cuando se dispone que tanto el Plan como el Presupuesto Participativo son aprobados por los respectivos concejos municipales, el legislativo local. Por lo tanto, estos órganos coordinadores son mecanismos de información, debate, consulta y propuesta. Ilustran a los órganos de gobierno, mas no los sustituyen.

Según el artículo 98 de la Ley Orgánica de Municipalidades, el Consejo de Coordinación Local Provincial es presidido por el alcalde e integrado por los regidores de la provincia, más los alcaldes distritales de la jurisdicción. Asimismo, lo integran los representantes de las organizaciones de la sociedad civil de la localidad, en una proporción equivalente al 40% de las autoridades municipales participantes. Son elegidas democráticamente, por un periodo de dos años, entre los delegados debidamente acreditados de las organizaciones de nivel provincial e inscritas en el registro que para dichos efectos abrirá la Municipalidad. Se reúne ordinariamente dos veces al año y extraordinariamente, cuando lo convoque el alcalde provincial. En las reuniones ordinarias se deberá integrar los planes distritales y coordinar, concertar y proponer el Plan de Desarrollo Concertado y el Presupuesto Participativo de la provincia (artículo 99). Con el objeto de que no haya duda, el artículo 100 declara que este Consejo "no ejerce funciones ni actos de gobierno". Finalmente, el funcionamiento de este órgano se regulará por ordenanza municipal, aprobada por el Concejo Povincial a propuesta de la instancia de coordinación (artículo 101).

El Consejo de Coordinación Local Distrital sigue la misma pauta, pero según el artículo 102 de la Ley Municipal, los alcaldes que concurren son los de los centros poblados del territorio. También se establece la limitación para que una misma organización no pudiera acreditarse simultáneamente en los niveles provinciales y distritales.

El referido Título VII de la Ley edilicia crea, además, la llamada Junta de Delegados Vecinales, conformado por los representantes de las organizaciones urbanas y rurales, "organizadas, principalmente" como juntas vecinales", correspondiendo a la Municipalidad "regular su participación, de conformidad con el artículo 197 de la Constitución Política del Estado" (artículo 106). Esta instancia tiene como funciones la proposición de las prioridades del gasto e inversión, apoyar la seguridad ciudadana, organizar actividades recreativas, fiscalizar la ejecución de los planes de desarrollo y otros similares (artículo 107).

Para terminar esta visión panorámica, debemos mencionar las disposiciones y normas contenidas en la Ley Marco del Presupuesto Participativo y su Reglamento.

En efecto, en dichas normas se encuentran los principios que animan a este instrumento de gestión, las instancias y mecanismos que establecen los procedimientos específicos, las evaluaciones técnicas, la formalización de acuerdos, la rendición de cuentas, los métodos de vigilancia, etc. En fin, todo un complejo y vasto universo, a la vez sugerente, por su enorme potencialidad para reinventar la democracia, desde una perspectiva participativa.

3. La problemática de la seguridad ciudadana

La segunda parte del artículo 197 de la Constitución reformada postula que las municipalidades: 'asimismo brindan servicios de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú, conforme a ley'.

No es causal, ni obedece a meras razones de economía normativa, que este tema aparezca en el mismo texto en el que se estipula la importancia de la participación vecinal en el desarrollo de la localidad. Ciertamente, hay fundamentos profundos, incluso principistas, para establecer esta vinculación.

3.1. Aparición del concepto de seguridad ciudadana

A diferencia de la noción de seguridad, a secas, que se remonta al advenimiento del Estado moderno, ese cuerpo político depurado de todo idealismo en cuanto sus fines comunes o trascendentes, verdadero dios mortal- según la idea de Thomas Hobbes- "que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la ayuda mutua contra sus enemigos, en el extranjero", razón por la cual le

debemos "nuestra paz y nuestra defensa"¹³²³, como función esencial, la llamada seguridad ciudadana es de reciente data.

Surge cuando se toma conciencia que la tranquilidad pública y la paz social no dependen, exclusivamente, de la fuerza estatal ni de la capacidad técnica de los aparatos de seguridad, creados para tal fin. En nuestro medio, ello cobró realidad en los años 80 del siglo anterior, cuando la violencia subversiva y el incremento de la delincuencia común desbordaron a la policía y la instancia de seguridad, haciendo evidente sus límites.

La ausencia del Estado llevó a la proliferación de mecanismos de autodefensa ciudadana, como las rondas campesinas, los cuerpos de vigilancia urbana, además de las compañías de policías particulares, para compensar los niveles crecientes de inseguridad.

Las municipalidades, que en esos años recuperaron su autonomía, fueros y recursos, no fueron insensibles ante este reto social. Existía en las corporaciones edilicias un viejo cuerpo de policía municipal, encargado de hacer cumplir las disposiciones de los gobiernos locales. Pero evidentemente, por su tipo de organización y lo limitado de sus funciones, no era la entidad idónea para cumplir las nuevas responsabilidades en materia de seguridad.

Por eso, algunos municipios distritales de Lima, particularmente el Concejo de San Isidro, crearon los llamados servicios de serenos, con sus respectivos arbitrios y atribuciones, para corregir los vacíos dejados por la Policía Nacional que abandona la calle (se había perdido la figura del "tombo" de la esquina), por estar abocada a la lucha antisubversiva y a la persecución de los delitos mayores.

Al calor de esta nueva práctica urbana se puso de moda el término "seguridad ciudadana", para denotar la participación de las organizaciones de la sociedad civil y de las propias municipalidades en la lucha contra la criminalidad local.

El Documento de 1993 refleja esta inédita realidad y consagra jurídicamente por primera vez el concepto, vinculándolo con la actuación municipal en es la clase de tareas. El artículo 195 a la letra decía:

"La ley regula la cooperación de la Policía Nacional con las municipalidades en materia de seguridad ciudadana",

Como se observa, desde el comienzo, la noción de "seguridad ciudadana" fue percibida como una función compartida entre la Policía Nacional y las Municipalidades, correspondiéndole al Gobierno Central mediante una ley determinar las formas de cooperación.

3.2. Precisando los alcances del concepto

¹³²³ Esta nueva concepción estatal tuvo en el pensador inglés su formulación más definida e, incluso, 'descarnada'. El Estado, por encima de todo, tiene la responsabilidad superior de preservar el orden público y la seguridad de sus súbditos. HOBBS, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Tomo 1. Sarpe, Madrid, 1984, p. 179.

Esta primera característica de la seguridad ciudadana -su relación con el quehacer municipal- se complementa y perfecciona con la idea de la participación vecinal en dicha tarea. En consecuencia, la institución técnica encargada de la seguridad, la Policía Nacional del Perú, deberá establecer una doble coordinación: con el municipio y los vecinos de la localidad.

Que la seguridad y la defensa del orden interno puedan ser, ahora, una responsabilidad compartida no solo entre entidades del Estado, sino con la propia sociedad civil, constituye una ruptura del monopolio de violencia legítima que concentró el Estado moderno, frente a las formas tradicionales de autocomposición de los conflictos, donde los mecanismos de seguridad eran múltiples y estaban dispersos.

Por esta razón, ni en la Constitución de 1979 ni en el Documento de 1993 la función de mantener el orden interno ofrece esta concurrencia plural de instituciones. El artículo 277 de la primera, como el artículo 166 del segundo, hace alusión

exclusiva a las Fuerzas Policiales o la Policía Nacional, sin mención alguna a los gobiernos locales y, menos aún, a las organizaciones sociales.

La misma inercia aparece en el artículo 3 de la Ley N° 27238, Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, vigente desde el 23 de diciembre de 1999. En vez de innovar y ponerse a tono con los nuevos tiempos, el citado numeral reproduce el mandato constitucional, en términos de exclusividad policial en los referente a la preservación de su finalidad fundamental: el orden interno.

Sin embargo, en el artículo 7 de la misma Ley, advertimos el objetivo impacto de la realidad. Entre el dilatado listado de funciones, el inc. 3) destaca:

"Garantizar la seguridad ciudadana. Capacita en esta materia a las entidades vecinales organizadas".

El texto es sustancial porque no solo se incorpora el tema participativo dentro de las estructuras orgánicas de la Policía Nacional, sino porque ayuda a clarificar el concepto.

En primer lugar, la misión fundamental sobre el orden interno adquiere especificidad, mediante la idea de seguridad ciudadana en los espacios locales. Dicho de otro modo, la seguridad ciudadana es el procedimiento de preservación del orden interno, en los términos municipales. Razón por la cual, la cooperación del gobierno edilicio resulta estratégica e insustituible, marcando sus notas y rasgos particulares.

En segundo lugar, la seguridad ciudadana no solo tiene una definida vocación local-a pesar de que puedan existir instancias de dirección y coordinación de mayor envergadura- sino está en estrecha vinculación con lo que el artículo 7 denomina "entidades vecinales organizadas". De esta manera, la cuestión de la seguridad se desplaza de sus ámbitos clásicos: policiales, técnicos,

burocráticos, administrativos y especializados, para ingresar en el exultante mundo de la sociedad civil.

Se trata de una visión donde la seguridad deja de ser un asunto exclusivo de las fuerzas del orden, para devenir en preocupación y responsabilidad de las organizaciones ciudadanas. Es la sociedad entera y ya no solo del aparato oficial, la que se vuelca a conseguir la paz social, la protección de la gente y sus bienes. La idea de deficiencia de este último, si bien está presente, ya no es la explicación principal, sino una relectura refrescante, a luz de la democracia participativa y sus ventajas.

El manejo del orden interno deja de ser monopolio funcional de las instituciones especializadas del gobierno central, para dar lugar a manejos descentralizados, específicos, con un fuerte componente participativo.

El artículo 197 de la Constitución reformada asume esta tendencia y por ello trata la seguridad ciudadana no solamente en el mismo artículo, sino como variante' renovadora de las prácticas participativas de la población, a escala local.

3.3. La seguridad ciudadana en las leyes de desarrollo constitucional

El retorno a la democracia, así como llevó a sus cotas más altas la temática de la participación vecinal, le ha dado un extraordinario impulso a la seguridad ciudadana.

Ciertamente, la vigente Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, ha otorgado un tratamiento privilegiado a esta cuestión. Pero más sugestivo resulta que a partir del 12 de febrero de 2003, se haya expedido un conjunto de leyes tendentes a reforzar, ampliar y precisar los alcances de la seguridad ciudadana, dándole al tema una dimensión que jamás ha tenido, y nos permite avizorar nuevos y espectaculares desarrollos en este campo.

Repasemos cada una de estas normas de forma sintética, para tener una visión completa del panorama actual de la seguridad ciudadana en nuestro medio.

a) La Ley Orgánica de Municipalidades

A diferencia de sus similares del último siglo, el Decreto Legislativo N° 051 Y la Ley N° 23853, la actual Ley Orgánica de Municipalidades ofrece un tratamiento adecuado del tema que estamos ventilando.

El artículo 85 tiene la particularidad de incorporar dentro de los predios de la seguridad ciudadana las acciones de la llamada defensa civil, es decir, las labores que corresponden a la prevención de desastres naturales y al manejo de las situaciones provocados por ellos. Esta fusión en un mismo texto legal, aunque discutible, porque se trata de temas distintos, no impide la autonomía conceptual de cada una de estas actividades. Por ello, sin perjuicio de lo anterior, es factible indagar, en solitario, por la problemática de la seguridad ciudadana.

El mencionado artículo, por otro lado, está estructurado siguiendo la pauta de distribución de competencias, establecido por la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización: competencias exclusivas de las municipalidades provinciales, competencias exclusivas de las municipalidades distritales y competencias compartidas entre ambas instancias u otras.

De este modo, a los municipios provinciales les corresponde, en exclusiva:

"Establecer un sistema de seguridad ciudadana, con participación de la sociedad civil y de la Policía Nacional, y normar el establecimiento de los servicios de serenazgo, vigilancia ciudadana, rondas urbanas, campesinas o similares, de nivel distrital o del centro poblado en la jurisdicción provincial, de acuerdo a ley".

En consecuencia, a las municipalidades distritales les alcanza:

"Organizar un servicio de serenazgo o vigilancia municipal cuando lo crea conveniente, de acuerdo a las normas establecidas por la municipalidad provincial respectiva".

Y; entre el ámbito de 10 compartido, las municipalidades provinciales deberán:

"Coordinar con las municipalidades distritales que la integran y con la Policía Nacional el servicio interdistrital de serenazgo y de seguridad ciudadana".

Este es el cuadro que presenta la Ley Municipal: la seguridad ciudadana aparece como una competencia compartida, correspondiéndole al gobierno provincial la función normativa y a los distritales la función ejecutiva. Además, y aunque la relación es marginal, se encarga a estos últimos la tarea de llevar "el registro y control de las asociaciones vecinales que recaudan cotizaciones o administran bienes vecinales, para garantizar el cumplimiento de sus fines" (Inc. 3.3, artículo 85).

b) Las leyes de seguridad ciudadana

El incremento de la criminalidad, especialmente la expansión del sentimiento de peligro en amplias capas de la población, generó una demanda que obligó al Gobierno a conformar una Comisión de Trabajo sobre Seguridad Ciudadana, presidido por el entonces Primer Vicepresidente de la República e integrado por los ministros del Interior y de Justicia, el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú, el Instituto Nacional Penitenciario, la Municipalidad Metropolitana de Lima y la Asociación Pro Seguridad Ciudadana (APROSEC), con el objeto de preparar propuestas legislativas sobre el tema¹³²⁴.

Tras once sesiones se acordó un conjunto de conclusiones, recomendaciones y plan de acción, que se tradujo en diez iniciativas legislativas, tendentes a

¹³²⁴ Ver Documento intitulado Actualización de Informe de Dispositivos Legales de Seguridad Ciudadana. Lima, Impreso en computadora, 2002

darle un nuevo y vigoroso impulso a la cuestión de la seguridad ciudadana, presentadas al Congreso de la República el 29 de octubre de 2002.

Posteriormente, en la edición del diario oficial El Peruano, de fecha 12 de febrero de 2003, apareció un verdadero paquete legislativo de siete normas legales, relacionadas con la constitución de un Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, con instancias, niveles y funciones, y temas afines, que ciertamente han revolucionado la problemática.

Veamos, a continuación, en qué consisten.

a) La Ley N° 27933, que crea el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, SINASEC, con el objeto de "coordinar eficazmente la acción del Estado y promover la participación ciudadana para garantizar una situación de paz social" (artículo 3), y cuyos componentes son el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana, los Comités Regionales, los Comités Provinciales y los Comités Distritales de Seguridad Ciudadana (artículo 4).

De acuerdo a la Ley y su Reglamento, aprobado por ns. N° 012-2003-IN del 7 de octubre de 2003, el Consejo Nacional es el órgano rector del Sistema. Le corresponde formular, conducir y evaluar las políticas de seguridad ciudadana y goza de autonomía funcional y técnica (artículo 5). Depende de la Presidencia de la República y es presidido por el Ministro del Interior. Lo integran los ministros de Justicia, de Educación, de Salud, Economía y Finanzas o sus representantes, el representante de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo o sus representantes, dos Presidentes Regionales, el Alcalde Metropolitano de Lima y los Alcaldes de las dos provincias capitales de departamento con mayor número de electores o sus representantes (artículo 6); y cuenta con una Secretaría Técnica como órgano de soporte técnico y administrativo, cumpliendo funciones ejecutivas y de coordinación, dependiente del Ministerio del Interior (artículos 11 y 13 del Reglamento).

Es necesario hacer una especial mención a los Comités Provinciales y Distritales de Seguridad Ciudadana, pues en ellos participan las municipalidades. Concretamente, le corresponde a los alcaldes de dichas circunscripciones presidir los referidos organismos, los cuales están integrados por la autoridad política de mayor nivel (subprefecto o gobernador), el jefe policial de mayor graduación, la autoridad educativa y de salud de la localidad, representantes del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Defensor del Pueblo, tres alcaldes distritales o dos del centro poblado, según el caso, y representantes de las rondas campesinas y de las juntas vecinales (artículos 15 y 16 de la Ley).

Hay que destacar que estos organismos, aunque fundamentalmente tienen una función deliberativa y coordinadora entre instancias comprometidas con el tema de la seguridad de los vecinos, sin embargo, pueden "formular, ejecutar y controlar los planes, programas y proyectos de Seguridad Ciudadana, en sus respectivas jurisdicciones" (inc. c del artículo 17 de la Ley). Más aún, el artículo 18 del Reglamento define a los Comités Provinciales como "órganos ejecutivos

del Sistema, que cumplen además 'la función técnico normativo respecto al cumplimiento de las funciones de los Comités Distritales, dentro de su demarcación territorial". Por su parte, estos últimos, de conformidad con el artículo 23 del Reglamento, son igualmente "órganos ejecutivos y constituyen las células básicas del Sistema".

Esto quiere decir que la seguridad ciudadana acentúa su carácter municipal tanto por la dirección y representación de los Comités, adjudicada a los alcaldes, como por ser concebidos como órganos ejecutivos del Sistema Nacional del Seguridad Ciudadana. Lo que implica no solo novedad, sino un giro radical verdaderamente asombroso en una materia que hace pocos años no aparecía en el horizonte edilicio.

Sin duda se trata de una de las principales innovaciones en la experiencia municipal, aunque todavía no se hayan desplegado todos sus efectos y consecuencias.

Las demás normas del paquete legislativo del 12 de febrero de 2003 son:

b) Ley N° 27934, que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, a [m de facilitar la actuación de las autoridades ante hechos delictivos de comisión inmediata, por lo cual la oportuna intervención resulta decisiva. Merece destacarse la ampliación del concepto jurídico de flagrancia, comprendiendo situaciones más allá del acto actual, como la detención después de una persecución inmediata o cuando es sorprendido con objetos o huellas que delatan que el delito acaba de ser cometido.

c) Ley N° 27935, que modifica artículos de la Ley de Ejecución de la Penas de Prestación de Servicios a la Comunidad y de Limitación de Días Libres, en el sentido de permitir que las municipalidades puedan participar en la ejecución de esta clase de penalidades menores y que redunde en beneficio de la comunidad, ya sea ofreciendo locales o determinando los servicios de redención que pudieran aplicarse.

d) Ley N° 27936, que altera las condiciones para el ejercicio de la legítima defensa, excluyendo el criterio absoluto de la proporcionalidad del medio empleado, por la idea de la necesidad racional del mismo, con lo cual se supera la rigidez anterior, que hacía ilusa esta institución.

e) Ley N° 27937, que modifica varios artículos del Código Penal, en el sentido de agravar las penas por los delitos de violencia y resistencia a la autoridad.

f) Ley N° 27938, que autoriza la asignación y uso de los bienes incautados en caso de delitos de secuestro o contra el patrimonio, cometidos en banda.

g) Ley N° 27939, que establece el procedimiento en caso de faltas, modificando los artículos pertinentes del Código Penal, con el propósito de darle importancia a esta clase de contravenciones, que pese a su poca magnitud, constituye, sin embargo, un vastísimo problema social.

Estas normas, como se observa, complementan las acciones en materia de seguridad ciudadana y ofrece un cuadro impresionante por las consecuencias, aún inéditas, que pudieran desarrollarse en el futuro.

DOCTRINA

BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia. Fondo de Cultura Económica, México, 1994; BELL, Daniel. Las contradicciones culturales del capitalismo. Alianza Editorial, Madrid, 1989; COHEN, Jean y ARATO, Andrew. Sociedad civil y teoría política. México, 2000; DELGADO SIL V A Ángel. Municipio, descentralización y movimiento popular. Editora Ingraf - Peruana, Lima, 1982; DEL AGUILA Rafaet Fernando; V ALLESPÍN y otros. La democracia en sus textos. Alianza Editoriat Madrid, 1998; FUKUY AMA, Francis. The end of de History? The National Interest , 16 (summer 1989); HELD, David. Modelos de democracia. Alianza Editoriat Madrid, 1991; HOBBS, Thomas. Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Tomo 1, Sarpe, Madrid, 1984; JURADO NACIONAL DE ELECCIONES. Consulta popular de revocatoria de autoridades municipales. Biblos S.A., Lima, 2001; MC CLINTOCK, Cynthia. Velasco, funcionarios y ciudadanos: políticas de cautela, de donde extraemos estos conceptos. Ver en W.AA. "El gobierno militar: una experiencia peruana 1968-1980". Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1985; PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS-PNUD. Informe sobre la democracia en América Latina. PNUD, 2004; SCHUMPETER, Joseph. Capitalismo, socialismo y democracia. Editorial Claridad, Buenos Aires, 1946; SOUSA SANTOS, Bounaventura y A VRITZER, Leonardo. Para ampliar el canon democrático. En W.AA. "Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa". Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2004; SOUSA SANTOS, de Bounaventura. Presupuesto participativo en Porto Alegre: para una democracia redistributiva. En W.AA. "Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa". Fondo de Cultura Económica, México, 2004; T ARROW, Sydney. El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política. Alianza Editorial S.A., Madrid, 1997; W.AA. Reección presidencial y derecho de referéndum. Foro Democrático y Fundación Hans Seidel, Lima, 1977; W.AA. El gobierno militar: Una experiencia peruana 1968 -1980. Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1985.

Capital de la República

Artículo 198

La Capital de la República no integra ninguna región.

Tiene régimen especial en las leyes de descentralización y en la Ley Orgánica de Municipalidades.

La Municipalidad Metropolitana de Lima ejerce sus competencias dentro del ámbito de la provincia de Lima.

Las municipalidades de frontera tienen, asimismo, régimen especial en la Ley Orgánica de Municipalidades.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 31,49,106,188 a 192, 194,195, 197,203 inc. 6), 12a nET.;

Ley 27783: arto 33;

Ley 27972: arto 151.

Angel Delgado Silva

1. Antecedentes constitucionales

La idea de que la ciudad de Lima, en tanto capital de la República, no puede ser gobernada bajo las pautas del régimen municipal común, aparece por primera vez en la Constitución Política de 1979. En efecto, el artículo 258 de la Carta determinó:

"La Capital de la República tiene régimen especial en la Ley Orgánica de Municipalidades".

Como se puede observar, en el plano constitucional dicha especificidad no asume, todavía, connotaciones metropolitanas, como concepto autónomo que analizaremos más adelante. Sin embargo, el hecho de que el régimen especial se regule dentro de la Ley Orgánica de Municipalidades nos remite a una institución de irrevocable vocación edilicia.

A nuestro juicio, esto descarta aquella tentación de constituir un gobierno de naturaleza regional para Lima, amparándose en el principio de especialidad que rige su organización institucional. Por ello, con buen criterio, la primera Ley Orgánica de Municipalidades del siglo xx, el Decreto Legislativo N° 051, en su Título IX desarrolló dicho artículo constitucional bajo la denominación: "De la Municipalidad Metropolitana", inaugurando un concepto que no solo concretiza "el régimen especial", sino que ha podido mantenerse inmutable desde entonces (16 de marzo de 1981), siendo una constante en las sucesivas leyes municipales, hasta el presente. '

Por su parte, la Carta Magna de 1993 mantuvo la noción de especialidad de su antecesora, pero con la novedad que lo asoció a una calidad determinada, a un "rango metropolitano". Pero lo curioso fue que dicha caracterización no fue privativa de la ciudad de Lima, sino que se extendió, también, a ciertas

ciudades capitales de provincia, cuya determinación quedaría librada a una ley posterior la cual nunca llegó a expedirse).

Pero repasemos lo que decía, en su integridad, el texto original del artículo 196:

"La capital de la República, las capitales de provincias con rango metropolitano y las capitales de departamento de ubicación fronteriza tienen régimen especial en la Ley Orgánica de Municipalidades.

El mismo tratamiento rige para la Provincia Constitucional del Callao y las provincias de frontera".

El afán de notoriedad de los promotores de dicho texto los conduce, en primer lugar, a flexibilizar los conceptos, a punto de desnaturalizar su esencia. Y este ánimo se traduce en un despropósito mayúsculo, cuando a su poca rigurosidad se adiciona la voluntad de satisfacer a todos.

De esta manera, "el régimen especial" se aplicará -además de las urbes mencionadas- a las capitales de departamento de ubicación fronteriza, la Provincia Constitucional del Callao y las provincias de frontera. Es decir, a casi todas las localidades del país. Cabe, entonces, preguntarse por las ciudades a las que alcanzaría el modesto régimen común municipal.

Ciertamente, la seriedad jamás fue el objetivo de ese ejercicio, el cual se invistió forzosamente de visos constitucionales, por meras razones de oportunidad. De ahí que las incongruencias, los vacíos y hasta las flagrantes contradicciones, como las consignadas en este artículo 196, no sean la excepción sino la regla. La razón es que nunca hubo propósito constitucional de verdad, en su acepción normativa y no exclusivamente descriptiva. Solamente el ánimo de cambiar las reglas constitucionales para perpetuarse en el poder del Estado¹³²⁵.

2. Antecedentes legislativos

Les correspondió a las Leyes Orgánicas de Municipalidades que se expidieron en los años de 1981 y 1984, la tarea de desarrollar el mandato constitucional relativo al "régimen especial", para la ciudad capital de la República, determinando su contenido preciso.

Como ya advertimos, el Título IX del Decreto Legislativo N° 051 -que comprende los artículos 119 al 140- fue la primera norma que desarrolló la cuestión de la Municipalidad Metropolitana, asignándola exclusivamente a Lima, tal como ordenaba el Texto Constitucional.

Así el artículo 120 explicitaba que: "La capital de la República se constituye en municipio metropolitano con jurisdicción en la Provincia de Lima". Ello se complementaba con el artículo 121, el cual sentenció que: "La municipalidad

¹³²⁵ Sobre esta voluntad política del golpe de Estado de 1992, ver la introducción redactada por BOREA ODRÍA, Alberto a la obra colectiva &refección presidencial y derecho de referéndum. vv'AA. Foro Democrático. Fundación Hans Seidel. Lima, 1997, pp. 11-36

metropolitana es el órgano de gobierno del Municipio Metropolitano, que se ejerce por la Asamblea Municipal de coordinación, el Concejo Metropolitano y el Alcalde".

Es menester destacar que, pese al esfuerzo por crear una institucionalidad local apropiada para la metrópoli limeña, el resultado fue magro. En efecto, de la lectura de todo el articulado no se perciben las notas o rasgos distintivos, capaces de marcar la especificidad que manda la Carta Política.

Ello se hace ostensible en las diferentes órdenes que concurren al diseño de esta municipalidad metropolitana.

Por ejemplo, en lo referente a las competencias y funciones no existe nada cualitativo, salvo la lista del artículo 124 de la Ley, que contiene, a manera de muletilla, la frase "de carácter metropolitano", en forma reiterada y abundante. De esta manera, las competencias, que son también las de las municipalidades provinciales, se transforman casi por arte de magia en "metropolitanas", por la frasecilla salvadora.

Sobre los mecanismos financieros, no hay rentas particulares que sufraguen las funciones metropolitanas. Y el régimen administrativo es el mismo que el régimen municipal general.

En lo orgánico se repite la estructura básica de las municipalidades provinciales; propias del régimen común. Es decir, la existencia de municipalidades distritales al interior de la municipalidad provincial, con alcaldes y regidores electos. Empero, la Municipalidad Metropolitana de Lima acusa en torno a ello una novedad. El distrito del Cercado, que tradicionalmente era administrado directamente por la Municipalidad de Lima, tendría ahora sus propias autoridades, nacidas del voto popular de dicha circunscripción.

Pero más relevante que ello es lo postulado por el artículo 123 de la Ley. Luego de afirmar que las municipalidades distritales "se rigen por las disposiciones que se señalan en la presente Ley para los Concejos Distritales en general", añade algo obvio pero, al mismo tiempo, fundamental: "con las limitaciones comprendidas en el presente Título" (el IX).

Sobre lo último, podemos decir que estas limitaciones se plasman en acciones como la aprobación del plan de desarrollo y el presupuesto metropolitano, que tienen fuerza vinculante. Pero, fundamentalmente, en la potestad normativa, contemplada en el inc. c) del artículo 124:

"Dictar ordenanzas y resoluciones de alcance metropolitano".

A través de estos instrumentos normativos se expresaría la autoridad de la Municipalidad Metropolitana de Lima sobre los distritos de la provincia. Pero, sin negar su importancia, no estamos ante una singularidad, pues es una réplica de las atribuciones que poseen las municipalidades provinciales de la República sobre sus municipios distritales.

Este régimen de Municipalidad Metropolitana de Lima fue reemplazado por el texto del Título VIII de la Ley N° 23853, la posterior Ley Orgánica de Municipalidades del 8 de junio de 1984, comprendido entre los artículos 129 al 146.

A pesar del consenso académico que estima a esta ley muy superior a su antecesora, motivo por el cual favoreció el despliegue y fortalecimiento de los entonces incipientes gobiernos locales⁽²⁾, la verdad es que en el tratamiento relativo a la Municipalidad Metropolitana de Lima no aportó algo adicional. Fue casi una copia textual de la norma jurídica de 1981. A pesar de su modernidad y sentido democratizador, en esta materia la nueva legislación edilicia no produjo desarrollos alternativos ni avanzados.

Sus artículos son una reiteración de lo anterior, si bien es destacable una mejor redacción, un tratamiento más completo y mayor claridad de los textos normativos.

En esta perspectiva, los Capítulos II y III del referido Título se esfuerzan por reordenar las atribuciones del Concejo y el Alcalde Metropolitanos, respectivamente, en pro de un énfasis metropolitano. Sin embargo, no llegan a configurar un cuerpo novedoso, dotado de funciones que vayan más allá de la mera réplica de las que corresponde a las municipalidades provinciales en general.

A pesar de ello, resulta menester efectuar un breve comentario del artículo 145 de la Ley N° 23853. En él se precisa la relación entre el Concejo Metropolitano y la Asamblea Metropolitana de Coordinación -integrada por los alcaldes distritales de la provincia de Lima- en materia de distribución de los recursos financieros, siempre y cuando alguna ley especial no lo haya previsto.

Sobre el punto, hay que señalar que la decisión final le corresponde al primero de los órganos, mientras que a la asamblea le compete pronunciarse consultivamente, en forma previa. A través de este mecanismo se consolida la autoridad de la Municipalidad Metropolitana sobre cada uno de sus distritos. Lamentablemente, durante la época de la dictadura, y particularmente desde la expedición del Decreto Legislativo

(2) Este argumento fue utilizado para salir al frente a los intentos de quienes apostaban por la dación de una nueva Ley Orgánica de Municipalidades, congruente con el espíritu y la letra de la llamada Constitución de 1993, que de haberse dictado hubiera significado, sin duda, un enorme paso atrás.

N° 776, nueva Ley de Tributación Municipal, este espacio se ha reducido al mínimo, fortaleciéndose, a la inversa y en contra de lo metropolitano, las municipalidades distritales.

3. La idea de metrópoli y municipalidad metropolitana

Antes de analizar el artículo 198 de la Constitución Política Reformada y su correspondiente legislación de desarrollo, resulta necesario repasar los conceptos de metrópoli y municipalidad metropolitana, sus significados para la

problemática urbana, el momento de su aparición, las consecuencias para la administración y gobierno de las grandes ciudades y retos que conlleva para la actuación urbanística. Ello nos permitirá evaluar si las normas municipales vigentes se adecuan o no a los estándares y pautas que las teorías formulan.

Empecemos advirtiendo que municipalidad metropolitana, como concepto teórico, no alude simplemente al gobierno municipal que se instala sobre una realidad urbana, conocida como metrópoli. Esta aproximación de carácter empírico -valedera para efectos descriptivos- tiene, sin embargo, la limitación que no da cuenta suficiente acerca de la constitución de una nueva forma urbana, compleja y vasta, llamada área metropolitana, la cual importa significativas transformaciones en la organización y conducción de la institución municipal que se monta. En consecuencia, los cambios operados en la evolución de las ciudades, hasta devenir en megaurbes, en metrópolis, constituyen el primer paso para replantear la problemática clásica de la municipalidad como forma de gobierno local.

Esto nos aleja de aquel tipo de ayuntamiento que surgió en el occidente europeo, hacia el siglo XII, al compás de la reactivación del comercio y el renacimiento de las ciudades, eclipsadas durante la Alta Edad Media, luego de la caída del Imperio Romano¹³²⁶. Este modelo edilicio se generalizó no solo en el viejo continente, sino que a fines del siglo XV fue extrapolado a los territorios americanos, alcanzando su práctica universalización¹³²⁷.

Pero no solamente ello. Aunque su existencia estuviera reñida con la lógica formativa del moderno Estado nacional, el municipio medieval se las arregló para soportar los arrestos absolutistas, primero, y, sobre todo, supo trascender las grandes mutaciones políticas-administrativas, que aparejó la revolución liberal, a partir de la culminación del siglo XVIII para adelante. Es decir, la municipalidad no desapareció -pese a su objetivo arrumbamiento durante largos periodos- sino, por el contrario dando muestras de extraordinaria flexibilidad, se adaptó a los nuevos tiempos y circunstancias con impresionante éxito.

Pero esta forma de gobierno local, de naturaleza municipal, encontró problemas, escollos y limitaciones, cuando la ciudad -su escenario natural- evolucionó hacia un estado superior, hacia una megaurbe, una metrópoli. Esta paradoja surge cuando el fenómeno urbano trascendiendo sus fundamentos administrativos -la ciudad política, propia de la antigüedad-, mercantiles -la ciudad comercial, que renació en el siglo XII-, y manufactureros -la ciudad industrial, que aparece en la segunda mitad del siglo XVIII- dimana hacia lo que Henri Lefebvre ha denominado "la sociedad urbana"¹³²⁸.

¹³²⁶ Sobre el tema son importantes los trabajos de DUTOUR, Thierry. *Lo ciudad medieval. Orígenes y triunfo de la Europa urbana*. Paidós. Barcelona, 2003; el clásico estudio de PIRENNE, Henfi. *Los ciudades de la edad media*. Alianza Editorial, Madrid, 1972; el capítulo 5: "El renacimiento del comercio y el crecimiento de la ciudades", en HODGETT, Gerald. *Historia social y económica de la Europa medieval*. Alianza Editorial. Madrid, 1991; entre otros.

¹³²⁷ Ver, por ejemplo, SANZ CAMAÑES, Porfirio. *Los ciudades en la América hispana. Siglos XV al XVIII*. Sílex. Madrid, 2004; y el notable ensayo de ROMERO, José Luís. *Lotinoamérica. Las ciudades y las ideas*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2001

¹³²⁸ LEFEBVRE, Henri. *La revolución urbana*. Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 7 Y ss.

Esta noción nos proyecta a una forma urbana, aun inexistente, pero con indubitable telos de virtualidad. Constituye, por eso mismo, un horizonte sugestivo, donde la nota dominante es la extensión de lo urbano a todos los ámbitos de la vida social. Una urbanización plena de la sociedad, que nos traslada a modos de convivencia humana, con características, retos y tensiones, absolutamente inéditos.

El surgimiento de una ciudad de proporciones inmensas y de alta complejidad socio-económica, por la concurrencia múltiple de funciones y actividades, una megaciudad, una verdadera metrópoli -también identificada como "área metropolitana" o "ciudad abierta"¹³²⁹ es el genuino producto urbano de nuestro tiempo.

Resultado de la gran expansión económica europea ocurrida entre los años de 1870 a 1914¹³³⁰ (antes de la iniciación de la primera Gran Guerra), expresión a su vez de ese formidable impulso tecnológico conocido como "la segunda revolución industrial", la ciudad, como jamás había sucedido en su historia, se transformó en el espacio productivo por excelencia, articulándose intensa y decididamente al proceso de generación de plusvalía, y pasó a ser el soporte físico e institucional de la reproducción del sistema capitalista más relevante¹³³¹.

Las características que adquiere el proceso productivo, debido a la utilización de nuevas fuentes de energía como la electricidad y el petróleo, de materias primas como el zinc, el aluminio y productos sintéticos, la innovación en medios de transporte y comunicaciones como el ferrocarril, los buques a vapor, los automóviles, el telégrafo y el teléfono, así como la introducción de métodos de producción a escala y estandarizada como el taylorismo y el fordismo, y la integración horizontal y vertical de empresas, en cárteles, trust, holding, etc., se traducen en una inédita forma urbana donde lo que la distingue:

"... no es solo su dimensión (que es consecuencia de su estructura interna), sino la difusión de actividades y funciones en el espacio y la interpenetración de dichas actividades según una dinámica independiente de la contigüidad geográfica"¹³³².

Esto quiere decir que en dicha área metropolitana tiene lugar todo tipo de actividades básicas, ya sean de producción o de consumo, sin que la distancia (por los nuevos medios de transporte y comunicación) sea un obstáculo insalvable, Siguiendo al mismo autor:

¹³²⁹ Sobre esta nueva realidad urbanística ver !BARRA ROBLES, Juan Luis. Las áreas metropolitanas en el modelo autonómico. Instituto Vasco de Estudios de Administración Pública. País Vasco, 1982, p. 23.

¹³³⁰ Sobre la drástica mutación productiva y comercial ver HOBBS WM, Eric. La era del imperio. 1875-1914. Editorial Crítica, Buenos Aires, 1999, pp. 42 a 64.

¹³³¹ Para el debate sobre las relaciones entre el modo de producción capitalista y las formas de urbanización contemporáneas, puede revisarse las reflexiones teóricas que aparecen en LOJKINE, Jean.

El marxismo, el Estado y la Cuestión urbana. Siglo XXI Editores, México, 1986, pp. 114 Y ss.

¹³³² CASTELLS, Manuel. La cuestión urbana. Siglo XXI Editores, México, 1978, p. 28

"La región metropolitana, en tanto que forma central de organización del espacio del capitalismo avanzado, disminuye la importancia del medio físico en la determinación del sistema de relaciones funcionales y sociales, anula la distinción rural y urbano, y coloca en el primer plano de la dinámica espacio/sociedad la coyuntura histórica de las relaciones sociales que la fundamentan"¹³³³.

Aunque obedeciendo a una lógica particular, determinado por sus propias circunstancias, este modelo metropolitano se hizo presente, también, en el mundo subdesarrollado. En este caso, el crecimiento urbanístico se produjo sin una industrialización de la envergadura inherente del llamado capitalismo avanzado, fomentando un sector terciario dominado por la informalidad, que no ha logrado prosperidad ni "modernidad generalizada y, por el contrario, sí bolsones de pobreza y marginalidad significativas. Esto se ha traducido en un grosero déficit de equipamiento urbano, en la precariedad de los servicios colectivos, en la segregación social abusiva y en una sensación de crisis permanente y decadencia inevitable"¹³³⁴.

Esta clase de incidencia productiva, múltiple y compleja, se traduce en un marcado gigantismo de aglomeración urbana, que ha significado no solo una expansión sin precedentes, sino la anexión de zonas periféricas, antes lejanas, diferentes y distantes, para integradas en la conglomeración urbana común. Este fenómeno que ha borrado la separación espacial entre barrios, parroquias, distritos, condados, suburbios y demás comunidades urbanas al interior de una ciudad, se conoce con el nombre de conuroación. 1'; ciertamente, tal modo de configuración del espacio urbano demanda una forma de gobierno y administración diferente y superior a la municipalidad clásica.

Es allí donde adquiere contenido concreto el concepto de municipalidad metropolitana, como entidad capaz de gobernar esta suerte de urbanización salvaje y desmesurada.

Siguiendo al profesor argentino Pedro Pirez, en la ciudad metropolitana concurren dos procesos concomitantes: la globalidad y la parcialidad¹³³⁵.

Lo primero expresa un referente político institucional múltiple, complejo y heterogéneo, que es justamente la realidad metropolitana, como realidad novedosa e irreductible. Lo segundo está conformado por las unidades territoriales dentro de las metrópolis, que pese a su integración no han perdido su identidad y problemas específicos.

Esta doble dinámica, global y específica, plantea con claridad los retos de la administración de la metrópoli. Por un lado, la necesidad de centralizar el gobierno¹³³⁶, para responder con eficacia a los problemas derivados de la conurbación, los cuales, por su magnitud, extensión y tamaño, no pueden

¹³³³ *Ibidem*, p. 32

¹³³⁴ Sobre el tema ver VY.AA. *Grandes metrópolis de América Latina*. Fondo de Cultura Económica, Sao Paulo, 1993.

¹³³⁵ PÍREZ, Pedro. *Las metrópolis latinoamericanas: el reto de las necesidades*. En *ibidem*, pp.

31 Y ss

¹³³⁶ *Ob. cit.*, p. 38

seguir siendo competencia de autoridades locales que asumirían frente al hecho metropolitano una percepción sesgada e inevitablemente parcial. Pero, simultáneamente, los vecinos de las circunscripciones que integran la realidad metropolitana no aceptan ver reducidos sus intereses particulares a la dinámica global de la metrópoli.

De esta manera, se gesta una tensión, casi irreductible, entre la eficacia para el manejo de una situación caracterizada por su alta complejidad, y la democracia local como mecanismo de reclamación por parte de vecinos, que se resisten, con justicia, a ser subsumidos en una totalidad que los uniformiza y los vuelca al anonimato colectivo.

Frente a estos dilemas, el autor español Juan Luis Ibarra, en su trabajo sobre Las áreas metropolitanas en el modelo autonómico, ya citado, siguiendo al italiano Giorgio Pastori, asume la posibilidad de tres tipos de soluciones al gobierno de las megaciudades:

"a) El respeto de la trama municipal existente, adoptando el gobierno metropolitano formas de asociación o colaboración entre los municipios existentes en el área".

"b) El sacrificio de la red municipal de base, produciendo su fusión integrativa en una entidad más amplia y comprensiva de la unidad de gobierno del área".

"c) La solución intermedia entre las dos extremas, que satisfaga a la vez la exigencia de un ente de gobierno metropolitano para la totalidad del área y la conveniencia de mantener el tejido municipal en el interior de la misma; esta solución vendría definida por la institucionalización de un nuevo ente por encima de las estructuras municipales con atribución al mismo de las funciones referentes al "gobierno" global del área (administración de doble grado o doble nivel de gobierno)"¹³³⁷.

Eficacia administrativa y democracia local son los dos principios que estructuran, conflictivamente, la llamada municipalidad metropolitana. Y como bien dice Ibarra, al analizar el escenario europeo:

"(...) el mantenimiento revisado de la estructura municipal en el interior del área metropolitana, es común a todos los procesos que priman la revaluación del ente local, en su dimensión democrática-participativa"¹³³⁸.

4. Análisis del régimen de municipalidad metropolitana en la legislación vigente

El artículo 198 de la Constitución reformada aplica el régimen de Municipalidad Metropolitana a la capital de la República, la ciudad de Lima. Ello no es casual ni fruto inexorable de su capitalidad, pues muchas ciudades capitales pueden gozar de un régimen especial de administración y gobierno, pero no el de municipalidad metropolitana, pues dichas urbes no han llegado a convertirse en metrópolis, como son los casos de Sucre, Brasilia y Quito, en América del Sur.

¹³³⁷ IBARRA ROBLES, Juan Luis. Ob. cit., p. 46

¹³³⁸ Ibídem, p. 46

Lima es una urbe situada a 154 metros sobre el nivel del mar, que según proyecciones del Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI, a junio de 2004, registraba una población de 7'237,745 habitantes, distribuidas en una extensión de 2,670.40 kilómetros cuadrados, razón por la cual tiene una alta densidad, de 2,710.36 habitantes por kilómetro cuadrado¹³³⁹.

Es, sin lugar a duda, una de las grandes y emblemáticas metrópolis de América Latina. Y como tal, acusa todos los problemas provenientes del subdesarrollo, los desequilibrios urbanos y conflictos sociales que las caracterizan.

Desde ese punto de vista, la capital del Perú es expresión típica de un crecimiento vertiginoso y espectacular, provocado por el radical deterioro de las condiciones de vida en el campo y el simultáneo impulso de políticas de industrialización en la ciudad, promovidas por las teorías de la CEPAL, de sustitución de importaciones, a partir de los años 40 del siglo pasado. En consecuencia, se pasa de los 645,000 habitantes a los volúmenes de hoy, una multiplicación por más de once, en un tiempo récord¹³⁴⁰.

Este hecho se traduce en un conjunto de déficit hasta ahora insuperable. En primer lugar, la infraestructura no es suficiente para albergar a la población allegada.

Del mismo modo, los servicios públicos locales no son capaces de dar cobertura a la mayoría de vecinos, dejando bolsones sin agua potable, electrificación y telefonía.

Por otro lado, la ausencia de planificación de desarrollo urbano ha provocado una ocupación del territorio desordenada y tumultuosa, que se manifiesta en condiciones de vida infrahumana, a la par de servicios prestados a precios muy caros. Ello explica que importantes zonas de la capital, antes emporios de progreso, se encuentran en franca decadencia, como el centro de Lima, mientras se gestan otros polos de desarrollo (Camacho, Jockey Plaza, Mega Plaza, etc.) en lugares residenciales altos o barrios emergentes (Lima Norte), ocasionando un rostro segregado con desigualdades extremas e indignantes. Finalmente, a estos problemas, hasta cierto punto clásicos, se ha sumado otros como el de la inseguridad ciudadana, debido al incremento de la criminalidad, la violencia urbana, la proliferación del meretricio clandestino, el consumo de drogas, el alcoholismo desenfrenado y las pandillas juveniles¹³⁴¹.

¹³³⁹ PERU: Compendio Estadístico 2004. INEI. Lima, 2004, p. 36

¹³⁴⁰ Ver ÍSMODES ALEGRÍA, Julio César. La ciudad de Lima. Economía urbana. Teoría y práctica. Talleres Gráficos de Cruz & Cia S.A. Lima, 1997, p. 273.

¹³⁴¹ Sobre la difícil situación de la ciudad de Lima se ha escrito mucho, desde la célebre novela de Salazar Bondy Lima la horrible, hasta notables ensayos que destacan carencias y tensiones. Entre ellos tenemos el trabajo de CARA VEDO MOLINARI, Baltazar. Lima: problema nacional Gredes.

Lima, 1987; el de FIGARI GOLD, Eduardo y RICOU, Xavier. Uma en crisis. Propuestas para la gestión de ms servicios urbanos en Uma Metropolitana. Universidad del Pacifico e IFEA. Lima, 1990; el del colettivo La Carta de Lima. Uma, crisis y alternativas. Cipur y Fundación Ebert. Lima, 1990; el de ORTIZ DE ZEVALLOS, Augusto. Urbanismo para sobrevivir en Uma. Apoyo S.A. y Fundación Ebert. Lima, 1992; el Seminario Internacional Lima: gestión y ciudadanía. Universidad de Lima y Prorrúa. Lima, 1999; entre los más importantes

La antigua Ciudad de los Reyes se constituye, entonces, en todo un reto para la imaginación y la gobernabilidad. Durante muchos años, las tendencias que concurren a estructurar el paisaje limeño estuvieron fuera de todo control, por lo que no fue posible programar su desarrollo urbano. En el plano institucional, las carencias adquirieron un dramatismo ampliado, pues no solo era evidente que el Municipio limeño -a pesar de su abolengo proveniente del histórico cabildo creado por el propio fundador de la ciudad- estaba absolutamente desfasado para dirigir la nueva dinámica urbana, que se gesta hacia la mitad del siglo XX¹³⁴². Además, el gobierno central-responsable en esos años de las principales inversiones en obras y servicios urbanos de la capital- tampoco tenía una actuación eficiente, pues cada sector, empresa pública e institución estatal incidían en la urbe por su cuenta, sin ninguna coordinación e incluso sin conocimiento entre ellos.

En consecuencia, la ausencia de autoridad competente, nacional o local, para el manejo de una metrópoli en ciernes, para encauzar el acelerado proceso de transformación de la ciudad capital, provocó un enorme vacío que fue aprovechado por los impulsos y estímulos espontáneos, tanto de los poderes inmobiliarios, que perseguían maximizar la renta urbana, como por parte de los contingentes de migrantes -que durante esos años crecieron espectacularmente- que promovían invasiones de los terrenos periféricos de Lima. Esta peculiar dinámica estuvo sobre la base de su crecimiento inorgánico, desigual y caótico, que hasta el momento es una de sus señas distintivas.

Por esta razón, cuando en los años 80 del siglo anterior la democracia peruana fue recuperada y se puso en marcha un ambicioso plan de descentralización del país -sobre la base de la creación de regiones y la reactivación y reformulación- se pensó en la necesidad de un régimen edilicio especial para la administración y gobierno de la gran Lima, capaz de atender su compleja problemática.

Esta percepción fue recogida en el artículo 258 de la Constitución Política de 1979: "La Capital de la República tiene régimen especial en la Ley Orgánica de Municipalidades". Sin embargo, su desarrollo en las Leyes Orgánicas de Municipalidades no llega a plasmar cabalmente ese régimen especial reclamado, estableciendo con claridad las diferencias, particularidades y demás notas distintivas, con el régimen municipal general o común, como hemos tenido de revisar en la parte introductoria de estos comentarios.

Como ya lo hemos dicho, no se puede tomar en serio lo postulado por el texto original del artículo 196 de la Carta Magna, pues con el objeto de contentar a todo el mundo, el régimen especial se extendió a otras realidades distintas a Lima Metropolitana (el Callao, las capitales de cada departamento, las capitales de "provincias de rango metropolitano"¹³⁴³ y las provincias ubicadas en las

¹³⁴² Entre otras cosas porque la norma que lo regulaba, la Ley Orgánica de Municipalidades, era del año 1892, cuando Lima era un poco más que una aldea.

¹³⁴³ Aunque esta propuesta nunca fue desarrollada, pues, el gobierno de Fujimori no expidió Ley Orgánica de Municipalidades alguna, podemos interpretar que los autores del desaguisado tenían en mente ciudades como Chimbote, Sullana, 110, Tarapoto, etc. las cuales son más grandes y dinámicas que sus respectivas capitales de departamento

fronteras), con lo cual el mencionado régimen pierde su razón de ser, su especificidad, con la consiguiente desnaturalización del concepto.

En consecuencia, con buen criterio, el actual artículo 198, modificado por la Ley N° 27680, Ley de Reforma Constitucional del Capítulo XIV del Título IV; sobre Descentralización, ha restringido la noción de régimen especial únicamente a la capital de la República; y va más allá, porque a diferencia del texto de la Carta de 1979, no tiene duda en caracterizar a dicho régimen en Municipalidad Metropolitana de Lima.

Pero hay algo más. El referido artículo constitucional zanja un prolongado debate, ocurrido en las dos últimas décadas, acerca de si Lima Metropolitana debería ser una región propia o armar una conjuntamente con el Callao o con las demás provincias del departamento de Lima¹³⁴⁴.

En vez de ello, el artículo 198 de la Constitución Reformada sanciona de modo definitivo: "La Capital de la República no integra ninguna región". Con esta sentencia no solo queda atrás un ardoroso debate, sino que el régimen especial para la ciudad de Lima, además de sus connotaciones edilicias, adquiere un contenido adicional cuyas características y precisiones serán materia de las leyes de desarrollo ulteriores: "Tiene régimen especial en las leyes de descentralización y en la Ley Orgánica de Municipalidades".

En cuanto a las normas de desarrollo ya expedidas, la situación también ha cambiado con relación a lo dispuesto por la Constitución de 1979, pues esta vez no se limita a la Ley Orgánica de Municipalidades sino a otros textos como la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, además de sus correspondientes modificaciones y anexos. Analicemos el tratamiento en cada uno de estos casos.

Primero, el artículo 33 de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización se refiere al tema de la siguiente manera:

"En el ámbito de la provincia de Lima, las competencias y funciones reconocidas al gobierno regional, son transferidas a la Municipalidad Metropolitana de Lima, con arreglo a lo previsto en la presente ley. Asimismo, la ejecución de obras de inversión en infraestructura estará a cargo de dicha municipalidad o de las municipalidades distritales respectivas, previo convenio con el sector correspondiente.

Toda mención contenida en la legislación nacional que haga referencia a los gobiernos regionales, se entiende también hecha a dicha municipalidad, en lo que resulte aplicable".

Segundo, el artículo 65 de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, refuerza los alcances de la norma anterior:

¹³⁴⁴ Esta última fue la propuesta del Plan Nacional de Regionalización, aprobado por Ley N° 23878.

"La capital de la República no integra ninguna región. En la provincia de Lima las competencias y funciones reconocidas al gobierno regional son transferidas a la Municipalidad Metropolitana de Lima, la cual posee autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia regional y municipal. Toda mención contenida en la legislación nacional que haga referencia a los gobiernos regionales, se entiende también hecha a la Municipalidad Metropolitana de Lima, en lo que le resulte aplicable".

Tercero, el artículo 151 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, termina de precisar el ya famoso régimen especial para la provincia de Lima, capital de la República:

"La capital de la República tiene el régimen especial del presente título, de conformidad con el artículo 198 de la Constitución.

Dicho régimen especial otorga a la Municipalidad Metropolitana de Lima, en armonía con el artículo 198 de la Constitución y el artículo 33 de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, competencias y funciones específicas irrestrictas de carácter local metropolitano y regional".

A partir de la lectura de los textos legales, podemos concluir que el contenido del régimen especial para la ciudad de Lima será una suerte de simbiosis entre competencias y funciones metropolitanas y regionales.

Pero esta lectura no debe, en ningún caso, soslayar la peculiar arquitectura de la municipalidad metropolitana. Es mucho más compleja que la mera absorción de la problemática regional, aunque el Capítulo I sobre el Régimen Especial de Lima Metropolitana, del Título V, relativo a los Regímenes Especiales de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, así lo destaque.

Consideramos que esta caracterización de la municipalidad metropolitana es incompleta, y en última instancia falsa. Lo metropolitano no está dado por la incorporación de los temas regionales, sino que tiene una entidad propia, derivada del modo en que se estructura y gobierna una realidad urbana que ha devenido en metrópoli.

Por eso, el desarrollo de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales es inexacto. En efecto, el artículo 66, modificado por el artículo 2 de la Ley N° 27902, Ley que incorporó mecanismos para la participación de los alcaldes provinciales y de la sociedad civil en los gobiernos regionales, establece una estructura básica de Concejo Metropolitano de Lima, la Alcaldía Metropolitana de Lima y la Asamblea Metropolitana de Lima, que salvo el adjetivo metropolitano no difiere de los órganos municipales existentes. La única novedad estaría en que la redacción de estas instituciones recoge, al comienzo, la frase "al que corresponden las competencias y funciones del Consejo Regional", "al que corresponde las competencias y funciones de la Presidencia

Regional" y "a la que corresponden las competencias y funciones del Consejo de Coordinación Regional", respectivamente.

Lo que hace la ley equiparar los órganos de gobierno municipal con los del gobierno regional, para terminar fusionando los últimos en las instancias edilicias de Lima, adquiriendo entonces su especialidad y fisonomía metropolitana.

Igual sucede cuando trata de las llamadas competencias y funciones especiales del Concejo Metropolitano de Lima, plasmadas en el artículo 67, también modificado por el artículo 2 de la Ley N° 27902. En este caso, podemos afirmar que la aprobación del Plan Regional de Desarrollo Concertado de Lima Metropolitana, del Presupuesto Regional Participativo de Lima Metropolitana, así como las otras atribuciones, como dictar las normas que regulen las competencias regionales, determinar las áreas interdistritales e instancias de coordinación y planificación interregional, aprobar la ejecución de las inversiones públicas de ámbito regional metropolitano que lleve a cabo el Gobierno Central, autorizar el tratamiento de cuencas y corredores económicos en coordinación con las regiones correspondientes, aprobar la formación de sistemas integrales y de gestión común para los servicios públicos de carácter regional en áreas interregionales, aprobar programas regionales de formación de empresas, consorcios, y unidades económicas metropolitanas, autorizar las operaciones de crédito regional interno y externo, a pesar de su radicalismo, no constituyen, a nuestro juicio, elementos que tipifiquen la diferencia específica de esta forma de gobierno denominado municipalidad metropolitana.

Será menester, entonces, buscar en el Título XIII de la Ley Orgánica de Municipalidades, criterios determinantes para poder sustentar jurídicamente la auténtica especificidad de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Podemos adelantar que, a diferencia de sus antecesoras, la actual Ley Orgánica de Municipalidades ofrece un tratamiento distinto del tema de la municipalidad metropolitana, que va más allá de las generalidades, adjetivaciones intonsas y lugares comunes; y, por el contrario, permite acercarse al meollo de lo singular, de lo específico y de lo irreductible de esta novedosa institución edilicia, más allá de la mera adición de competencias y funciones propias de un gobierno regional.

Cuando revisábamos el tema de las metrópolis, líneas arriba, advertíamos que lo peculiar de este fenómeno urbano radica en ese proceso llamado conurbación, por el cual el crecimiento descomunal de la ciudad ha incorporado áreas contiguas, periféricas y aledañas, configurando un todo continuo, donde ya no es posible establecer demarcaciones físicas porque, justamente, estas se han perdido en beneficio de una integración uniformadora.

Esta nueva realidad pone en cuestión la tradicional administración municipal de las ciudades, que separaba los niveles provinciales de los distritales, en una articulación que se justificaba porque el espacio provincial era lo suficientemente heterogéneo como para permitir la vigencia de municipalidades distritales, encargadas de tareas específicas dentro de su jurisdicción. En un escenario de estas características, la municipalidad provincial, además de manejar directamente el distrito matriz y primigenio, denominado el Cercado,

coordinaba las acciones comunes de los gobiernos distritales, como tarea principal.

Pero en un teatro de operaciones distinto, marcado por el hecho de la conurbación, la municipalidad provincial no puede seguir siendo un mero órgano de coordinación, de políticas impulsadas por las corporaciones de los distritos.

La dialéctica globalidad-parcialidad, principio que organiza el dinamismo de las metrópolis, implica dar prioridad a las instancias centrales de dirección sobre los impulsos de las instancias locales. Es decir, se imponen mecanismos de centralización para poder ordenar el conjunto urbano y las megatendencias que en él operan.

Por esta razón, el momento global adquiere una importancia que supera la mera coordinación de política y tareas que han venido ejecutando las municipalidades provinciales. Se vuelven imprescindibles la visión integral y totalizadora, las decisiones globales, las macro políticas que pongan en marcha la metrópoli como un todo, por encima de las particularidades que puedan eventualmente existir.

Esta orientación del gobierno de las metrópolis se plasma en la relación de la municipalidad metropolitana con sus respectivas municipalidades distritales. El artículo 154 de la actual Ley Orgánica de Municipalidades afirma el predominio metropolitano:

"La Municipalidad Metropolitana de Lima ejerce jurisdicción, en las materias de su competencia, sobre las municipalidades distritales ubicadas en el territorio de la provincia de Lima. Se rigen por las disposiciones establecidas para las municipalidades distritales en general, en concordancia con las competencias y funciones metropolitanas especiales, con las limitaciones comprendidas en la presente ley y las que se establezcan mediante ordenanza metropolitana" (cursivas nuestras).

La norma es clara y concluyente. La municipalidad metropolitana tiene imperio sobre sus distritos, salvo las materias que le competen directamente a estos. La relación de autonomía entre municipalidades provinciales y distritales, propia del régimen edilicio común, se ve alterada a favor de los niveles metropolitanos, es decir, las municipalidades distritales, por efectos de la conurbación, pierden funciones y competencias en aras a las de carácter metropolitano; lo particular cede ante lo general.

Esa es la esencia del llamado régimen especial de Municipalidad Metropolitana.

Esta preeminencia de lo metropolitano sobre lo distrital se expresa, también, en otras disposiciones de la Ley Orgánica de Municipalidades. Repasémoslas brevemente.

El artículo 157 de la ley, relativo a las atribuciones del concejo metropolitano, contiene normas que refuerzan el papel de la municipalidad metropolitana Primero. La aprobación de un cuerpo normativo llamado Estatuto del Gobierno

Metropolitano de Lima, que se aprueba por ordenanza municipal. Este estatuto no existe para las regiones, menos aún para los gobiernos municipales. Tampoco se confunde con el régimen interior de la Municipalidad Metropolitana, que está contemplado en el inciso 10. Se trata, entonces, de una auténtica singularidad en el mundo de los gobiernos descentralizados, que tiene algún parangón con la potestad estatutaria de las Comunidades Autónomas en España, aunque en este caso el estatuto se aprueba por ley de las Cortes. También trae remembranzas de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, consagrada por la reformada Constitución de 1994 (inciso 1).

Segundo. La potestad normativa de dictar ordenanzas sobre asuntos municipales y regionales "las cuales tendrán alcance, vigencia y preeminencia metropolitana" (inciso 2).

Tercero. El aprobar y evaluar el Plan Regional de Desarrollo Concertado y los Planes Directores de los distritos (inciso 6).

Cuarto. El aprobar las normas "para implementar la integración de las municipalidades distritales ubicadas en la provincia de Lima en la Municipalidad Metropolitana de Lima, de acuerdo al desarrollo de los planes y programas metropolitanos, en forma integral y armónica" (inciso 11).

Quinto. El aprobar el Sistema Metropolitano de Seguridad Ciudadana y crear el Serenazgo Municipal Metropolitano, así como reglamentar su funcionamiento (inciso 17).

Este rol dirigente también está presente en el artículo 161 de la Ley Orgánica, que versa sobre las competencias y funciones metropolitanas especiales. Esto significa que además de las funciones y competencias de carácter general existe un núcleo de funciones y competencias especiales, que corresponden exclusivamente a la naturaleza metropolitana del municipio.

Entre ellas tenemos el mantener y ampliar la infraestructura metropolitana, controlar el uso de suelo, organizar y administrar el Sistema Metropolitano de Parques, mantener actualizado el catastro metropolitano, definir y preservar la red vial metropolitana y el sistema de señalización del tránsito, reglamentar el otorgamiento de licencias de construcción, promover programas de vivienda, diseñar programas de destugurización y renovación urbana, organizar el Sistema Metropolitano de Tratamiento y Eliminación de Residuos Sólidos, planificar y regular el transporte público, entre las más relevantes.

Finalmente, el artículo 166 de la Ley Orgánica establece lo que denomina rentas metropolitanas especiales, además de los recursos financieros de carácter común. Es decir, se reconoce que la Municipalidad Metropolitana de Lima, con la incorporación de funciones y competencias de Gobierno Regional, con funciones y competencias metropolitanas especiales, debe tener igualmente unas rentas metropolitanas especiales.

Aunque el tema no está lo suficientemente desarrollado, su importancia radica en que expresa la voluntad de darle forma y contenido a esa realidad singular, que es la Municipalidad Metropolitana de la ciudad capital de la República.

DOCTRINA

CARA VEDO MOLINARI, Baltasar. Lima: problema nacional. Gredes. Lima, 1987;

CASTELLS, Manuel. La cuestión urbana. Siglo XXI Editores, México, 1978;

DUTOUR, Thierry. La ciudad medieval. Orígenes y triunfo de la Europa urbana.

Paidós. Barcelona, 2003; FIGARI GOLD, Eduardo y RICOU, Xavier. Lima en crisis. Propuestas para la gestión de los servicios urbanos en Lima Metropolitana. Universidad del Pacífico e IFEA. Lima, 1990; HOBBS, Eric. La era del Imperio.

1875-194. Editorial Crítica, Buenos Aires, 1999; IBARRA ROBLES, Juan Luis.

Las áreas metropolitanas en el modelo autonómico. Instituto Vasco de Estudios de Administración Pública. País Vasco, 1982; ÍSMODES ALEGRÍA, Julio César.

La ciudad de Lima. Economía Urbana." Teoría y Práctica. Talleres Gráficos de Cruz & Cia S.A., Lima, 1997; LEFEBVRE, Henri. La revolución urbana. Alianza Editorial, Madrid, 1980; LOJKINE, Jean. El marxismo, el Estado y la cuestión urbana.

Siglo XXI Editores, México, 198; ORTIZ DE ZEVALLOS, Augusto. Urbanismo para sobrevivir en Lima. Apoyo S.A. y Fundación Ebert, Lima, 1992; PIREZ, Pedro. Las metrópolis latinoamericanas: el reto de las necesidades. En: VV.AA. Grandes metrópolis de América Latina. Fondo de Cultura Económica, Sao Paulo, 1993.

PIRENE, Henri. Las ciudades de la Edad Media. Alianza Editorial, Madrid, 1972;

HODGETT, Gerald. Historia social y económica de la Europa medieval. Alianza Editorial, Madrid, 1991; ROMERO, José Luis. Latinoamérica. Las ciudades y las ideas. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2001; SANZ CAMAÑES, Porfirio. Las ciudades en la América Hispánica. Siglos XV al XVIII. Sílex. Madrid, 2004; VV.AA.

Reelección presidencial y derecho de referéndum. Lima, Foro Democrático - Fundación Hans Seidel, Lima 1997.

Fiscalización y presupuesto de los gobiernos regionales y locales

Artículo 199

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

Los mencionados gobiernos formulan sus presupuestos con la participación de la población y rinden cuenta de su ejecución, anualmente, bajo responsabilidad, conforme a ley.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 77, 78, 82;

Ley 23853: arto 108;

P.I.D.C.P.: arto 1.2;

P.I.D.E.S.C.: arto 1.2

Daniel Yacolca Estares

1. La descentralización y los gobiernos regionales y locales

En un sentido amplio, el Estado de Derecho representa, dirige y regula la vida de la sociedad; asimismo, es el encargado de garantizar la satisfacción de sus necesidades públicas, así como facilitar y vigilar el adecuado suministro de los bienes privados.

Expresada la naturaleza del Estado en tales términos, el Gobierno en todos sus niveles debe velar por el bienestar social, considerando como principio fundamental la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. Esto implica, entonces, que la eficacia de las acciones de gobierno debe evaluarse, fundamentalmente, en función a su "impacto" en el bienestar de la sociedad.

En ese sentido, el modo en que se estructura el poder financiero dependerá en gran medida de cómo se organiza políticamente cada Estado. Así, cuando se trate de una comunidad política organizada en un Estado centralizado, su constitución atribuirá la titularidad del poder financiero en exclusiva a este. Por el contrario, si se trata de una comunidad política organizada en un Estado descentralizado, en el que se reconozcan diversos entes de base territorial con autonomía política a los cuales su constitución haya atribuido el ejercicio de determinadas competencias, será lógico que tales entes subestatales tengan también atribuido el poder financiero necesario para el adecuado cumplimiento de esas competencias¹³⁴⁵.

En los círculos académicos y financieros internacionales se va afirmando, con creciente consenso, el reconocimiento de la importancia de la descentralización

¹³⁴⁵ MÉNDEZ MORENO, Alejandro. Derecho Financiero y Tributario. Parte general. Lecciones de Cátedra. 4ª edición, Editorial Lex Nova. Valladolid, 2003, p. 57.

del Estado para que los países subdesarrollados puedan incorporarse favorablemente a las grandes tendencias del cambio y el progreso.

La evidencia histórica reciente demuestra que la descentralización del gasto público está produciendo beneficios en países en vía de desarrollo de otras latitudes, así como gran parte de América Latina. Está mejorando la calidad de la administración pública y la representación de los intereses de las empresas y los ciudadanos de esos países; concomitantemente, la competencia entre las provincias y localidades está estimulando la formulación de políticas y programas más eficaces.

Informes recientes de instituciones como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, permiten convalidar que existe una especie de regla general relacionada con la distribución del gasto público entre el gobierno central y los gobiernos locales, la cual consiste en lo siguiente: en los países desarrollados la participación de los gobiernos locales es significativa, en tanto, en los países subdesarrollados los gobiernos locales participan con un reducido porcentaje en la ejecución del gasto público.

Aunque con un menor grado de diferencia, este tipo de relación se puede observar también en lo concerniente a la facultad de recaudar tributos: en los países industrializados la proporción de la recaudación tributaria a cargo de los gobiernos locales respecto al gobierno general es mayor que en los países subdesarrollados¹³⁴⁶.

Ahora bien, en nuestro país, el artículo 43 de la Constitución de 1993, reproduciendo el numeral 79 de la Carta de 1979, establece que el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana, que conforma un Estado único e indivisible, cuyo gobierno es unitario, representativo y descentralizado, el cual se organiza en base a la división de poderes.

Con arreglo a nuestra Norma Fundamental, existen tres niveles de gobierno: Gobierno Central, Regional y Local (este último de ámbito provincial, distrital y de centro poblado menor).

La entrada en vigencia de la Ley N° 27680, que aprueba la reforma constitucional del Capítulo XIV del Título IV; sobre Descentralización, y la reciente modificación del artículo 74 para otorgar potestad tributaria a los Gobiernos Regionales, muestran intenciones positivas a nivel normativo para que nuestro país ponga a prueba la descentralización tan esperada, que coadyuve a su desarrollo integral.

En ese sentido, se promulgó la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783, en la que se establecen los principios de la descentralización, los objetivos, los tipos de competencias, criterios de asignación y solución de

¹³⁴⁶ Descentralización del Estado y modernización de la municipalidad para enfrentar los desafíos del desarrollo local sostenible. En:

http://www.agn.gov.ar/asamblea_web/doc/colaboraciones_tecnicas/tema_1_1_peru%20control%20ciudadano.pdf.

conflictos; la participación de la ciudadanía; se norma sobre los planes de desarrollo y presupuesto; y se fijan las competencias, nacionales, regionales y locales. Por su parte, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867, precisa el campo de acción, los conceptos y definiciones de la regionalización del país.

Con fecha 17 de noviembre de 2002 se eligieron a los presidentes regionales y alcaldes de los gobiernos locales, iniciando de este modo la materialización de la descentralización del Estado peruano. Desde el 1 de enero de 2003 han comenzado a funcionar los 25 gobiernos regionales, y actualmente pueden crear contribuciones y tasas. Dicha potestad tributaria debe ser ejercida concertadamente con los otros niveles de gobiernos. El objetivo es no incrementar la carga tributaria de los contribuyentes, sino distribuir la ya existente, por lo que se debe buscar medios técnicos y de política fiscal para reducir o sincerar las inafectaciones, exoneraciones e identificar los índices de evasión tributaria dentro de un sistema tributario adecuado a nuestra realidad.

Creemos que se ha dividido el tipo de competencias en exclusivas, compartidas y delegables. Asimismo, para la asignación de funciones y competencias, se han determinado criterios como el de subsidiaridad, de selectividad y proporcionalidad; criterio de provisión y criterio de concurrencia, entre los tres niveles de gobierno.

Un ejercicio adecuado de las competencias, según sus características, permite evitar los futuros conflictos de competencia entre los gobiernos central, regional y local. Aunque en el funcionamiento se verán las deficiencias de la ley, es de creer que lo normado se ajusta a una primera prioridad: el definir con exactitud las competencias que les corresponden¹³⁴⁷. Por supuesto, no debemos dejar de lado la importancia de los recursos humanos con lo que se cuenta y asigna actualmente, pues para lograr objetivos generales y específicos se debe contar con personal idóneo. Asimismo, el liderazgo que debe haber en las instituciones públicas es fundamental para generar confianza y un servicio de calidad para la ciudadanía.

Por su parte, la Constitución señala respecto a las municipalidades provinciales, distritales y las delegaciones, que son órganos de gobierno local con autonomía política, económica y administrativa. Actualmente, hay mucho que hacer en todos los ámbitos de dichos gobiernos. Su problemática es global.

¹³⁴⁷ De acuerdo con la Constitución de 1993, los gobiernos regionales y locales tienen las siguientes competencias:

- Gobiernos regionales (artículo 192): 1. Aprobar su organización interna y su presupuesto; 2. Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil; 3. Administrar sus bienes y rentas; 4. Crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, conforme a ley; 5. Regular y otorgar las autorizaciones, licencias, y derechos sobre los servicios de su responsabilidad; 6. Promover el desarrollo socioeconómico regional y ejecutar los planes y programas correspondientes; 7. Dictar las normas inherentes a la gestión regional; 8. Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria

Por ello, los problemas en nuestro país no solamente se reducen a la escasez actual de recursos, sino a cómo se emplean estos para que su carencia no sea más acentuada en el futuro. En la solución de los mismos las municipalidades de las ciudades y de los pueblos, tienen reservado un importante rol. Y así lo reconoce la Convención de Río cuando señala que uno de los requisitos fundamentales para alcanzar el desarrollo sostenible es la amplia participación de las personas y las instituciones, desde sus niveles básicos de organización, esto es, desde sus ámbitos locales.

Por otra parte, la revisión de los instrumentos legales con que cuentan las municipalidades, permite conocer que estos órganos de gobierno local tienen asignadas muchas e importantes funciones, pero contrariamente, disponen de muy pocos recursos; determinando así una brecha de demanda insatisfecha en la comunidad, en la mayoría de casos, porque carecen de alcaldes emprendedores.

Esa brecha de necesidades de servicios públicos insatisfecha se acrecienta, pues a la existente se va añadiendo los requerimientos de la comunidad que se generan con la intensificación del proceso de urbanización (por crecimiento de la población, los flujos migratorios y la expansión de los "asentamientos humanos") y el deterioro del medio ambiente en el campo y la ciudad. Si bien los servicios públicos brindados por comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley; 9. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional; 10. Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia; 11. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función conforme a ley.

- Gobiernos locales (artículo 195): 1. Aprobar su organización interna y su presupuesto; 2. Aprobar el plan de desarrollo local concertado con la sociedad civil; 3. Administrar sus bienes y rentas; 4. Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias, y derechos municipales, conforme a ley; 5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad; 6. Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial; 7. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura local; 8.

Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley; 9. Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia; 10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.

Las municipalidades aumentan en cantidad, su ritmo de crecimiento es menor al que experimentan los requerimientos de la comunidad¹³⁴⁸.

En este desorden generalizado está el de los mismos municipios, los recursos humanos y la infraestructura inadecuada, que agudizan el servicio público que deben prestar a la ciudadanía. Para ser optimistas, iniciemos con los éxitos alcanzados por las mejoras existentes y fomentemos un cambio de mentalidad de la población peruana. Porque más que los medios necesitamos integrarnos como ciudadanos¹³⁴⁹.

Dejemos de lado la baja autoestima nacional que afecta a todos. Requerimos de una nueva visión que parta por reconocer la capacidad de iniciativa y gestión de nuestra Administración Pública¹³⁵⁰.

2. Órganos de fiscalización de los gobiernos regionales y locales

Como toda entidad estatal, los tres niveles de gobierno deben tener órganos de fiscalización o los denominados departamentos de control interno. En este punto nos referiremos a los gobiernos regionales y locales.

Para compartir experiencias que enriquezcan la labor de control interno del ejercicio presupuestal y fomentar mayor transparencia en materia de rendición de cuentas, se debe gestar una coordinación más fluida entre los órganos de control interno de los gobiernos regionales y locales y de fiscalización gubernamental por la Contraloría General de la República.

Una iniciativa en este tipo de coordinaciones son los denominados encuentros institucionales de órganos de control y fiscalización, en los que se pueden delinear estrategias conjuntas y uniformes que permitan a las instituciones participantes identificar qué se está haciendo, en qué situación se encuentran, qué falta por hacer y cómo podrían apoyarse mutuamente para mejorar sustancialmente.

El órgano de fiscalización de los gobiernos regionales es el concejo regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 191 de la Constitución de 1993. La estructura orgánica básica de estos gobiernos la conforman el Consejo Regional como órgano normativo y fiscalizador, el Presidente como órgano ejecutivo, y el Consejo de Coordinación Regional integrado por los alcaldes provinciales y por representantes de la sociedad civil, como órgano consultivo y

¹³⁴⁸ Descentralización del Estado y modernización de la municipalidad para enfrentar los desafíos del desarrollo local sostenible. En:

http://www.agn.gov.ar/asamblea_web/doc/colaboraciones_tecnicas/ tema 1/
peru%20control%20ciudadano.pdf.

¹³⁴⁹ El Perú carece de autoestima y, en consecuencia, de cultura de éxito. (...) ¿Quiere generar aprecio por el éxito? En las campañas de motivación interna, siga estos tres caminos: La competencia, la entronización y la consideración. DE MARÍA, César. Aprendiendo a ganar -punto de vista. En: "Diario El Comercio" de 23 de diciembre de 2004, sección Economía, p. b2.

¹³⁵⁰ BOZA, Beatriz. Ahorrar a costa de qué - rincón del autor. En: "Diario El Comercio" de 23 de diciembre de 2004, sección Opinión, p. a4

de coordinación con las municipalidades, con las funciones y atribuciones que les señala la ley.

El órgano de fiscalización de los gobiernos locales es el concejo municipal, de conformidad con lo establecido en el artículo 194 de la Constitución de 1993. La estructura orgánica del gobierno local la conforman el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador y la alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la ley.

3. La Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional autónomo que tiene por objetivo principal proteger los derechos constitucionales y fundamentales de todos los ciudadanos del país. De igual forma, controla y verifica el cumplimiento de los deberes de la Administración Pública y la adecuada prestación de los servicios públicos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 162 de la Constitución de 1993 y en el artículo 1 de su Ley Orgánica, Ley N° 26520.

Asimismo, la Defensoría del Pueblo supervisa que la potestad tributaria otorgada a los diversos niveles de gobierno respete los límites constitucionales, considerando que los tributos no deben superar la capacidad contributiva y proscribiendo la invasión ilegítima del patrimonio de los particulares.

Como la Defensoría no tiene carácter jurisdiccional, en la práctica no logra revertir sustancialmente la corrupción existente en los diversos niveles de gobierno.

Sin desmerecer su importancia, dicha Defensoría debe ser también descentralizada.

4. La Contraloría General de la República y la participación ciudadana como medios de control y fiscalización de los gobiernos regionales y locales

La forma más adecuada de fiscalizar a los tres niveles de gobiernos es aquella realizada por la ciudadanía. Esta apreciación es producto o consecuencia de la falta de instituciones con autonomía y eficiencia. Los nombramientos sin concurso de los principales funcionarios de las instituciones del Estado, incluso la Contraloría, muestran el tráfico de influencias y actos de corrupción en el Estado.

Consideramos también que uno de los objetivos de todo funcionario o trabajador del Estado, desde el nivel más alto hasta el nivel inicial de su estructura orgánica, es servir al público, por lo cual se establecen una serie de derechos que permiten al ciudadano efectuar una fiscalización permanente de los servicios. Estos derechos se encuentran respaldados por distintas normas legales (Constitución Política del Estado, Ley de Transparencia y Acceso a la Información, Ley del Sistema Nacional de Control, etc.), existiendo entidades que tienen la responsabilidad de llevar a cabo las citadas fiscalizaciones, tomando diversas denominaciones de acuerdo con su naturaleza.

En lo referido a la prevención y verificación de la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado, así como el desarrollo honesto y probo de las funciones y actos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos, este se lleva a cabo a través de una Entidad Fiscalizadora Superior (EFS), que en el caso de Perú corresponde a la Contraloría General de la República.

El servicio de atención de denuncias a cargo de la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional de las entidades sujetas al Sistema Nacional de Control, tienen como función principal promover y hacer posible la intervención directa y organizada de la población en la supervisión del cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades de los funcionarios y servidores del Estado, así como en la correcta administración de los bienes y recursos públicos, incluyendo aspectos relacionados con la gestión ambiental, recursos naturales y patrimonio cultural de la Nación, intensificando de esta manera la lucha contra la corrupción en las entidades públicas¹³⁵¹. Pero cabe precisar que los actos de corrupción de mayor gravedad realizados por los gobiernos de turno son minimizados por un accionar casi nulo de dicho ente. La Contraloría General de la República desde su creación, es considerada por la población como un ente burocrático, sujeto a las presiones políticas, pero no fiscalizador.

El artículo 2 de la Constitución Política contiene los derechos fundamentales de la persona, estableciendo que toda persona tiene derecho a:

Solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado (inciso 5).

Participar, de forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum (inciso 17).

En otros artículos de la Constitución y normas especiales se regula con mayor precisión la importancia de la participación ciudadana o vecinal, que se desarrolla a continuación:

Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. Es derecho y deber de los

¹³⁵¹ http://www.agn.gov.pe/asamblea-web/doc/colaboraciones_tecnicas/tema1/Pe:ru%20control%20ciudadano.pdf. (15/12/2004)

vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad. Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos (artículo 31).

Las municipalidades promueven, apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local. Asimismo brindan servicios de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú, conforme a ley (artículo 197).

Asimismo, se tienen disposiciones sobre la participación ciudadana, contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785.

En ese contexto, existen otras leyes que promueven la participación ciudadana en la prevención contra la corrupción, esto es, la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, Ley N° 26300.

De otro lado, a través de la historia se advierte que a nivel mundial la corrupción se ha incrementado a gran escala, involucrándose en muchos casos en la gestión y administración de los recursos públicos de los diferentes países, motivo por el cual las entidades fiscalizadoras superiores vienen adoptando diferentes mecanismos para fortalecer la capacidad de respuesta ante este hecho, intensificando una lucha frontal contra la corrupción.

La Contraloría General de la República de Perú, entre sus objetivos prioritarios contenidos en su plan estratégico, tiene el de promover la lucha contra la corrupción administrativa, con la contribución de la participación ciudadana, para lo cual ha establecido los mecanismos que aseguren la adecuada presentación y atención de las denuncias que se formulen ante este organismo contralor y ante los órganos de control institucional que forma parte del Sistema Nacional de Control. Dichos objetivos carecen de materialización hasta la actualidad, puesto que las instituciones del Estado generan más corrupción en todos los niveles.

Finalmente, en estos tiempos la única fiscalización y solución inmediata, aunque no es la óptima, es el poder de revocatoria de autoridades que tienen los ciudadanos. Con fecha 17 de octubre de 2004, revocaron por votación popular a 30 alcaldes y 108 regidores, de acuerdo con la proclamación oficial por el Jurado Nacional de Elecciones. Estos resultados nos muestran una fiscalización ex post por parte de los mismos ciudadanos que los eligieron.

5. Formulación del presupuesto de los gobiernos regionales y locales

Los mencionados gobiernos formulan sus presupuestos con la participación de la población y rinden cuenta de su ejecución anualmente, bajo responsabilidad, conforme a ley.

El Sistema de Gestión Presupuestaria del Estado regula de forma horizontal a los tres niveles de gobierno. En este sentido, el marco normativo presupuestal es de observancia obligatoria por los niveles de gobierno central, regional y local.

Respecto a los gobiernos locales y regionales, cabe puntualizar que con base en su autonomía económica tienen la facultad de aprobar sus presupuestos institucionales conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las leyes anuales de presupuesto. Por lo tanto, la Dirección Nacional del Presupuesto Público tiene como misión velar por el cumplimiento de la normativa en materia presupuestal.

De otro lado, se precisa que los gobiernos regionales están comprendidos en los alcances de la normativa contable emitida por la Contaduría Pública de la Nación para registrar sus operaciones financieras, presupuestarias y patrimoniales, a través del Módulo Contable del Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAFSP), aplicando el Sistema de Contabilidad Gubernamental.

A efectos de asegurar la adecuada transferencia de los saldos contables que reflejan los activos, pasivos y patrimonio, así como el acervo documentario se ha desarrollado un instructivo contable especial para los gobiernos regionales.

DOCTRINA

BOZA, Beatriz. Ahorrar a costa de qué. En: Diario "El Comercio" de 23 de diciembre de 2004, sección Opinión, p. a4; DE MARIA, César. Aprendiendo a ganar. En: Diario "El Comercio" de 23 de diciembre de 2004, sección Economía, p.

b2; MÉNDEZ MORENO, Alejandro. Derecho Financiero y Tributario, Parte General. Lecciones de Cátedra, 4ª edición, Editorial Lex Nava, Valladolid, 2003; MENDOZA MEDINA, Ramiro B. Apuntes para una descentralización con inversión: <http://www.vitalspot.com/fDCIPerufQueSeTiene.htm>1.

TITULO V

DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES

TITULO V

DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Proceso de hábeas corpus

Artículo 200

Son garantías constitucionales:

I. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2, 202 inc. 2), 205;

C.P.Ct.: arts. 1

a IX, 1 a 36;

C.N.A.: arto 186;

L.O.P.J.: arts. 24 inc. e), 50 inc. 2), 131;

L.O.M.P.: arto 90;

L.O.T.C.;

L.O.D.P.: arto 9 ine. 2);

Ley 24710: arto 31;

Ley 26859: arts. 344 y 360;

Ley 26853;

Ley 27809: arts. 133 y 134;

C.A.D.H.;

D.U.D.H.;

P.I.D.C.P.

Roberto Pereira Chumbe

Nos encontramos ante uno de los mecanismos más importantes de protección de los derechos fundamentales, históricamente orientado a la defensa de la libertad física o locomotora. Es en la tradición del common law, entre los siglos XIII y XV; donde se gesta y desarrolla el writ of habeas corpus, encontrando su primer reconocimiento legislativo en Inglaterra a través de la Habeas Corpus Amendment Act de 26 de mayo de 1679¹³⁵².

¹³⁵² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. El derecho de hábeas corpus. Monografías. Prólogo al libro de Ramón Soriano. N° 6. Congreso de los Diputados. Madrid, 1986, pp. 11-12.

Enseña García Belaunde que en el caso de América Latina, el hábeas corpus fue acogido tempranamente por las nacientes repúblicas -Brasil en 1830 y Guatemala en 1837- teniendo como referente el modelo inglés y alcanzando un importante desarrollo incluso mucho antes que algunos países europeos¹³⁵³. Soria Luján señala que si bien el hábeas corpus fue conocido en el Perú desde los primeros años de la República, se trató más bien de un conocimiento circunscrito a algunos sectores ilustrados y sin que distinguieran su naturaleza estrictamente procesal. Confundían el proceso de hábeas corpus con el derecho al cual estaba destinado a proteger, aserto que se respalda en la evidencia de referencias indistintas al derecho de hábeas corpus o a la Libertad personal¹³⁵⁴.

Será recién a través de la ley del 21 de octubre de 1897 que el hábeas corpus se incorporará al ordenamiento jurídico peruano, en su formulación clásica de mecanismo de defensa de la libertad física. Su constitucionalización se verificó con la Carta de 1920, que respetó en esencia el modelo configurado en la ley de 1897. En la Constitución de 1933 se mantuvo la figura pero se amplió su ámbito de protección a todos los derechos reconocidos en dicha Carta, desviándolo de su esquema original.

Fue la Constitución de 1979 la que devolvió el hábeas corpus a su fórmula tradicional de defensa de la libertad individual¹³⁵⁵, estableciendo el proceso de amparo para la protección de todos los demás derechos fundamentales.

La Carta de 1993 mantuvo la figura del hábeas corpus en el inciso 1 de su artículo 200, aunque con algunas modificaciones importantes que serán tratadas más adelante. Asimismo, a partir del 1 de diciembre de 2004, este proceso constitucional se encuentra desarrollado en la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional- CPC¹³⁵⁶.

Por ende esta norma, en tanto constituye la ley orgánica a la que se refiere el artículo 200 de la Constitución, debe ser interpretada de manera conjunta con la Carta, dado que integra el bloque de constitucionalidad, tal como lo establece el artículo 79 de la mencionada ley. A ello debemos agregar la jurisprudencia que al respecto ha enútido el Tribunal Constitucional- TC en su condición de Supremo intérprete de la Constitución, así como la pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos HumanosCIDH,guardián último de los derechos de la región¹³⁵⁷.

¹³⁵³ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El hábeas corpus en América Latina. Algunos problemas y tendencias recientes. En: "Ius et Veritas". Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año V, N° 9, Lima, 1994, pp. 69-70.

¹³⁵⁴ SORIA LUJÁN, Daniel. El proyecto de ley de protección a /o libertad personal (1849). Nota preliminar. En:

"Pensamiento Constitucional". (PUCP), Año III, N° 3, Lima, p. 380.

¹³⁵⁵ Sobre el tratamiento normativo y la evolución del hábeas corpus durante todo este periodo, pueden verse los ya clásicos trabajos del profesor GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El hábeas corpus interpretado. Instituto de Investigaciones Jurídicas, (PUCP), Lima, 1971. Legislación peruana sobre el hábeas corpus (1897-1968). En: "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", Vol. 39. N° 1,2 Y 3; Lima, enero-diciembre 1975.

¹³⁵⁶ Antes de esta fecha, el proceso de hábeas corpus estuvo regulado en la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, publicada el 8 de diciembre de 1982

¹³⁵⁷ STC Caso Crespo Bragayrac (Expediente N° 0217-2002-HC/TC). Publicada el 20 de septiembre de 2002 en la separata de Garantías Constitucionales del diario oficial El Peruano

Si bien la Constitución recurre a los términos garantía constitucional y acción para referirse al hábeas corpus, la naturaleza de esta institución corresponde en estricto a la de un verdadero proceso constitucional¹³⁵⁸. En efecto, se trata de un mecanismo procesal expeditivo, de tutela urgente, reconocido en la Constitución y orientado a la discusión de una controversia de naturaleza constitucional, esto es, la vigencia de la libertad individual. De ahí que su estudio forme parte del Derecho Procesal Constitucional¹³⁵⁹.

Por su parte, la CIDH, Supremo intérprete de la Convención Americana, ha identificado al hábeas corpus con el derecho que tiene toda persona de recurrir a un juez o tribunal competente para reclamar la vigencia de su libertad individual, reconocido en el inciso 6 del artículo 7 de dicho tratado regional¹³⁶⁰. Según este criterio, entonces, es posible sostener que de acuerdo a una interpretación del inciso 1 del artículo 200 de la Constitución, conforme a la Convención Americana, existe un derecho cuyo contenido consiste en tener siempre expedita la posibilidad de recurrir al hábeas corpus. Por ende, el legislador no podrá impedir el acceso de ninguna persona al hábeas corpus o establecer limitaciones irrazonables o desproporcionadas para hacer uso del mismo.

En cuanto a los derechos protegidos, como ya se adelantó, el hábeas corpus está destinado a la protección de la libertad individual, es decir, la libertad física, de locomoción o ambulatoria. Conviene advertir que este derecho fundamental no es absoluto, sino que admite distintos grados o niveles de limitación legítimas, sea para armonizarlo con la vigencia de otros derechos fundamentales u otros bienes constitucionales. De este modo, el legislador puede establecer límites a la libertad física o ambulatoria de las personas, siempre que se orienten a tales fines y satisfagan las exigencias derivadas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad reconocidos en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución¹³⁶¹.

Siendo ello así, es posible que la libertad individual pueda verse afectada como consecuencia de la aplicación inconstitucional de una ley que establezca restricciones legítimas en los términos señalados, y en esa medida, conforme a la Constitución; así como por la aplicación de una ley que establezca restricciones constitucionalmente incompatibles. En ambos supuestos resulta procedente la interposición del hábeas corpus, advirtiéndose que en el segundo caso, la sentencia que declare fundada la demanda deberá disponer la inaplicación de la norma inconstitucional, de acuerdo al artículo 138 de la Constitución y al artículo 3 del cpc.

¹³⁵⁸ De ahí que de acuerdo a su Primera Disposición Final, el Código Procesal Constitucional haya optado por la denominación proceso de hábeas corpus, abandonando la tradicional pero poco técnica expresión acción de hábeas corpus

¹³⁵⁹ Sobre el Derecho Procesal Constitucional en el Perú, ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional Antecedentes, desarrollo y destintos en el Perú. Gaceta Jurídica. Lima, 2004.

¹³⁶⁰ CIDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A, núm. 8. párr. 33.

¹³⁶¹ Si bien la Constitución reconoce ambos principios con relación al denominado control judicial parcial de los regímenes de excepción, es de destacar que el ámbito de aplicación de los mismos se extiende

A su vez, conviene tener en cuenta que las afectaciones a la libertad individual pueden presentar grados o niveles de lesividad así como modalidades distintas. Ello explica que la doctrina y la jurisprudencia hayan ido identificando también distintos tipos de hábeas corpus, en función de la gravedad o modalidad de las afectaciones. En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha identificado hasta ocho modalidades de hábeas corpus, indicando que dicha lista es meramente enunciativa¹³⁶². De este modo, el Tribunal admite que ante nuevas formas de afectación a la libertad individual, puedan desarrollarse también tipos correspondientes de hábeas corpus.

La Carta de 1993, a diferencia de la Constitución de 1979, ha extendido el ámbito de protección del hábeas corpus a los derechos conexos a la libertad individual, es decir, a todos aquellos cuya afectación se encuentra vinculada en determinadas circunstancias con la libertad física. Clásicamente, la inviolabilidad del domicilio ante detenciones ilegales que supongan su afectación o alguna garantía del debido proceso cuando su vulneración deriva en una sentencia que disponga la privación de la libertad individual. Por ende, en estos casos, procederá también la interposición del hábeas corpus para la defensa de tales derechos¹³⁶³.

En opinión que compartimos, Abad Yupanqui señala que una extensión de esta naturaleza no era indispensable establecerla en la Constitución, toda vez que de ello se pudo hacer cargo el legislador o la jurisdicción constitucional¹³⁶⁴. De hecho, el artículo 25 del CPC establece un catálogo enunciativo de 17 supuestos en los que procede la interposición del hábeas corpus. Entre ellos, el derecho a no ser torturado, a la voluntariedad del servicio militar, a no ser privado del documento nacional de identidad, así como a no ser objeto de desaparición forzada.

El hábeas corpus procede ante afectaciones provenientes de un hecho u omisión, es decir, de una conducta comisiva (acción) u omisiva. Ahora bien, la omisión debe consistir en la abstención de realizar un acto o comportamiento de cumplimiento obligatorio, de acuerdo al artículo 2 del Cpc. Así la autoridad penitenciaria que no otorga libertad a un interno que ya cumplió su condena o el juez que omite resolver la alegación de homonimia que hace una persona detenida como consecuencia de una requisitoria ilegal.

A su vez, el hábeas corpus se encuentra habilitado tanto para supuestos donde ya se produjo la afectación ilegítima a la libertad individual, como ante situaciones donde la vigencia de este derecho se encuentra amenazada. Ambas situaciones deben subsistir al momento de la presentación de la demanda y en el primer caso el derecho no debe haberse tornado en irreparable. De lo contrario, la demanda de hábeas corpus resulta

¹³⁶² de al análisis de cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, tal como lo ha establecido el TC en su sentencia recaída en el asunto Marcelino Tineo Silva (Expediente N° 0102002-AI/TC, párr. 195), publicada el 4 de enero de 2003 en el diario oficial El Peruano

¹³⁶³ Especialmente STC asunto Eleobina Mabel Aponte Chuquiwanca (Exp. N° 2663-2003-HC/TC). Publicada el 21 de abril de 2004 en el diario oficial El Peruano

En el mismo sentido respecto de los dos derechos mencionados el párrafo final del artículo 25 del Código Procesal Constitucional.

¹³⁶⁴ ABAD YUPANQUI, Samuel Ob. cit. p. 116

improcedente de acuerdo al inciso 5 del artículo 5 del Cpc. Por lo demás en el caso de la amenaza, esta debe ser cierta y de inminente realización según el artículo 2 del CPC, requisitos que deberán ser alegados, fundamentados y ciertamente valorados a partir de datos fundamentalmente objetivos. Así, en principio, quedan excluidas de la categoría de amenazas las meras suposiciones, sospechas o comentarios, así como temores carentes de base objetiva y razonable.

La demanda de hábeas corpus puede dirigirse contra cualquier autoridad, funcionario o persona, por lo que también se podrá recurrir a este mecanismo, por ejemplo, cuando la libertad individual se vea afectada a través de resoluciones judiciales. Sin duda, los jueces son funcionarios públicos. Sin embargo, en este caso, a efectos de que el hábeas corpus no se desnaturalice convirtiéndose en una instancia de revisión judicial, sobre todo en el caso de los procesos penales, el segundo párrafo del artículo 4 del CPC, siguiendo un consolidado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional, exige algunos requisitos: que se trate de una resolución judicial firme, que estemos frente a una afectación manifiesta de la libertad individual y la tutela procesal efectiva, categoría esta última que comprende el acceso a la justicia, las garantías del debido proceso, así como la ejecución adecuada y oportuna de las resoluciones judiciales. Ciertamente, este criterio también se extiende a las resoluciones emitidas por la justicia castrense¹³⁶⁵.

Por su parte, la procedencia del hábeas corpus contra cualquier persona no es sino la lógica consecuencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Es decir, estos no solo vinculan y establecen obligaciones de respeto y garantía con relación al Estado y sus agentes, sino también respecto de los particulares. Así, son múltiples los supuestos en los que la libertad individual y sus diferentes manifestaciones son afectadas en las relaciones entre particulares, por ejemplo, en los casos de violencia familiar, donde el hábeas corpus adquiere especial relevancia en la protección de los derechos de las mujeres que mayoritariamente suelen ser las víctimas¹³⁶⁶.

La legitimación para interponer el hábeas corpus es bastante amplia. De acuerdo al artículo 26 del CPC, la demanda puede ser formulada por la persona perjudicada o por cualquier otra que quiera actuar a su favor, sin que se requiera contar con representación. También se encuentra legitimada la Defensoría del Pueblo, en tanto órgano constitucional autónomo encargado de la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad. Esta opción se explica por la importancia objetiva o institucional de la libertad individual en un Estado constitucional. Sin duda, constituye no solo

¹³⁶⁵ La CIDH ratificó este criterio en su sentencia recaída en el asunto Cesti Hurtado, de 29 de septiembre de 1999. En este caso el Consejo Supremo de Justicia Militar se negó a cumplir con una sentencia de hábeas corpus favorable al señor Cesti Hurtado, argumentando que dicho mecanismo no procedía contra las decisiones de la justicia castrense. El hábeas corpus fue interpuesto para cuestionar la decisión de la Justicia Militar de procesar al referido señor a pesar de tener la condición de civil (militar retirado).

¹³⁶⁶ ABAD YUPANQUI, Samuel. Hábeas corpus y amparo contra actos de particulares: una posible defensa de los derechos humanos de las militares. En: "Ius et Veritas". Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VII, N° 12. Lima, 1996, pp. 125-132.

un derecho fundamental que actúa como presupuesto del ejercicio de muchos otros derechos fundamentales, sino además un valor esencial del ordenamiento jurídico y social.

La CIDH ha establecido que la vigencia del hábeas corpus no puede ser suspendida, incluso durante los regímenes de excepción¹³⁶⁷, criterio acogido por el artículo 200 de la Constitución, constituyendo un aporte importante respecto de la Constitución de 1979. De este modo el hábeas corpus en estos casos, procederá tanto para proteger los derechos no restringidos -teóricamente la libertad individual puede no restringirse- así como para controlar la razonabilidad y proporcionalidad de las afectaciones que se verifiquen con relación a los derechos restringidos.

El hábeas corpus cuenta con un trámite expeditivo y des formalizado. Así, de acuerdo al artículo 27 del CPC, la demanda puede ser presentada verbalmente o por escrito, de manera directa, por correo postal, medios electrónicos o cualquier otro que resulte idóneo. No se requiere el patrocinio de letrado, el pago de tasas judiciales o alguna otra formalidad según el artículo 26 del Cpc. El artículo 28 del CPC radica la competencia para conocer de las demandas de hábeas corpus en cualquier Juez Penal sin consideración de turno y entendemos que de ningún otro criterio de distribución competencial. El CPC establece además algunas especialidades procedimentales al proceso de hábeas corpus según se trate de una detención arbitraria (artículo 30), supuestos distintos al anterior y donde no esté en juego la integridad personal (artículo 31), así como en supuestos de desaparición forzada (artículo 32).

Sin duda, el desarrollo que hace el CPC del proceso de hábeas corpus reconocido en la Constitución, recoge la experiencia de muchos años en la aplicación de este proceso en el país, así como los principales desarrollos alcanzados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional e internacional en esta materia. Contribuye pues a configurar un proceso de tutela de la libertad individual, ampliamente garantista, correspondiendo ahora a la jurisdicción constitucional, sobre todo en lo que le toca al Poder Judicial, el reto de consolidar este proceso constitucional como mecanismo idóneo y eficaz para la vigencia de la libertad individual.

DOCTRINA

ABAD YUP ANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional. Antecedentes, desarrollo y desafíos en el Perú. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; ABAD YUP ANQUI, Samuel. Hábeas corpus y amparo contra actos de particulares: una posible defensa de los derechos humanos de las mujeres. En: "Ius et Veritas". Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año VII, N° 12, Lima, 1996; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías. Opinión Consultiva OC-8j87 de 30 de enero de 1987; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Garantías judiciales en estados de emergencia. Opinión Consultiva OC-9j87, de 6 de octubre de

¹³⁶⁷ CIDH. Ob. cito Asimismo, Garantías judiciales en estados de emergencia. Opinión Consultiva OC-9/87, de 6 de octubre de 1987

1987; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El hábeas corpus interpretado. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP - Lima, 1971; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El hábeas corpus en América Latina. Algunos problemas y tendencias recientes. En: "Ius et Veritas". Año V, N° 9, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Prólogo al libro de Ramón Soriano. El derecho de hábeas corpus. Monografías. N° 6. Congreso de los Diputados, Madrid, 1986; SORIA LUJÁN, Daniel. El proyecto de ley de protección a la libertad personal (1849). Nota preliminar. En: "Pensamiento Constitucional". Año III, N° 3, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, Lima.

El proceso constitucional de amparo

Artículo 200

Son garantías constitucionales:

(...) 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.

No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. (*) (...)

(*) Texto del inciso según modificatoria efectuada por la Ley N° 26470, publicada el 12 de junio de 1995.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2, 202 inc. 2), 205;

C.P.Ct.: arts. 1 a IX, 37

a 60; C.T.: 15' DF; L.O.P.J.: arts. 49 inc. 2) y 131;

L.O.T.C.;

L.O.D.P.: arto 9 inc. 2);

Ley 26470;

Ley 26853;

Ley 26775: arto 7;

Ley 26847;

Ley 26979: arts. 16.2, 31.4 Y S' DCT;

Ley 27809: arts. 133 y

134; C.A.D.H.;

D.U.D.H.;

P.I.D.C.P.

Samuel B. Abad Yupanqui

1. Introducción

De acuerdo al artículo 200 inciso 2 de la Constitución de 1993, el amparo procede contra el hecho o la omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza derechos distintos a la libertad individual y a los tutelados por el hábeas data. En términos generales, la Carta vigente mantiene el diseño previsto por la Constitución de 1979; no obstante existen algunos aspectos que resulta relevante desarrollar tomando en cuenta los aportes efectuados por la jurisprudencia, particularmente, del Tribunal Constitucional¹³⁶⁸.

2. Derechos tutelados

¹³⁶⁸ Cfr. ABAD YUPANQUI, Samuel B. El proceso constitucional de amparo. Gaceta Jurídica. Lima, 2004.

La Constitución ha optado por una tesis amplia en lo que respecta a la tutela de los derechos fundamentales a través del amparo, al disponer que aquel protege los derechos constitucionales distintos a la libertad individual y a los tutelados por el hábeas data. El texto constitucional emplea la expresión derechos fundamentales para denominar aquellos incluidos en el primer Capítulo de su Título 1, estableciendo una aparente distinción con los restantes derechos desarrollados en otros capítulos pues a ellos no los denomina fundamentales sino sociales y económicos (Capítulo II) y políticos (Capítulo III).

A nuestro juicio, tal distinción carece de sentido. En efecto, los derechos no previstos en el primer capítulo también gozan de la protección reforzada de los procesos constitucionales, pues el artículo 200 señala que el amparo protege todos los derechos reconocidos por la Constitución sin distinguir en función de su ubicación.

Asimismo, la cláusula abierta -prevista por el artículo 3, ubicado en el primer capítulo de la Constitución¹³⁶⁹ permite afirmar que también son derechos fundamentales los demás reconocidos por ella así no se encuentren ubicados en el capítulo primero y los derechos "implícitos", es decir, aquellos que no se encuentran expresamente reconocidos por la Constitución pero que derivan de la dignidad del ser humano -el artículo 3 indebidamente se circunscribe a la dignidad del "hombre"-, tal como lo ha reconocido constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

No obstante, en muchas ocasiones se ha podido apreciar cómo a través de interpretaciones extensivas abogados -cuyas pretensiones en ocasiones han sido acogidas por los jueces- han tratado de ampliar los alcances de un derecho para comprender dentro de él supuestos que exceden de su contenido. Para evitar ello, algunos han propuesto que se establezca una relación taxativa de los derechos protegidos por el proceso de amparo. Este fue el parecer del congresista Ántero Flores-Aráoz durante el debate que condujo a la aprobación del anteproyecto de reforma constitucional en el año 2002¹³⁷⁰.

A nuestro juicio, los problemas presentados no se resuelven estableciendo que solo ciertos derechos pueden tutelarse a través del amparo. En esta materia resulta imprescindible determinar cuándo estamos en presencia de un verdadero derecho constitucional y efectuar un adecuado ejercicio de interpretación constitucional para evitar la "inflación" de derechos e impedir que se abra la puerta al amparo en casos en que no corresponde. Asimismo, se requiere diseñar un amparo realmente excepcional para que se acuda a dicha vía procesal cuando la urgencia de tutela lo justifique.

Por ello, resulta bastante expresiva la terminología utilizada por la experiencia brasilera que señala que el mandado de seguridad o amparo solo procede cuando existe un "derecho líquido y cierto"¹³⁷¹. Tal expresión no ha sido recibida en nuestra jurisprudencia, aunque fue acogida excepcionalmente en algunos

¹³⁶⁹ Según la cual "la enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático y de la forma republicana de gobierno".

¹³⁷⁰ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTO Y ACUSACIONES CONSTITUCIONALES. Anteproyecto de La de reforma de la Constitución (Texto para el debate). Lima, 5 de abril de 2002, p. 45

casos por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente N° 2289-2001, resuelta el 9 de enero de 2002, El Peruano -Separata Jurisprudencia-, 24 de agosto de 2002, p. 5338).

Cabe indicar que un grupo de profesores de Derecho Constitucional, Penal, Administrativo y Procesal elaboraron un Anteproyecto de Código Procesal Constitucional presentado públicamente en octubre de 2003¹³⁷², que fue acogido por diversos congresistas y presentado como proyecto de ley el 15 de diciembre de 2003 (proyecto N° 09371)¹³⁷³. Dicho proyecto, con algunas pocas modificaciones, fue aprobado por el Pleno del Congreso de la República el 6 de mayo de 2004. El citado Código, que entró en vigencia el 1 de diciembre de 2004, señala sobre el particular que: "No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo" (artículo 38).

3. Procedencia contra cualquier autoridad, funcionario o persona

Tradicionalmente se ha admitido que los derechos fundamentales han nacido históricamente como "facultades consistentes en pretensiones de hacer, intervenir, o participar, o recibir prestaciones alegables solo frente a los poderes públicos"¹³⁷⁴, es decir, como "derechos públicos subjetivos". Sin embargo, en la actualidad existe consenso en reconocer su influencia en las relaciones entre particulares. -

De ahí que tanto en Europa, a través de la expresión alemana *drittwirkung der grundrechte*, como en América Latina -por ejemplo en la experiencia argentina con la doctrina jurisprudencial fijada en 1958 en el caso *Kot-* se admita la eficacia de los derechos fundamentales no solo en las tradicionales relaciones verticales con los poderes públicos, sino también en un plano horizontal, es decir, entre particulares.

Siguiendo esta influencia, la Carta vigente al igual que la Constitución de 1979 no solo autoriza el amparo contra los actos, omisiones o amenazas de los poderes públicos sino también frente a las conductas de los particulares.

Un caso importante en el cual el Tribunal Constitucional explicitó la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares fue la sentencia recaída en la demanda de amparo interpuesta por el Sindicato

¹³⁷¹ PINTO FERREIRA, Luiz. Os instrumentos processuais protetores tkJs direitos humanos no Brasil. En: GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La jurisdicción constitucional en Iberoamerica". Dykinson, Madrid, 1996, p. 420.

¹³⁷² El grupo de trabajo estuvo integrado por los profesores Domingo García Belaunde, Francisco Eguiguren, Juan Monroy, Arsenio Oré, Jorge Danós y Samuel Abad. Cfr. Código Procesal Constitucional Anteproyecto y legislación vigente. Palestra Editores, Lima, 2003.

¹³⁷³ Se trata del Proyecto de Ley presentado por los congresistas Chamorro Balvín, Alcides; Alejos Calderón, Walter; Almerí Veramendi, Carlos; Amprimo Plá, Natale; De la Mata Fernández, Judith; Del Castillo Gálvez, Jorge; Delgado Nuñez Del Arco, José; Ferrero Costa, Carlos; Flores-Araoz Esparza, Ántero; Lescano Ancieta, Yonhy; Martínez González, Michel; Saavedra Mesones Cruz, Gerardo; Salhuana Cavides, Eduardo; Santa María Calderón, Luis

¹³⁷⁴ SOLOZABAL ECHAVARRÍA, Juan José. Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales. Revista de Estudios Políticos, N° 71, CEC, Madrid, 1991, p. 92.

Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL contra Telefónica del Perú (Expediente N° 1124-2001-AA/TC, resuelta el 11 de julio de 2002 y publicada el 11 de setiembre de 2002, p. 5271). En tal ocasión el Tribunal sostuvo que "(oo.) la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia inter privados o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales". Un mayor desarrollo jurisprudencial, en ocasiones polémico, se ha presentado tratándose del amparo contra los actos de los poderes públicos (normas legales y resoluciones judiciales) y de los órganos autónomos Jurado Nacional de Elecciones y Consejo Nacional de la Magistratura).

4. Procedencia contra normas legales y resoluciones judiciales

Una de las innovaciones introducidas por la Carta vigente ha sido incorporar dos causales de improcedencia que expresamente no contemplaba la Constitución de 1979. Así, señala en su artículo 200 inciso 2 que el amparo no procede "contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular". Al introducir la referida causal de improcedencia elevó a jerarquía constitucional lo dispuesto por el artículo 6 inciso 2 de la Ley N° 23506.

La doctrina¹³⁷⁵ y la jurisprudencia ya habían interpretado que un "procedimiento regular" es aquel en el cual se han respetado las pautas esenciales de un debido proceso, reconocido por el artículo 139 inciso 3 de la Constitución. Por tanto si ellas, de modo manifiesto, no se respetan procede acudir al amparo. En rigor, debemos reconocer que era innecesario constitucionalizar esta causal de improcedencia, pues ella ya estaba prevista en la Ley N° 23506 Y había sido desarrollada por la jurisprudencia.

A manera de ejemplo, podemos señalar la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de agosto de 2000 (Expediente N° 1158-99-AA/TC) que resolvió la demanda de amparo presentada por Pablo Urrutia Mendoza contra la Primera Sala Laboral Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima (sentencia publicada en la separata de Garantías Constitucionales el 30 de noviembre de 2000, pp. 3677-3678).

En tal ocasión precisó los alcances de la expresión "proceso irregular" (EJ. N° 3), pues sostuvo "que este Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia, que el amparo contra resoluciones judiciales procede cuando el proceso del que proviene sea de carácter irregular. Este supremo intérprete de la Constitución entiende por proceso irregular aquel en el que se ha afectado' el derecho al debido proceso o algunos de los derechos constitucionales de carácter procesal que lo componen. En tal sentido, el parámetro, a efectos de evaluar la procedibilidad o no de una acción de amparo en estos casos se halla justamente circunscrito a evaluar si en el proceso que se cuestiona se ha afectado o no el debido proceso (...)." Incluso, el Tribunal Constitucional ha permitido, de manera excepcional, el empleo del amparo contra resoluciones

¹³⁷⁵ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Temis, Bogotá, 2001, p. 157

recaídas en otro proceso de amparo siempre que no se trate de decisiones dictadas por el propio Tribunal Constitucional¹³⁷⁶.

El artículo 4 del Código Procesal Constitucional recoge la doctrina jurisprudencial antes mencionada precisando que: "El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo".

La Constitución también menciona en forma expresa que el amparo "no procede frente a normas legales" (artículo 200 inciso 2). Al hacerlo, se pensó impedir el uso del amparo contra normas -su viabilidad frente a actos de aplicación de normas se encuentra fuera de discusión¹³⁷⁷, lo cual en la práctica no ha ocurrido pues la jurisprudencia ha efectuado una interpretación distinta.

Y es que no resulta conveniente impedir el empleo del amparo en tales casos. Existen claros supuestos de normas de ejecución inmediata o autoaplicativas -que pueden ser leyes o reglamentos-, que no requieren de ningún acto que las aplique, pues desde su vigencia lesionan derechos fundamentales. En estos casos, creemos, debe ser posible utilizar directamente el amparo.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional pues en reiterada jurisprudencia, ha admitido el amparo contra normas en la medida que ellas sean autoaplicativas. Así por ejemplo lo sostuvo en el caso Demetrio Limonier Chávez Peñaherrera (Expediente N° 1136-97-AA/TC, resuelto el 25 de octubre de 1999 y publicado el 15 de febrero de 2000, p. 2694), cuando consideró "(...) que para el presente caso, no cabe invocar la causal de improcedencia prevista en el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 200 de la Constitución Política del Estado habida cuenta de que la regla según la cual no procede el amparo contra normas legales, si bien tiene asidero cuando se trata de normas heteroaplicativas, no rige para casos como el presente, en que se trata del cuestionamiento de una norma de naturaleza autoaplicativa o, lo que es lo mismo, creadora de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación. (...)".

Este criterio se mantuvo en el caso Vicente Walde Jáuregui (Expediente N° 1380-2000-AA/TC, resuelto el 17 de enero de 2001, publicado el 12 de mayo de 2001, p. 4038), Y en el caso British American Tobacco (South America) Ltd. Sucursal del Perú (Expediente N° 1131-2000-AAjTC, resuelto el 19 de junio de 2001, publicado el 3 de agosto de 2001, p. 4487), entre otros.

5. Procedencia contra resoluciones dictadas por el Consejo Nacional de la Magistratura

¹³⁷⁶ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. La jurisdicción constitucional en el Perú en e12003. Un balance sobre su desarrollo en la legislación y la jurisprudencia. Comisión Andina de Juristas, Lima, 2004. pp. 58-59.

¹³⁷⁷ BOREA ODRÍA Alberto. Evolución de las garantías constitucionales. Hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data, acción de cumplimiento. Grijley, Lima, 1996, p. 70.

El artículo 142 de la Constitución, dispone que "no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces". De esta manera, se trató de establecer zonas exentas de control judicial, asumiendo en el plano constitucional que determinados actos constituyen "causas no justiciables", doctrina que en la actualidad se encuentra en franco retroceso.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha interpretado que es posible interponer -y declarar fundada- una demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura en un proceso de ratificación de magistrados. Esto puede ocurrir si dicha ratificación se realizó sin respetar el plazo establecido por la Constitución, por ejemplo, cuando se llevó a cabo pese a que el magistrado no había cumplido siete años en el ejercicio de la función (caso Diodoro Antonio Gonzáles Ríos, Expediente N° 2409-2002-AA/TC, El Peruano -Garantías Constitucionales- 10 de diciembre de 2002, p. 5648; caso César José Hinojosa Pariachi, Expediente N° 065-2003-AAjTC, El Peruano -Garantías Constitucionales- 5 de abril de 2003, p. 6101; caso Raúl Sebastián Rosales Mora, Expediente N° 216-2003-AAjTC, El Peruano -Garantías Constitucionales- 25 de abril de 2003, p. 6171). Así lo propuso la Defensoría del Pueblo, en su Resolución Defensorial N° 038-2002jDP de 28 de noviembre de 2002. También el Tribunal Constitucional ha declarado fundadas las demandas de amparo interpuestas en aquellos casos en que el Consejo Nacional de la Magistratura no concedió las entrevistas previstas legalmente a los magistrados no ratificados, aunque sin disponer su reposición (caso Walter Julio Peña Bemaola, Expediente N° 2859-2002-AA/TC; caso Rosa Mercedes Rolando Ramirez, Expediente N° 2952-2002-AA/TC).

Lamentablemente, cuando se cuestionó la falta de respeto al debido proceso de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura, el Tribunal consideró que "las decisiones de no ratificación y de ratificación no están sujetas a motivación" (caso Luis Felipe Almenara Bryson, Expediente N° 1941-2002-AAjTC, El Peruano -Garantías Constitucionales- 20 de marzo de 2003, pp. 5994-5998). Este criterio no ha sido compartido por el magistrado Aguirre Roca en su voto singular recaído en el caso Eliana Araujo Sánchez (resuelto el 11 de noviembre de 2003, Expediente N° 2800-2003-AAjTC), pues considera que debe garantizarse el derecho de defensa del magistrado sujeto a ratificación. En cambio, el Código Procesal Constitucional (artículo 5 inciso 7) dispone que no procede el amparo cuando "Se cuestionen las, resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado". Es decir, autoriza su empleo cuando se viola el debido proceso.

6. Hacia un amparo electoral

Tratándose del cuestionamiento de resoluciones dictadas por el Jurado Nacional de Elecciones, el Tribunal Constitucional ha relativizado los alcances de lo dispuesto por el artículo 142 de la Constitución, pues ha considerado que en ciertos supuestos sí procede el amparo contra tales resoluciones.

Así ha sostenido que "aun cuando de los artículos 142 y 181 de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio solo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución" (caso Juan Genaro Espino Espino, Expediente N° 23662003-AA/TC, resuelto el 6 de abril de 2004).

Por su parte, el Código Procesal Constitucional (artículo 5 inciso 8) señala que no procede el amparo cuando se "cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva. Tampoco procede contra las resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil si pueden ser revisadas por el Jurado Nacional de Elecciones". Es decir, admite en forma expresa el amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones cuando se afecte el debido proceso y el acceso a la justicia.

En definitiva, el adecuado funcionamiento del amparo y su contribución al respeto de los derechos humanos y al fortalecimiento de la institucionalidad democrática no solo depende de su regulación constitucional y legal. En efecto, corresponde a la jurisprudencia un rol de especial relevancia para ir avanzando y precisando los alcances de los derechos fundamentales -evitando las distorsiones existentes en el proceso de amparo¹³⁷⁸ y limitando los excesos del poder. Para ello, se requiere contar con órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, lo cual no sucedió durante el régimen del ingeniero Fujimori. En la actualidad, la situación ha cambiado y particularmente el Tribunal Constitucional viene aportando sólidas e importantes resoluciones que tratan de garantizar la tutela de los derechos fundamentales y el principio de supremacía constitucional.

DOCTRINA

ABAD YUPANQUI Samuel B. El proceso constitucional de amparo. Gaceta Jurídica. Lima, 2004; BOREA ODRÍA, Alberto. Evolución de las garantías constitucionales. Hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data, acción de cumplimiento.

Grijley. Lima, 1996; COMISION DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTO Y ACUSACIONES CONSTITUCIONALES. Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución (Texto para el debate). Lima, 5 de abril de 2002; EGUIGUREN PRAELI Francisco. Estudios constitucionales. Ara Editores. Lima, 2002; GARCÍA BELAUNDE Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Temis. Bogotá, 2001;

HUERTA GUERRERO Luis Alberto. La jurisdicción constitucional en el Perú en el 2003. Un balance sobre su desarrollo en la legislación y la jurisprudencia. Comisión Andina de Juristas. Lima, 2004; PINTO FERREIRA Luiz. Os

¹³⁷⁸ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Estudios constitucionales. Ara Editores, Lima, 2002, p. 218.

instrumentos processuais protetores dos direitos humanos no Brasil. En: GARCÍA BELAUNDE, Domingo - FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La jurisdicción constitucional en Iberoamerica". Dykinson. Madrid, 1996; SOLOZABAL ECHA V ARRIA Juan José. Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales. Revista de Estudios Político. CEe. Madrid, 1991, N° 71.

Proceso de hábeas data

Artículo 200

Son garantías constitucionales:

(...)

3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución (*).

(...)

(*) Texto del inciso según modificatoria efectuada por la Ley N° 26470, publicada el 12 de junio de 1995

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 202 inc. 2), 205;

C.P.Ct.: arts. I a IX, 61 a 65;

L.O.T.C.;

L.O.D.P.: arto 9 inc. 2);

Ley 26470;

Ley 26301;

Ley 26545;

Ley 27806: arts. 1 y 11;

D.S. 072-2003-PCM: arts. 10 a 16;

Ley 27809: arts. 133 y 134;

C.A.D.H.; D.U.D.H.; P.I.D.C.P.

Luis Castillo Córdova

1. Norma constitucional

En la norma constitucional peruana, el hábeas data es una garantía constitucional concreta destinada a proteger directamente determinados derechos constitucionales¹³⁷⁹. Se halla recogida en el artículo 200 inciso 3, en el que se la define según los derechos constitucionales que debe proteger: los contenidos en los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Ley Fundamental. Empleando el mismo contenido que el utilizado para la definición constitucional del hábeas corpus y del amparo, se ha dispuesto que el hábeas data es una garantía constitucional que procede contra cualquier afectación de los mencionados derechos constitucionales, ya sea en la modalidad de amenaza, ya en la modalidad de lesión efectiva, configurada a partir de una acción o de una omisión, independientemente del sujeto agresor, que puede ser una autoridad, funcionario, persona jurídica o persona natural.

Los derechos protegidos por el hábeas data, entonces, son los siguientes:

¹³⁷⁹ Sobre la clasificación de las garantías constitucionales cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio. Los derechos fundamentales. 7ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 66-104. El mismo tema en el ordenamiento constitucional peruano cfr. CASTILLO C6RDOVA, Luis. Elementos de una teona general de /os derechos constitucionales. Universidad de Piura - Ara Editores, Lima, 2003, pp. 244-281

El derecho de acceso a la información pública (primer párrafo del artículo 2.5 de la Constitución). El constituyente ha previsto que toda persona tiene derecho a:

"solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional"¹³⁸⁰.

El derecho al secreto bancario y la reserva tributaria (segundo párrafo del artículo 2.5 de la Constitución), las cuales solo "pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado"¹³⁸¹.

El llamado derecho a la autodeterminación informativa (artículo 2.6 de la Constitución). Este derecho se define, en términos del texto constitucional, como aquel por el cual toda persona tiene derecho a "que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar"¹³⁸².

Si bien con base en una aplicación estricta del artículo 200.3 de la Norma Suprema, el hábeas data procederá para la defensa de estos derechos constitucionales, será con respecto al tercero de los mencionados derechos donde encuentre su plena virtualidad, como se tendrá oportunidad de explicar más adelante.

2. Hábeas data y poder informático

Qué duda cabe que "[h]oy en día con los adelantos tecnológicos experimentados en el campo de la informática, no solo es posible la recolección y el almacenamiento de información referida a varios ámbitos de la vida de una persona, sino que esa misma operación puede realizarse respecto de un gran número de ellas a la vez"¹³⁸³.

Como bien se ha advertido, "[h]oy se puede decir que cualquier ser humano puede acumular, sin mayor esfuerzo, un conocimiento detallado sobre cientos (sino miles) de otros seres humanos en sus horas libres. Con cuanta mayor razón no acumulará información sobre ellos alguien que se especialice en la tarea o que, inclusive, la vea como un negocio potencial: acumula información y luego la vende como servicio"¹³⁸⁴.

De esta manera, la información organizada que pueda poseer quien crea, alimenta y mantiene un banco de datos, le confiere un poder muy importante a

¹³⁸⁰ Cfr. Exp. N° 0915-2000-HD/TC, del 15 de octubre de 2001, f. j. 3

¹³⁸¹ Cfr. Exp. N° 1219-2003-HD/TC, del 21 de enero de 2004, f. j. 9

¹³⁸² Cfr. Exp. N° 0666-1996-HD/TC, del 02 de abril de 1998, f. j. 2b

¹³⁸³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Hábeas corpus, amparo y hábeas data. Universidad de Piura - Ara Editores, Lima, 2004, p. 368.

¹³⁸⁴ RUBIO CORREA, Marcial. Estudios de la Constitución Política de 1993. Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 227-228

la par que riesgos o, pues en definitiva se trata de una "fuente de acumulación de poder económico y político a nivel mundial"¹³⁸⁵. Este poder de no ser bien utilizado, o mejor aún, de no ser utilizada la información almacenada para la finalidad por la cual fue solicitada, puede acarrear serias consecuencias negativas para los derechos constitucionales de las personas cuyos datos están almacenados, particular riesgo es el que corren derechos como a la intimidad y conexos (como el del honor y la buena reputación). Como bien se ha advertido, "[g]uienes hacen informática (productor, gestor y distribuidor de datos) tienen generalmente protección constitucional de su actividad en las reglas que tutelan la libertad de comerciar, trabajar, inviolabilidad de los papeles privados, etc. La situación no es la misma para los registrados en los archivos o bancos de datos, ya que estos pueden contener información equivocada, antigua, falsa, o con potenciales fines discriminatorios, o lesiva del derecho a la intimidad de las personas"¹³⁸⁶.

Frente a este poder informático y frente al riesgo que supone para los derechos fundamentales su ejercicio irregular y extralimitado, ha surgido el concepto de -en términos del Tribunal Constitucional- "Derecho a la autodeterminación informativa"¹³⁸⁷ como un nuevo derecho de la persona, de modo que "a la larga lista de derechos humanos existentes debería agregarse uno más, que algunos llaman libertad informática o derecho a la libertad informática, y otros auto tutela informativa o autodeterminación informativo"¹³⁸⁸. En términos generales, este nuevo derecho va a suponer el reconocimiento a toda persona de una serie de facultades jurídicas que se le atribuyen precisamente para enfrentar las extralimitaciones del mencionado poder informático y evitar de esta manera que el mal uso del mismo pueda lesionar bienes o derechos constitucionales de las personas¹³⁸⁹. Precisamente para la protección de estos derechos frente a agresiones que puedan proceder del mal empleo del poder informático es que se ha reconocido la garantía constitucional llamada hábeas data¹³⁹⁰.

¹³⁸⁵ ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. El hábeas data en el derecho comparado y el Perú, y algunas notas sobre su real viabilidad y la pertinencia en nuestro país. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana (coordinadora). "Derecho Procesal Constitucional". T-II, 2' edición, Jurista Editores, Lima 2004, p. 912.

¹³⁸⁶ SAGÜÉS, Néstor. Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo. Vol. 3,4' edición, Astrea, Buenos Aires 1995,p. 678

¹³⁸⁷ Expresión acuñada igualmente por el Tribunal Constitucional. Por todos cfr. Exp. N° 1797-2002HD ITC, del 29 de enero de 2003, f. j. 3; Y Exp. N° 0700-2003-HC/TC, del 1 O de abril de 2003, en cuyo f. j. 2

¹³⁸⁸ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Temis, Bogotá, 2001, p. 55.

¹³⁸⁹ Cfr. LANDA, César. Teoría del Derecho Procesal Constitucional. I' reimpresión, Palestra, Lima 2004. p. 134.

¹³⁹⁰ Sagüés, hablando de la posibilidad de compatibilizar el "derecho informático" y "los otros derechos eventualmente perjudicados", afirma que "[u]na vía de solución estriba en definir una zona de 'información sensible', no registrable en los bancos de datos, o con áreas insusceptibles de registrar. La 'información susceptible' cubre puntos como religión, ideas políticas, comportamiento sexual, salud moral y física, vinculaciones sindicales, raza. Otro mecanismo de adaptación consiste en auspiciar un proceso judicial expeditivo (en concreto, el hábeas data)". SAGÜÉS, Néstor.

Hábeas data: su desarrollo constitucional. En: "Lecturas Constitucionales Andinas 3". Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 88

El Derecho no puede ni debe desconocer la existencia del poder informático ni debe renunciar a combatir sus excesos. El Derecho debe realizar su mejor esfuerzo dirigido a regular y controlar la existencia de bancos de datos, así como el manejo de la información en ellos contenida, a fin de evitar situaciones atentatorias contra los derechos constitucionales, particularmente de derechos vulnerables como el derecho a la intimidad¹³⁹¹.

3. Virtualidad del hábeas data en el ordenamiento jurídico peruano

3.1. Desde la Constitución

La doctrina coincide en afirmar que el hábeas data como garantía que pretende neutralizar los excesos del poder informático, debe poder servir para lograr las siguientes pretensiones de las personas cuya información está contenida en algún banco o registro de datos: acceder a la información; actualizar, rectificar o excluir información del registro; y atribuir a la información el carácter de información confidencial¹³⁹². La pregunta que conviene formular es si es posible concluir esta virtualidad del hábeas data desde el texto constitucional peruano. En el caso peruano, toda esta virtualidad se puede inferir del artículo 2.6 de la Carta del 93. La norma constitucional habla de suministro de información, lo que a priori haría pensar que se trata de una disposición que no incluiría dentro de su campo de protección, todas las situaciones anteriores al acto de suministro y, por tanto, tampoco incluiría ninguna de las virtualidades apuntadas.

Sin embargo, esta impresión inicial no es la correcta pues resultaría muy poco eficaz circunscribir las facultades que otorga el derecho solo al acto de suministro de información. El derecho recogido en el artículo 2.6 de la Constitución tiene por finalidad que los servicios informáticos -públicos o privados, computarizados o no suministren determinada información que potencialmente pueda ser agresora del derecho a la intimidad. Pues bien, esta finalidad solo podrá obtenerse en la medida que se otorgue al titular del derecho todas las facultades dirigidas a posibilitar que la entrega de información que pueda dañar la intimidad de las personas, no se llegue a verificar. No será posible que no se suministre información que atente contra la intimidad, sino se otorga al titular la facultad de acceder a la información contenida en un banco de datos para actualizarla, rectificarla, declararla confidencial o excluirla, según corresponda.

A esta misma conclusión se llega a través de un razonamiento desde el hábeas data. Esta garantía sería de una eficacia prácticamente nula si se la circunscribe solo para el acto de suministro de información, debido a la rapidez con que se realiza el acto de suministro, pues puede ocurrir que la información haya sido ya suministrada incluso antes de haberse resuelto el hábeas data, más aún si se considera el hecho de que existe una vía previa que agotar antes de acudir a la acción de garantía. Si se quiere hacer del hábeas data un arma eficaz en defensa de los derechos constitucionales, debe concebirse como un

¹³⁹¹ Cfr. ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. Código Procesal Constitucional. Proceso contencioso administrativo y derechos del administrado. Palestra, Lima 2004, p. 53

¹³⁹² CEr. SAGÜÉS, Néstor. Ob. cit., p. 681

mecanismo de protección que alcanza también a los momentos anteriores al suministro de la información y, por tanto, hacer proceder el hábeas data, además de evitar el suministro de información, también para proteger el acceso a la información contenida en el banco de datos y para su correspondiente fiscalización a través de su actualización, ratificación, confidencialidad o exclusión.

Tal extensión hermenéutica será posible "si se coloca la fuerza interpretativa no en la frase suministrar información que se recoge en el mencionado artículo 2.6 CP, sino en la frase afectación de la intimidad, de modo que se pueda concluir la procedencia del hábeas data como medio eficaz para obtener y mantener en un banco de datos solo información con la calidad de suministrable"¹³⁹³.

3.2. Desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Por fortuna esta interpretación extensiva que puede formularse desde el artículo 2.6 de la Constitución ha sido asumida por el Tribunal Constitucional, el cual con acierto ha establecido que la procedencia del hábeas data no se limita a actuar ante situaciones que signifiquen suministro de información, sino que se extiende a las situaciones anteriores al acto de suministro: "no es inoportuno precisar que el Hábeas Data en puridad, constituye un proceso al que cualquier justiciable puede recurrir con el objeto de acceder a los registros de información almacenados en centros informáticos o computarizados, cualquiera sea su naturaleza, a fin de rectificar, actualizar, excluir determinado conjunto de datos personales, o impedir que se propague información que pueda ser lesiva al derecho constitucional a la intimidad"¹³⁹⁴.

De esta manera, el hábeas data es un mecanismo de garantía constitucional por el cual se puede solicitar no solo el no suministro de información contenida en el banco de datos, sino también se puede lograr una suerte de fiscalización previa al contenido de la información almacenada en el referido banco de datos, a fin de que este solo pueda contener información suministrable. Esto significa, como bien ha hecho el Tribunal Constitucional, extender la virtualidad jurídica del hábeas data para lograr el acceso al banco de datos, así como para conseguir la rectificación, actualización y la exclusión de la información que sobre una determinada persona se contiene registrada. Si bien el Tribunal Constitucional no recoge expresamente la virtualidad de atribución de carácter confidencial a alguna información, no debe significar eso que quede desechada esta posibilidad, pues de otra forma no se obtendría la finalidad de control del poder informático que en definitiva se está persiguiendo con la extensión del hábeas data a situaciones distintas del mero suministro de la información.

Esta línea interpretativa ha sido nuevamente confirmada por el Tribunal Constitucional, agregando una especial referencia al conocimiento de la finalidad por la cual se ha incluido determinada información en la base de datos. Finalidad que sirve incluso como parámetro para determinar la juridicidad o no, tanto en el almacenamiento como en el empleo de la información. Declaró el Tribunal Constitucional que "[e]ste Tribunal ha

¹³⁹³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Ob. cit., p. 374.

¹³⁹⁴ Exp.-N° 0666-1996-HD/TC, citado, f. j. 2b. la cursiva de la letra es añadida

expresado (m) que la protección del derecho a la autodeterminación informativa a través del hábeas data comprende, en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona. Tal acceso puede tener por objeto que se permita conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de información así como la (o las) persona(s) que recabaron dicha información. En segundo lugar, el hábeas data puede tener la finalidad de agregar datos al registro que se tenga, ya sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o bien con el fin de que se incluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se tenga una cabal referencia sobre la imagen e identidad de la persona afectada. Asimismo, con el derecho en referencia, y en defecto de él, mediante el hábeas data, un individuo puede rectificar la información, personal o familiar, que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso, tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados¹³⁹⁵.

En cualquier caso, no se debe dejar de reparar en el hecho que admitir las facultades de acceso y fiscalización, supone admitir una actuación previa que significa una protección preventiva de los derechos constitucionales ante el poder informático, especialmente del derecho a la intimidad. En esta línea, el principio pro libertatis exige admitir las dos siguientes consecuencias. Primera, que lo que se está exigiendo para que proceda el hábeas data es solo una amenaza del derecho constitucional como el de la intimidad. Segundo, que hay que estar siempre a favor de una protección efectiva de los derechos constitucionales, lo cual significa que en caso de duda hay que estar por la procedencia del hábeas data. Y, en tercer lugar, no debe interpretarse el hábeas data como destinado a proteger solamente la intimidad, sino que se ha de incluir también a otros derechos constitucionales que potencialmente puedan ser agredidos por un uso extralimitado del poder informático. En este sentido, especial atención requieren los otros derechos personalísimos como el derecho al honor.

3.3. Desde el Código Procesal Constitucional

El Código Procesal Constitucional igualmente ha recogido una interpretación extensa acerca de las facultades que otorga el artículo 2.6 de la Norma Suprema y, por tanto, de la virtualidad extensa también del hábeas data. Lo protegible por el hábeas data no solo es evitar el suministro de información que atente contra el derecho a la intimidad, sino que además protege aquellas facultades que posibilitan que en la base de datos o registros solo exista información suministrable. ¿Cuáles son esas facultades reconocidas por el Código Procesal Constitucional? A decir del artículo 61.2 CPC son las siguientes: "conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información (...) [H]acer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones".

Estas facultades de acción no quedan reducidas a evitar que se agreda el derecho a la intimidad, sino que el Código Procesal Constitucional, y con buen

¹³⁹⁵ Exp. N° 1797-2002-HD/TC, citado, f. j. 4

tino, lo hace extendible a todos los derechos constitucionales. De modo que el hábeas data procederá para proteger cualquier derecho constitucional que pueda estar afectado por el ejercicio del poder informático. Aunque habrá que reconocer que los posiblemente afectados en la realidad serán los derechos personalísimos como el derecho a la intimidad o al honor.

4. Hábeas data, ¿un amparo especializado?

Si el hábeas data es la garantía constitucional pensada para proteger los derechos constitucionales agredidos por el uso extralimitado del poder informático, y si los derechos constitucionales que tienden a ser afectados son derechos como la intimidad, el honor o la imagen de las personas, cabe preguntarse si ¿la defensa de los derechos constitucionales no podía correr por cuenta del amparo? Si a esta cuestión se responde afirmando que el amparo no tenía la suficiente virtualidad como para hacer frente a la agresión de derechos que, si bien inicialmente están defendidos por esa garantía constitucional, hay un conjunto de agresiones especialmente singulares que exigen la creación de un mecanismo de protección distinto al amparo; entonces -y si se quiere ser coherente- se debe admitir también que esa especial singularidad de la situación nueva exige de un procedimiento también especial y distinto al amparo.

Han sido varias las respuestas que se han formulado a la pregunta antes planteada. Así, se tiene afirmado que "su existencia como garantía o proceso constitucional carece de suficiente justificación"¹³⁹⁶, ya que "el Hábeas Data es una especie de Amparo especializado para la defensa de ciertos derechos"¹³⁹⁷, es decir, "importa, pues, una pieza del derecho procesal constitucional configurativa de un amparo especializado, con fatalidades específicas"¹³⁹⁸, al punto que -y en referencia a la Constitución peruana- "resultaba innecesaria su incorporación en la nueva Constitución, pues para proteger este derecho [de libertad informática] bastaba con regular adecuadamente al proceso de amparo"¹³⁹⁹. También hay posturas contrarias, como aquella que afirma que "la naturaleza de las actividades vinculadas a la informática, y el riesgo de un mal uso de estos instrumentos [informáticos] (...) sí parece aconsejar este trato diferenciado [entre amparo y hábeas data]"¹⁴⁰⁰. Incluso, existe la opinión que afirma que "[e]n realidad, no tiene mayor importancia si el hábeas data existe como figura procesal autónoma o si está encubierto y aparece como dependiente de otra. Lo importante, en realidad, es que el derecho sea protegido"¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁶ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. El habeas data y su desarrollo en el Perno En: "Derecho" N° 51, Lima, 1997, p. 308.

¹³⁹⁷ BOREA ODRÍA, Alberto. Evolución de /as garantías constitucionales. 2ª edición actualizada, Fe de Erratas, Lima, 2000, p. 487

¹³⁹⁸ SAGÜÉS, Néstor. Ob. cit., p. 655

¹³⁹⁹ ABAD YUPANQUI, Samuel. Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales: dos nuevos procesos constitucionales. En: AA. vv., "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios", Comisión Andina de Juristas, Lima 1994, p. 268

¹⁴⁰⁰ ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. Ob. cit., P. 891.

¹⁴⁰¹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Ob. cit, P. 58

No se puede intentar solucionar la cuestión planteada si es que primero no se intenta establecer cual puede ser ese punto o contenido que hace distinto el amparo del hábeas data. En referencia siempre al ordenamiento constitucional peruano, en un momento inicial el hábeas data se diferencia del amparo no tanto por el derecho constitucional que se desea proteger, que en uno y otro caso será el mismo (el derecho a la intimidad, el derecho al honor o el derecho a la imagen); sino que la diferencia se configura a partir de los actos agresores de esos derechos. Se habla de hábeas data y no de amparo en razón de que los actos de agresión a un derecho constitucional provienen de un ámbito de cosas especialísimo: la técnica informática (computarizada o no). Es como si los actos de agresión de los derechos a la intimidad, al honor o a la imagen, por ejemplo, se dividieran en dos grupos: aquellas agresiones que son fruto del ejercicio de un poder informático y aquellas otras que no lo son. Así solo cuando las agresiones sean del primer grupo se hablará de hábeas data. Solo en este caso, y en un segundo momento, puede hablarse del mencionado "derecho a la autodeterminación informativa" como un derecho que otorga una serie de facultades a su titular, facultades dirigidas en la línea de neutralizar los posibles excesos en el ejercicio del poder informático.

En la medida que las agresiones del derecho constitucional son de una naturaleza tal que las singulariza y diferencia del resto de agresiones, y en la medida que esa singularidad tiene entidad propia al estar referida a un ámbito de la técnica que requiere de especialización, es que queda justificada la entidad propia y consecuente autonomía del hábeas data como garantía constitucional. Desde un plano teórico y en comparación a las agresiones de las que se ocupa el amparo, el hábeas data intentará neutralizar un espectro de agresiones constitucionales tan singulares, como singulares son el espectro de agresiones que se intenta enfrentar -por ejemplo- a través del hábeas corpus, que es igualmente una garantía diferente al amparo por la especialidad del derecho que protege y de las agresiones constitucionales que combate. Complementariamente, el hábeas data protege un derecho, el derecho constitucional a la autodeterminación informativa, cuyo contenido constitucional es de una singularidad semejante a la singularidad del derecho a la libertad y conexos que protege el hábeas corpus.

De esta manera se puede afirmar que la decisión del constituyente peruano de prever un mecanismo procesal constitucional distinto para cuando se trate de proteger derechos constitucionales por agresiones provenientes del poder informático, tiene justificación. Ha sido una decisión con sustento debido a la especialidad que significaba el campo en el que está destinada la garantía a actuar. Como no podía ser de otra manera, esta especialidad requiere que el hábeas data como garantía constitucional se desenvuelva a través de un proceso también especial con respecto al amparo, como lo es -por ejemplo- el hábeas corpus.

DOCTRINA

ABAD YUPANQUI, Samuel. Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales:

dos nuevos procesos constitucionales. En: AA. VV., "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios", Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994; BOREA ODRÍA, Alberto. Evolución de las garantías constitucionales. 2a edición actualizada, Fe de Erratas, Lima, 2000; EGUIGUREN PRAELI, Francisco. El hábeas data y su desarrollo en el Perú. En: "Derecho" N° 51, Lima, 1997; ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy.

Código Procesal Constitucional. Proceso contencioso administrativo y derechos del administrado. Palestra, Lima 2004; ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. El hábeas data en el derecho comparado y el Perú, y algunas notas sobre su real viabilidad y la pertinencia en nuestro país. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana (coordinadora). "Derecho Procesal Constitucional". T-II, 2a edición, Jurista Editores, Lima 2004; CASTILLO CÓRDOV A, Luis. Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales.

Universidad de Piura - Ara editores, Lima, 2003; CASTILLO CÓRDOV A, Luis. Hábeas corpus, amparo y hábeas data. Universidad de Piura - Ara editores, Lima, 2004; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Temis, Bogotá, 2001; LANDA, César. Teoría del Derecho Procesal Constitucional. la reimpresión, Palestra, Lima 2004; PÉREZ LUÑO, Antonio. Los derechos fundamentales. 7a edición, Tecnos, Madrid, 1998; RUBIO CORREA, Marcial. Estudios de la Constitución Política de 1993. Tomo 1, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; SAGÜÉS, Néstor. Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo. Vol. 3, 4a edición, Astrea, Buenos Aires 1995; SAGÜÉS, Néstor. Hábeas data: su desarrollo constitucional. En: "Lecturas Constitucionales Andinas 3". Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994.

Proceso de inconstitucionalidad

Artículo 200

Son garantías constitucionales:

(..) 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 202 ine 1), 203 Y 204;
C.P.Ct.: arts. 1 a IX, 75 a 83, 98 a 108;
L.O.T.C.;
L.O.D.P.: arto 9 ine 2);
L.O.M.P.: 3rt. 66 ine 1);
Ley 25397: 3rt. 21;
Ley 27972: 3rt. 52 ine 1);
C.A.D.H.; D.U.D.H.; P.I.D.C.P.

Luis Alberto Huerta Guerrero

1. Introducción

El proceso de inconstitucionalidad es uno de los mecanismos de defensa de la Constitución a través de los órganos jurisdiccionales del Estado¹⁴⁰². La Constitución de 1993 lo contempla y asigna al Tribunal Constitucional la competencia para conocer y resolver, como instancia única, las demandas de inconstitucionalidad. En la actualidad este proceso viene siendo bastante utilizado y las decisiones emitidas en el marco del mismo han contribuido sustancialmente a la interpretación de las normas constitucionales y, en particular, de los derechos fundamentales.

La Constitución y el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237, publicada el 31 de mayo de 2004 y que entró en vigencia el 1 de diciembre del mismo año) constituyen el marco normativo para el estudio y análisis del proceso de inconstitucionalidad.

Dado que un conjunto de reformas sustantivas a este proceso requeriría cambios previos a nivel constitucional, existe mucha similitud entre la anterior regulación sobre la 'materia (prevista en la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y el nuevo Código. Sin embargo, esto no ha sido obstáculo para que el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, precise alcances importantes sobre este proceso.

¹⁴⁰² Este proceso fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Constitución de 1979, la cual asignó al Tribunal de Garantías Constitucionales la competencia para su conocimiento y resolución como instancia única. La efectividad del proceso de inconstitucionalidad quedó nula a partir de 1992, como consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril, que trajo consigo la clausura del mencionado Tribunal

2. Normas objeto de control

El artículo 200 inciso 4 de la Constitución de 1993 señala que el proceso de inconstitucionalidad procede contra las siguientes normas: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. En comparación con la Carta de 1979, la de 1993 amplió el número de disposiciones que pueden ser cuestionadas a través del proceso de inconstitucionalidad.

Aparte de las normas previstas en el citado artículo 200 inciso 4 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha precisado su competencia para conocer a través del proceso de inconstitucionalidad demandas contra decretos ley¹⁴⁰³ Y leyes de reforma constitucional¹⁴⁰⁴. La decisión de ampliar las normas que pueden ser objeto de control a través del proceso de inconstitucionalidad es competencia exclusiva del Tribunal, respecto de la cual no cabe la posibilidad de establecer cuestionamiento alguno¹⁴⁰⁵.

3. Control posterior de normas

El proceso de inconstitucionalidad en el Perú ha sido previsto como un mecanismo de control posterior de normas, es decir, solo a partir de su promulgación es posible impugnarlas a través de una demanda de

¹⁴⁰³ Si bien los decretos ley no se encuentran mencionados en el artículo 200 inciso 4 de la Constitución, pues son normas ajenas al ordenamiento constitucional, el Tribunal ha establecido que tiene competencia para analizar si estas disposiciones son compatibles con la ley fundamental, lo cual resulta razonable por cuanto se trata de normas que aún se encuentran vigentes. Se pueden revisar al respecto las sentencias de los Expedientes N°s. 007-96-I/TC (publicada el 26 de abril de 1997), 021-96-I/TC (publicada el 23 de mayo de 1997) y 010-2002-AI/TC (publicada el 4 de enero de 2003). Fue en la última de estas sentencias que el Tribunal se pronunció por primera vez, en forma expresa, sobre su competencia para conocer demandas de inconstitucionalidad contra Decretos Leyes. En términos generales señaló: (a) los decretos leyes "deben considerarse como actos con jerarquía de ley y, por lo tanto, susceptibles de ser modificados o derogados por otras normas del mismo valor y rango; y por ende, sujetos al control de la constitucionalidad"; b) las normas comprendidas en el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución "solo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad".

¹⁴⁰⁴ La expresión "leyes de reforma constitucional" prevista en el artículo 206 de la Constitución ha servido de fundamento para que el Tribunal Constitucional interprete que sus facultades de control también se extienden a este tipo de normas. En este sentido ha señalado que "si bien el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución no prevé expresamente las leyes de reforma constitucional como objeto de la acción de inconstitucionalidad, también es verdad que esta se introduce al ordenamiento constitucional mediante una ley y, además, porque el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado". Ver al respecto la sentencia del Expediente N° 014-2002-AII TC, publicada el 25 de enero de 2003, párrafo 35.

¹⁴⁰⁵ El artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala: "En ningún caso se puede promover contienda de competencia o de atribuciones al Tribunal respecto de los asuntos que le son propios de acuerdo con la Constitución y la presente ley".

inconstitucionalidad. Esto es acorde con lo dispuesto en el Código Procesal Constitucional (artículo 100), el que señala que el plazo para presentar una demanda de inconstitucionalidad se empieza a contar a partir de la publicación de la norma.

El control posterior de las normas jurídicas a través del proceso de inconstitucionalidad es una opción asumida en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, existen experiencias comparadas en donde se ha establecido el control previo de determinadas normas, como en el caso de Colombia, por lo que resulta importante evaluar si resulta conveniente la aplicación de este sistema en el ordenamiento constitucional peruano¹⁴⁰⁶, más aún porque hemos sido testigos -durante el gobierno del ex presidente Fujimori- de la aprobación de normas contrarias a los derechos fundamentales y los mecanismos establecidos para su protección, algunas de las cuales fueron sometidas a un control posterior a través de un proceso de inconstitucionalidad, pero que generaron efectos inmediatos en contra del texto constitucional. Así ocurrió en el caso de la Ley N° 26592, que estableció la necesidad de contar con el voto favorable de 2/5 del número legal de miembros del Congreso (48 votos) como requisito para que se realice un referéndum, norma que fue aprobada con el objetivo de limitar el referéndum promovido contra la Ley N° 26657, que permitía una nueva reelección del ex presidente Fujimori para el año 2000¹⁴⁰⁷. Otro ejemplo es lo que ocurrió con el Decreto Legislativo N° 900, por medio del cual se regularon aspectos relacionados con el proceso de hábeas corpus y amparo, cuando la Constitución señala en forma expresa que estos procesos deben ser regulados a través de una ley orgánica, por lo que se trata de una materia indelegable al Ejecutivo para su desarrollo a través de decretos legislativos (artículos 101 inciso 4, 104 Y 200 de la Constitución)¹⁴⁰⁸.

Estos ejemplos demuestran que existen situaciones en donde se aprueban normas manifiestamente contrarias a la Constitución, cuyos respectivos proyectos de ley podrían ser sometidos a un control previo ante el Tribunal Constitucional. Esto evitaría, si el Tribunal se pronuncia por su

¹⁴⁰⁶ El artículo 241 inciso 8 de la Constitución de Colombia establece como competencia de la Corte Constitucional "decidir definitivamente sobre la constitucionalidad (...) de los proyectos de leyes estatutarias tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación" (subrayado nuestro). En este país, las leyes estatutarias se distinguen de las leyes ordinarias por su contenido y por los mayores requisitos que se exigen para su aprobación. En cuanto al contenido, el artículo 152 de la Constitución de Colombia señala que los siguientes temas solo pueden ser desarrollados a través de leyes estatutarias: a) derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos para su protección; b) administración de justicia; c) organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; d) instituciones y mecanismos de participación ciudadana; y e) estados de excepción. El control previo que realiza la Corte Constitucional de Colombia consiste en la revisión integral de cada una de las disposiciones de las leyes estatutarias. Esta revisión se produce una vez aprobado el proyecto de ley en el Congreso. Si la Corte considera que el proyecto es constitucional, este se envía al Presidente de la República para su promulgación. Si es declarado total o parcialmente inconstitucional, el proyecto se remite a la Cámara de origen. Si la inconstitucionalidad es parcial y no ha terminado la legislatura correspondiente, la Cámara de origen puede rehacer las disposiciones afectadas en concordancia con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, se remite el nuevo proyecto a la Corte para el fallo definitivo (Decreto 2067, artículos 41 y 33).

¹⁴⁰⁷ Ver sentencia de Expediente N° 003-96-I/TC, publicada el 25 de diciembre de 1996

¹⁴⁰⁸ Ver sentencia de Expediente N° 004-2001-I/TC, publicada el 27 de diciembre de 2001

inconstitucionalidad, que tales normas entren en vigor y originen perjuicios en asuntos de especial trascendencia.

El control previo de proyectos de ley de especial importancia resulta particularmente interesante, en tanto re fuerza el control que debe existir sobre normas sustancialmente trascendentales para el desarrollo de un Estado de Derecho, como las normas sobre derechos fundamentales y sus mecanismos de protección. A nuestro entender, el control previo de determinadas normas no debe ser una opción a descartar fácilmente.

4. Plazo para presentar una demanda de inconstitucionalidad

El Código Procesal Constitucional aborda el tema del plazo para presentar una demanda de inconstitucionalidad en su artículo 100 y señala que el mismo es de seis (06) años contados a partir de la publicación de la norma y de seis (06) meses para el caso de los tratados. La Segunda Disposición Final establece que al entrar en vigencia el Código, los procesos en trámite continuarán rigiéndose por las normas anteriores a efectos de, entre otros aspectos, el cómputo de los plazos que hubieran empezado. El artículo 100 del Código precisa asimismo que, una vez vencido el plazo para presentar una demanda de inconstitucionalidad prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, es decir, sin perjuicio de que los jueces puedan hacer uso de su facultad de control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas, lo cual confirma el carácter mixto de nuestro sistema de control constitucional abstracto de normas.

5. Motivos para declarar inconstitucional una norma por el fondo o por la forma

En un proceso de inconstitucionalidad, una norma puede ser declarada contraria a la Constitución, por razones de forma o por razones de fondo. Así lo establece de manera expresa el artículo 200 inciso 4 de la Constitución.

El Código Procesal Constitucional aborda este tema en el artículo 75 y establece al respecto:

"(El proceso de inconstitucionalidad) tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo.

Por contravenir el artículo 106 de la Constitución, se puede demandar la inconstitucionalidad, total o parcial, de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley que no haya sido aprobada como orgánica, si dichas disposiciones hubieren regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada como tal".

Finalmente, se debe mencionar que si una demanda de inconstitucionalidad contra una norma es desestimada por razones de forma, eso no impide cuestionada posteriormente por razones de fondo (ver sección 7).

6. Principios de interpretación

El control de las normas a través del proceso de inconstitucionalidad no solo se efectúa tomando como parámetro de referencia el texto de la Constitución, sino que también se deben tomar en cuenta otras disposiciones. En este sentido, el Código Procesal Constitucional señala en su artículo 79:

"Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona".

Esta norma amplía el parámetro para evaluar la constitucionalidad de las normas jurídicas, pues la anterior legislación (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, artículo 22) solamente se refería a las leyes relacionadas con la estructura y funcionamiento de los órganos estatales. Ahora se incorpora también a las leyes sobre derechos fundamentales. Pero además, el Tribunal ha señalado en su jurisprudencia que deben tomarse en cuenta para tal efecto las normas y decisiones internacionales relacionadas con los derechos humanos, criterio que ha sido recogido en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional¹⁴⁰⁹.

7. Fuerza vinculante de las decisiones en los procesos de inconstitucionalidad

Las sentencias emitidas en los procesos de inconstitucionalidad tienen carácter vinculante. En este sentido, si una norma es declarada compatible con la Constitución, sigue vigente y debe ser cumplida por todos. Por el contrario, si una norma es considerada incompatible con la Constitución, se produce su expulsión del ordenamiento jurídico y nadie puede invocarla para generar algún efecto jurídico¹⁴¹⁰.

El Código Procesal Constitucional aborda este tema al otorgar el valor de cosa juzgada a las decisiones del Tribunal Constitucional en los procesos de

¹⁴⁰⁹ Las normas internacionales sobre derechos humanos se incorporan como parámetro para analizar la constitucionalidad de las normas internas como consecuencia de lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta de 1993. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional llevó a la práctica este mandato constitucional y extendió sus alcances de la obligación de observar la jurisprudencia internacional. El Código Procesal Constitucional ha recogido esta tendencia al señalar lo siguiente en el artículo V de su Título Preliminar: "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales' sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte".

¹⁴¹⁰ El artículo 83 del Código Procesal Constitucional señala que por la declaración de inconstitucionalidad de una norma "no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado".

inconstitucionalidad (artículo 82, primer párrafo). Asimismo señala dos precisiones importantes:

a) La "declaratoria de inconstitucionalidad (...) de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que esta sea demandada ulteriormente por razones de fondo" (artículo 82, tercer párrafo). En este caso el Código presenta una redacción poco clara, pues si una norma es declarada inconstitucional por vicios de forma, la misma deja de formar parte del ordenamiento jurídico, por lo que no tendría sentido cuestionarla posteriormente por razones de fondo. Quizá la intención del legislador fue establecer que si una demanda de inconstitucionalidad contra una norma por vicios de forma es desestimada, eso no impide cuestionarla posteriormente por razones de fondo.

b) La sentencia que declara infundada una demanda de inconstitucionalidad contra una norma impide la interposición de nueva demanda contra esta, fundada en idéntico precepto constitucional. Es decir, si en un proceso una norma es declarada compatible con una determinada disposición de la Constitución, eso no impide que pueda ser cuestionada en otro proceso por considerarse incompatible con otra disposición constitucional. Esta situación se encontraba en la anterior legislación y ha sido mantenida en el Código Procesal Constitucional, pero de un modo indirecto, pues se desprende de una interpretación a contrario del artículo 104 inciso 2, que establece que es posible rechazar de plano una demanda de inconstitucionalidad "cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo".

Corresponde aquí señalar que en el caso de las sentencias que declaran inconstitucional una norma, el derecho comparado nos da cuenta de ordenamientos jurídicos en donde se produce emitir una nueva norma con un contenido idéntico al de aquella que fue declarada inconstitucional. Así por ejemplo, el artículo 242 de la Constitución de Colombia señala:

"Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado (inconstitucional) por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución".

Si bien una disposición como esta es la lógica consecuencia del carácter de cosa juzgada de las sentencias que declaran inconstitucional una norma, podría ser útil incorporada en el ordenamiento jurídico peruano, pues se han presentado casos en los que, luego de que el Tribunal declaró inconstitucional una norma, se expidieron disposiciones que, aunque no eran iguales en sentido literal, generaban los mismos efectos. A pesar de la inexistencia de una norma al respecto, el Tribunal ha señalado que sus sentencias tienen carácter de cosa juzgada material, por lo que son prohibitivas de la expedición y/o mantenimiento en vigencia de cualquier otra norma de contenido análogo a las que ha declarado inconstitucionales¹⁴¹¹.

¹⁴¹¹ Sentencia del Expediente N° 024-96-AI/TC, publicada el 26 de abril de 2001, fundamento 6.

El efecto vinculante de las decisiones emitidas en los procesos de inconstitucionalidad presenta especiales características respecto a los tribunales ordinarios, los que no pueden inaplicar una norma que ha sido declarada por el Tribunal como compatible con la Constitución. Asimismo, deben adecuar su interpretación de las normas a lo señalado por el supremo intérprete de la Constitución. Al respecto el Código Procesal Constitucional señala lo siguiente en su Título Preliminar (artículo VI, segundo y tercer párrafo):

"Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad (...).

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

En general, todas estas disposiciones buscan establecer un orden en el sistema jurídico peruano a partir del cumplimiento de las decisiones que se emitan en los procesos de inconstitucionalidad.

DOCTRINA

HUERTA GUERRERO, Luis. El proceso de inconstitucionalidad en el Perú. Estudio preliminar. En: "Revista Jurídica del Perú", Año III, N° 52, Normas Legales, Trujillo, 2003.

Proceso de acción popular

Artículo 200

Son garantías constitucionales:

(m) 5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.P.Ct.: arts. 1 a IX, 75 a 97;

L.O.T.C.;

L.O.D.P.: arto 9 inc. 2);

L.O.P.J.: arts. 14,35 inc. 5),42 inc. a), 27" y 28'.

DFT; Ley 24968;

Ley 25433: arto 2;

Ley 27972: arto 52 inc. 2);

Ley 26636: arto 4 inc. 1);

Ley 27242;

Ley 25397: arto 12;

C.A.D.H.; D.U.D.H.; P.I.D.C.P.

Luis Alberto Huerta Guerrero

1. Aspectos generales

El proceso de acción popular es un mecanismo de defensa de la Constitución a través de los órganos jurisdiccionales del Estado. Fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Carta de 1933, pero recién fue reglamentado en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963¹⁴¹². Con una mejor precisión sobre sus alcances, este proceso también fue incorporado en la Constitución de 1979 y se mantiene en el actual texto constitucional de 1993 (artículo 200 inciso 5), aunque en este último no se precisan mayores aspectos procesales.

La ausencia de normas constitucionales sobre el proceso de acción popular constituye una gran ventaja, pues deja un amplio margen al legislador ordinario para desarrollar el marco legal más adecuado. Esto queda demostrado si comparamos esta situación con lo que ocurre respecto al proceso de inconstitucionalidad, cuya regulación constitucional es tan rigurosa que deja poco margen para reformas que permitirían un mejor control constitucional, en temas tan importantes como la legitimidad procesal, los efectos en el tiempo de las sentencias del Tribunal Constitucional, entre otros.

¹⁴¹² De acuerdo con Ortecho, en las pocas ejecutorias que se expidieron al amparo de esta ley, las decisiones fueron adversas, señalándose en ellas que para emprender la acción popular se requería tener interés legítimo en dicha acción, sentido jurisprudencia! que desnaturalizaba su esencia. Ver al respecto: ORTECHO VILENA, Víctor Julio. El proceso constitucional de acción popular. En: "Derecho Procesal Constitucional", Susana Castañeda Otsu (coord.). Tomo 1, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 421

Luego de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, el desarrollo legal del proceso de acción popular estuvo previsto en la Ley N° 24968, publicada el 22 de diciembre de 1988¹⁴¹³. Su actual regulación (Ley N° 28237, publicada el 31 de mayo de 2004 y que entró en vigencia el 1 de diciembre del mismo año), se encuentra en el Código Procesal Constitucional, en adelante el Código.

En este nuevo cuerpo normativo se establece una sección común (Título VI, artículos 75 al 83) dedicada al proceso de inconstitucionalidad y al proceso de acción popular, lo cual se explica por cuanto se trata de dos procesos similares en cuanto a su alcance: defender la supremacía normativa de la Constitución. Asimismo se establece un conjunto de normas específicas sobre el proceso de acción popular en el Título VII (artículos 84 al 97). En términos generales, las normas del Código son similares a las de la derogada Ley N° 24968, aunque existen algunas diferencias interesantes que iremos mencionando a lo largo de este texto.

2. Normas objeto de impugnación

El artículo 200 inciso 5 de la Constitución de 1993 señala que el proceso de acción popular procede contra: reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general. En comparación con la Carta de 1979, la de 1993 es bastante similar, como se aprecia en el siguiente cuadro:

Como señala Garcia Belaunde, el proceso de acción popular está pensado como "una suerte de control que ejerce cualquier ciudadano sobre el poder reglamentario de la administración pública, y más en particular, contra el Poder Ejecutivo, en la medida que la administración, mediante su propia actividad, puede vulnerar las leyes y la Constitución"¹⁴¹⁴.

Sin embargo, es importante señalar que no todos los países cuentan con un proceso similar a nuestra acción popular, ni este proceso es la única vía existente para que los tribunales puedan pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las normas administrativas de carácter general. Al evaluar el caso español, Caamaño describe que existen varias posibilidades al respecto, como el análisis que sobre este tema se pueda hacer en el marco de

¹⁴¹³ Al comentar esta norma, Jorge Danós señalaba: "Una apreciación global de la citada ley, permite observar que en varios aspectos ha seguido el modelo de procedimiento estructurado por la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, para la acción de inconstitucionalidad. Nos parece acertado que el legislador del procedimiento de la acción popular tome prestado instituciones y normas del procedimiento de la acción de inconstitucionalidad, porque (.u) ambos instrumentos de Garantía Constitucional tienen por objeto el control reparador o represivo de las normas jurídicas de carácter general, en vía de acción y principal, con efectos generales erga omnes y , abstractos." DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. La garantía constitucional de lo acción popular. En: "Lecturas sobre Tems Constitucionales" N° 4. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990, p. 157.

¹⁴¹⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Garantías constitucionales en h Constitución peruana de 1993. En: "Lecturas sobre temas constitucionales" N° 10. Comisión Anilina de Juristas, Lima, 1994, p. 261

un proceso contencioso administrativo e, incluso, a través de un proceso de amparo, tema que no ha estado exento de polémica¹⁴¹⁵.

En todo caso, consideramos que la incorporación de un proceso como la acción popular en nuestro ordenamiento jurídico constituye una opción asumida por nuestro constituyente y que forma parte de la tradición constitucional del país. El hecho que existan otras vías para evaluar la constitucionalidad de los reglamentos, no descarta la posibilidad de acudir a un control abstracto de normas, similar al proceso de inconstitucionalidad (previsto para el caso de normas con rango de ley). Lo importante es crear adecuados mecanismos de coordinación para que exista uniformidad de criterios entre los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales.

3. Legitimidad para dar inicio al proceso de acción popular

El tema de la legitimidad para presentar una demanda que permita dar inicio a un proceso de control abstracto de normas tiene una especial importancia. Al establecerse quiénes son los sujetos facultados para presentar una demanda al respecto, se está al mismo tiempo determinando el grado de protección de la Constitución.

Tanto la Carta de 1979 como la de 1993 contemplan una legitimidad popular respecto a este proceso, es decir, cualquier persona tiene potestad para presentar la demanda respectiva. Aquí se aprecia una diferencia sustantiva con el proceso de inconstitucionalidad, respecto al cual la Constitución establece (artículo 203) una lista taxativa de sujetos legitimados.

Es importante anotar que existen una serie de obligaciones que surgen para aquellas personas que presentan una demanda de acción popular, previstas para evitar demandas temerarias. En este sentido, el artículo 97 del Código Procesal Constitucional establece:

"Si la demanda fuere desestimada por el Juez, este podrá condenar al demandante al pago de los costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad".

Un aspecto adicional relacionado con el tema de la legitimidad es el de los efectos del desistimiento de los demandantes. El Código no establece nada al respecto, pero es importante señalar que en un caso relacionado con el proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional realizó la siguiente precisión, que consideramos asimismo válida para el caso del proceso de acción popular:

"(...) en la acción de inconstitucionalidad, los legitimados activamente intervienen no para promover la defensa de intereses particulares, sino a fin de promover la tutela de un interés general, lo que se traduce, en el caso concreto, en la defensa de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico; de alú que, una vez admitida la demanda y habilitada la competencia del Tribunal

¹⁴¹⁵ CAAMAÑO, Francisco. El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 152-169.

Constitucional, queda inexorablemente constituida la relación jurídico procesal"¹⁴¹⁶.

4. Plazo para presentar una demanda de acción popular

De acuerdo a la ley anterior (artículo 6) el plazo para presentar la demanda de acción popular variaba de acuerdo al tipo de norma a impugnar. En este sentido, si se trataba de normas violatorias de la Constitución, el plazo era de cinco años; pero si se trataba de normas contrarias a la ley, el plazo era de tres. El Código Procesal Constitucional uniformiza estos plazos y establece:

"El plazo para interponer la demanda de acción popular prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente de publicación de la norma."

Es importante señalar que en comparación con el proceso de inconstitucionalidad, el plazo en la acción popular es un año menos. Asimismo debe mencionarse que la Segunda Disposición Final establece que al entrar en vigencia el Código, los procesos en trámite continuarán rigiéndose por las normas anteriores a efectos de, entre otros aspectos, el cómputo de los plazos que hubieran empezado.

El artículo 100 del Código establece que, una vez vencido el plazo para presentar una demanda de inconstitucionalidad prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, es decir, sin perjuicio de que los jueces puedan hacer uso de su facultad de control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas, lo cual confirma el carácter mixto de nuestro sistema de control constitucional de normas. Aunque una disposición similar no se ha previsto respecto al proceso de acción popular, consideramos que la misma idea debe ser aplicada.

5. Motivos para declarar inconstitucional o ilegal una norma

La Carta de 1993 no dice mucho sobre este tema, pues se limita a señalar que el proceso de acción popular procede ante una "infracción de la Constitución o la ley".

El Código Procesal Constitucional aborda esta materia en el artículo 75 y establece al respecto:

"El proceso de acción popular) tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo".

Por su parte, el artículo 76 del Código reitera en parte lo dispuesto en la Constitución y señala algunos aspectos adicionales:

¹⁴¹⁶ Resolución del Expediente N° 000S-2003-AI/TC, del 18 de julio de 2003 y publicada el 7 de agosto de 2003. Este proceso continuó su trámite y el Tribunal emitió finalmente la sentencia correspondiente, publicada el 18 de octubre de 2003

"La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso" (subrayado nuestro).

Ambas normas del Código permiten precisar las razones que pueden dar lugar a la impugnación de una norma a través del proceso de acción popular.

6. Principios de interpretación

El control de las normas a través del proceso de acción popular no solo se efectúa tomando como parámetro de referencia el texto de la Constitución, pues también se deben tomar en cuenta otras disposiciones. En este sentido, el Código Procesal Constitucional señala en su artículo 79:

"Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona".

Como puede observarse, llama la atención que en esta norma se haga referencia únicamente al Tribunal Constitucional, cuando se trata de un parámetro de interpretación que también deben ser observado por los órganos del Poder Judicial con competencia para conocer las demandas de acción popular.

7. Instancias

De acuerdo al Código Procesal Constitucional (artículo 85), el conocimiento y resolución de las demandas de acción popular es competencia exclusiva del Poder Judicial. A diferencia del proceso de inconstitucionalidad, en donde el Tribunal Constitucional actúa como instancia única, en el proceso de acción popular existen hasta dos instancias.

La primera instancia se determina de acuerdo a las siguientes reglas (artículo 85 del Código):

- 1) Cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local, es competente la Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor; y
- 2) En los demás casos, es competente la Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima.

En ambos casos, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema actúa como segunda instancia (artículo 93 del Código). Si la sentencia que declara fundada la demanda no es apelada, los autos se elevarán en consulta también a este tribunal (artículo 95).

Estas reglas del Código siguen la línea establecida en la legislación anterior. Sin embargo, debe destacarse un hecho particularmente relevante, cual es el efecto de la sentencia en primera instancia que declara fundada una demanda de acción popular.

El Código no señala de modo expreso que dicha sentencia comienza a tener efectos inmediatos, pero sí establece la posibilidad de solicitar una medida cautelar para alcanzar ese objetivo. En este sentido, el artículo 94 señala:

"Procede solicitar medida cautelar una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado. El contenido cautelar está limitado a la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento."

Creemos importante hacer mención en esta sección a una posición existente en la doctrina, según la cual el proceso de acción popular debería ser resuelto por el Tribunal Constitucional. Landa señala al respecto:

"(...) resulta incongruente que la acción popular siga siendo competencia de la justicia ordinaria, cuando es a la jurisdicción constitucional a quien le corresponde la función de control constitucional y eventualmente legal. En este sentido, la acción popular si bien podría tramitarse en sede judicial debería, en última instancia, ser dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, es decir, sin perjuicio de que los jueces puedan hacer uso de su facultad de control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas, lo cual confirma el carácter mixto de nuestro sistema de control constitucional de normas. Aunque una disposición similar no se ha previsto respecto al proceso de acción popular, consideramos que la misma idea debe ser aplicada.

5. Motivos para declarar inconstitucional o ilegal una norma

La Carta de 1993 no dice mucho sobre este tema, pues se limita a señalar que el proceso de acción popular procede ante una "infracción de la Constitución o la ley".

El Código Procesal Constitucional aborda esta materia en el artículo 75 y establece al respecto:

"El proceso de acción popular) tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo" (subrayado nuestro).

Por su parte, el artículo 76 del Código reitera en parte lo dispuesto en la Constitución y señala algunos aspectos adicionales:

"La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso" (subrayado nuestro).

Ambas normas del Código permiten precisar las razones que pueden dar lugar a la impugnación de una norma a través del proceso de acción popular.

6. Principios de interpretación

El control de las normas a través del proceso de acción popular no solo se efectúa tomando como parámetro de referencia el texto de la Constitución, pues también se deben tomar en cuenta otras disposiciones. En este sentido, el Código Procesal Constitucional señala en su artículo 79:

"Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona".

Como puede observarse, llama la atención que en esta norma se haga referencia únicamente al Tribunal Constitucional, cuando se trata de un parámetro de interpretación que también deben ser observado por los órganos del Poder Judicial con competencia para conocer las demandas de acción popular.

7. Instancias

De acuerdo al Código Procesal Constitucional (artículo 85), el conocimiento y resolución de las demandas de acción popular es competencia exclusiva del Poder Judicial. A diferencia del proceso de inconstitucionalidad, en donde el Tribunal Constitucional actúa como instancia única, en el proceso de acción popular existen hasta dos instancias.

La primera instancia se determina de acuerdo a las siguientes reglas (artículo 85 del Código):

1) Cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local, es competente la Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor; y

En los demás casos, es competente la Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima.

En ambos casos, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema actúa como segunda instancia (artículo 93 del Código). Si la sentencia que declara fundada la demanda no es apelada, los autos se elevarán en consulta también a este tribunal (artículo 95).

2) Estas reglas del Código siguen la línea establecida en la legislación anterior. Sin embargo, debe destacarse un hecho particularmente relevante, cual es el efecto de la sentencia en primera instancia que declara fundada una demanda de acción popular.

El Código no señala de modo expreso que dicha sentencia comienza a tener efectos inmediatos, pero sí establece la posibilidad de solicitar una medida cautelar para alcanzar ese objetivo. En este sentido, el artículo 94 señala:

"Procede solicitar medida cautelar una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado. El contenido cautelar está limitado a la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento."

Creemos importante hacer mención en esta sección a una posición existente en la doctrina, según la cual el proceso de acción popular debería ser resuelto por el Tribunal Constitucional. Landa señala al respecto:

"(...) resulta incongruente que la acción popular siga siendo competencia de la justicia ordinaria, cuando es a la jurisdicción constitucional a quien le corresponde la función de control constitucional y eventualmente legal. En este sentido, la acción popular si bien podría tramitarse en sede judicial debería, en última instancia, ser resuelta en sede constitucional, a fin de integrar las decisiones judiciales dentro de la I supremacía de interpretación de la Constitución a cargo del Tribunal Constitucional"¹⁴¹⁷.

Efectos en el tiempo y la fuerza vinculante de las decisiones en los procesos de acción popular

Las sentencias emitidas en los procesos de acción popular tienen carácter vinculante. En este sentido, si una norma es declarada compatible con la Constitución o una ley, sigue vigente y debe ser cumplida por todos. Por el contrario, si una norma es considerada incompatible con la Constitución o una ley, se declara su nulidad, lo que implica que deja de tener efectos en el ordenamiento jurídico. Al respecto el Código establece en su artículo 811 siguiente:

"Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el diario oficial El Peruano."

Asimismo el Código aborda este tema al otorgar el valor de cosa juzgada a las decisiones del Poder Judicial en los procesos de acción popular (artículo 82, primer párrafo). Establece además dos precisiones importantes:

a) La "declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que esta sea demandada ulteriormente por razones de fondo" (artículo 82, tercer párrafo). En este caso el Código presenta una redacción poco clara, pues si una norma es declarada inconstitucional por vicios de forma, la misma deja de formar parte del ordenamiento jurídico, por lo que no tendría sentido cuestionarla posteriormente por razones de fondo. Quizá la intención del legislador fue establecer que si una demanda de acción popular contra una norma por vicios

¹⁴¹⁷ LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado democrático. 2ª edición. Palestra Editores, Lima, 2003, p. 230

de forma es desestimada, eso no impide cuestionada posteriormente por razones de fondo.

b) En el caso del proceso de inconstitucionalidad, la sentencia que declara infundada una demanda contra una norma impide la interposición de otra basada en idéntico precepto constitucional. Es decir, si en un proceso una norma es declarada compatible con una determinada disposición de la Constitución, eso no impide que pueda ser cuestionada en otro proceso por considerarse incompatible con otra disposición constitucional. Esta situación se desprende de manera indirecta, a través de una interpretación a contrario del artículo 104 inciso 2 del Código, que establece que "es posible rechazar de plano una demanda de inconstitucionalidad "cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo". Si bien no se ha previsto una norma igual para el caso del proceso de acción popular, es importante tomarla en consideración a fin de rechazar de plano una demanda.

En general, todas estas disposiciones buscan establecer un orden en el sistema jurídico peruano a partir del cumplimiento de las decisiones que se emitan en los procesos de acción popular.

9. Reflexiones finales

El proceso de acción popular es uno de los mecanismos que permite la defensa de la Constitución a través de los órganos jurisdiccionales del Estado. La Constitución de 1993¹⁰ contempla y la legislación asigna al Poder Judicial la competencia para conocer y resolver, a través de dos instancias, las demandas respectivas. Lamentablemente, se carece de información para saber realmente cuál es el grado de empleo de este proceso y existe poco análisis de las decisiones emitidas en el marco del mismo.

La Constitución y el Código Procesal Constitucional constituyen el marco normativo para el estudio y análisis del proceso de acción popular. Dado que la Carta Política de 1993 no desarrolla mayores aspectos relacionados con este proceso, el legislador ha tenido la posibilidad de contar con un margen más amplio para su desarrollo normativo. Esto ha permitido, por ejemplo, que los efectos en el tiempo de las sentencias emitidas en este tipo de procesos sea más flexible.

Desde esta perspectiva, el proceso de acción popular, como un mecanismo de defensa de la supremacía normativa de la Constitución, requiere ser objeto de especial atención, a fin de evaluar la manera en que viene siendo empleado, elemento indispensable para mantener las normas vigentes sobre este proceso o llevar a cabo aquellas medidas que permitan reforzar el sistema de control constitucional en el Perú.

DOCTRINA

CAAMAÑO, Francisco. El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. La garantía constitucional de la acción popular. En:

"Lecturas sobre Temas Constitucionales", N° 4, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990; GARCIA BELAUNDE, Domingo. Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993.

En: "Lecturas sobre Temas Constitucionales", N° 10, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994; LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado democrático. 2ª edición, Palestra Editores, Lima, 2003; ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. El proceso constitucional de acción popular. En: "Derecho Procesal Constitucional". Susana Castañeda Otsu (coord.). Tomo I, Jurista Editores, Lima, 2004.

Acción de cumplimiento

Artículo 200

Son garantías constitucionales:

(...) 6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto ,administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

(...)

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 202 inc. 2), 205;

C.P.Ct.: arts. I a IX, 66 a 74;

L.O.T.C.;

L.O.D.P.: arto 9 inc. 2);

Ley 26301;

Ley 26545;

Ley 27809: arts. 133 y 134;

C.A.D.H.;

D.U.D.H.;

P.I.D.C.P.

Edgar Carpio Marcos Fernando Velezmoro Pinto

1. Antecedentes

El proceso de cumplimiento, o la acción de cumplimiento como prefiere denominarlo el constituyente de 1993, no figura en ninguna de nuestras constituciones anteriores. Registra sí antecedentes en el derecho latinoamericano, donde se han consagrado una serie de mecanismos específicos para garantizar la efectividad de las normas y actos administrativos. Sin embargo, de todos ellos, no se puede sino señalar a la "acción de cumplimiento" colombiana¹⁴¹⁸ como el proceso con el que presenta, en sentido estricto, mayores coincidencias.

2. La acción de cumplimiento en Perú

La consagración constitucional de este proceso, a pesar de su novedad, no parece haberse hecho de manera consciente, sobre todo por la ausencia, al interior de la Comisión de Constitución, de debates y propuestas de modificación de los sucesivo borradores de redacción de esta norma; omisión

¹⁴¹⁸ Constitución de 1991, artículo 87.- "Toda persona podrá acudir ante autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo. En caso de prosperar la acción la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido". Mayores referencias sobre otros procesos que guardan coincidencias con la acción de cumplimiento en, CARPIO MARCOS, Edgar. La acción de cumplimiento (con especial referencia al caso peruano), en: FERRER MAC-GREGOR (coord.) "Derecho Procesal Constitucional". Vol. 11, Forma, México, 2002, pp. 1719-1731.

especialmente llamativa si tenemos en cuenta la novedad de esta institución¹⁴¹⁹.

Al parecer el espíritu del constituyente fue introducir una garantía para la efectividad de las leyes en nuestro país¹⁴²⁰, sin atender demasiado a su naturaleza jurídica particular ni a las consecuencias de su consagración en el marco del texto de la constitución.

2.1. Naturaleza jurídica del proceso de cumplimiento

Su ubicación en la Constitución, dentro del capítulo reservado a las garantías constitucionales, a diferencia de lo que sucede con los demás procesos que allí se han establecido, sugiere la pregunta sobre la naturaleza jurídica del proceso de cumplimiento. Es decir, si se trata o no de un proceso constitucional.

La respuesta pasa por desentrañar, del texto de la Constitución, la finalidad asignada al proceso, es decir, qué es lo que trata de defender, preservar o mantener.

La respuesta a esta pregunta nos dirá si comparte la misma naturaleza que el resto de "garantías constitucionales" o si se diferencia de ellas y en que grado.

En puridad, los procesos constitucionales tiene por objeto específico la resolución de controversias en materia constitucional como nota característica¹⁴²¹, Poseen, además, entidad propia como instrumento autónomo y, por último, se hallan consagrados al interior del texto de la Constitución.

La acción de cumplimiento peruano se halla consagrado autónomamente como proceso al interior del texto de nuestra Constitución. Con ello se han satisfecho dos requisitos para reconocerle su naturaleza como proceso constitucional. En cuanto al tercero, el objeto, es necesario tener presente que el artículo 200, inciso 6, refiere a la renuencia para acatar una ley o acto administrativo. No alude a la protección a derecho fundamental algún, como si lo hace en relación al habeas corpus, amparo y habeas data; tampoco busca proteger jerarquía normativa ni mucho menos la supremacía constitucional sobre las normas legales y de estas sobre las de rango inferior.

En rigor, pues, no estamos ante un proceso constitucional. Controla la omisión al mandato contenido en una ley o un acto administrativo, por parte de una

¹⁴¹⁹ Cfr. GARCIA BELAUNDE, Domingo. La jurisdicción constitucional en el Perú. En: GARCIA BELAUNDE, Domingo y FERNANDEZ SEGADO, Francisco (coord.) "La jurisdicción constitucional en Iberoamérica", Dykinson, Madrid, 1997, p. 844, quien afirma que esta institución se introdujo más bien por desconocimiento del constituyente de 1993.

¹⁴²⁰ El presidente de la Comisión de Constitución del CCD expresaba en 1993 lo que al parecer era el espíritu que animaba la consagración de la acción de cumplimiento: "(...) En el Perú alguien dijo, 'tenemos 25,000 leyes pero falta una que diga que las 25,000 se cumplan', porque el problema es que, hay infinidad de normas pero incumplimiento permanente. La creación de este nuevo instituto, es más importante que otra norma de la Constitución (...)".

¹⁴²¹ Cfr. TORRES Y TORRES LARA, Carlos. La nueva Constitución del Perú, 1993, p. 29, citado por RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993". Tomo VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999, p 117. Cfr. ZAGREBELSKI, Gustavo. Processo costituzionale. En "Enciclopedia del Diritto", Giuffrè, Milano, 1987, pp. 521-523

autoridad o funcionario lo que se traduce en una violación de su eficacia, cuya resolución por cierto siempre se ha considerado como un tema propio del derecho administrativo o, si se quiere, del derecho procesal administrativo.

La eficacia de una norma legal o un acto administrativo es ámbito propio del derecho administrativo, por cuanto el régimen jurídico de las leyes (en tanto mandatos a la administración pública) y de los actos administrativos (manifestaciones de voluntad de la administración pública) son tutelados por normas de derecho administrativo¹⁴²². El hecho de que sea consagrado constitucionalmente solo reafirma la tesis de que se trata de un proceso "constitucionalizado" al igual que el contencioso administrativo (art. 148).

2.2. Acto reclamado en el proceso de cumplimiento

El acto reclamado o situación impugnada en el proceso de cumplimiento es la actitud omisiva de la administración (autoridad o funcionario) de manera renuente para acatar un mandato nacido de la ley o de un acto administrativo; o, en otras palabras, la inactividad renuente de la administración para cumplir con lo estipulado en la norma legal o el acto administrativo.

El Tribunal Constitucional ha destacado que el acto reclamado debe responder a las siguientes características:

a) debe ser de obligatorio cumplimiento, es decir no debe estar sometido a discrecionalidad alguna sobre su ejecución por parte del destinatario, en virtud de la misma norma o acto; b) no debe estar sujeto a modalidad alguna: condición, plazo o cargo; si lo está, que se haya satisfecho tales condiciones; c) debe ser cierto o líquido, es decir, certeza sobre el contenido de lo mandado, así como estar expresado en cantidad determinada o determinable, según sea el caso; d) debe ser vigente¹⁴²³.

Más allá de las notas características de las omisiones susceptibles de control, debe indicarse que la referencia a "leyes" y "actos administrativos", como las fuentes susceptibles de contener mandatos no cumplidos, no cierra la posibilidad de que quepa iniciar el proceso por el incumplimiento de otras fuentes de rango infralegal, como puede ser un decreto supremo, por ejemplo.

2.3. Condición subjetiva de la acción

No basta una simple omisión para que proceda la acción de cumplimiento. La Constitución ha establecido una condición subjetiva, consistente en la renuencia a acatar lo ordenado por la ley o el acto administrativo. De ahí que se explique la necesidad de requerir al órgano omisor, por documento de fecha cierta, el cumplimiento de lo considerado debido. Así, se entiende que la acción

¹⁴²² Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Tomo 1, Civitas, Madrid, 1999, p. 39 ss., quienes definen al Derecho Administrativo como derecho de las administraciones públicas.

¹⁴²³ Criterios expresados por el Tribunal Constitucional en los Exp. N° 0191-2003-AC/TC y N° 23872003-AC/TC.

de cumplimiento no controla cualquier inactividad de la administración sino aquella que asume la condición de renuente, conforme al artículo 200, inciso 6.

DOCTRINA

CARPIO MARCOS, Edgar. La acción de cumplimiento (con especial referencia al caso peruano), en: FERRER MAC-GREGOR (coord.) "Derecho Procesal Constitucional". Vol. 11, POITÚa, México, 2002; GARCIA BELAUNDE, Domingo. La jurisdicción constitucional en el Perú. En: GARCIA BELAUNDE, Domingo y FERNANDEZ SEGADO, Francisco (coord.) "La jurisdicción constitucional en Iberoamérica", Dykinson, Madrid, 1997; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Tomo 1, Civitas, Madrid, 1999; TORRES Y TORRES LARA, Carlos. La nueva Constitución del Perú, 1993, citado por RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993". Tomo VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999; ZAGREBELSKI, Gustavo. Processo costituzionale. En "Enciclopedia del Diritto", Giuffre, Milano, 1987.

Artículo 200

Regulación de las acciones de garantía

(...)

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2, 137, 202 inc. 2), 205;

C.P.Ct.: arts. 1 a IX, 1 a 60;

C.N.A.: arto 186; C.T.: 15' DF;

L.O.M.P.: arto 90;

L.O.P.J.: arts. 24 inc. e), 49 inc. 2), 50 inc. 2) y 131;

L.O.T.C.;

L.O.D.P.: arto 9 inc. 2);

Ley 26470;

Ley 26853;

Ley 26775: arto 7;

Ley 26859: arts. 344 y 360;

Ley 26847;

Ley 26979: arts.

16.2, 31.4 y S' DCT;

Ley 24710: arto 31;

Ley 27809:

arts. 133 y 134;

C.A.D.H.; D.U.D.H.; P.I.D.C.P.

Luis Castillo Córdova

1. Reserva de ley orgánica

En el ordenamiento constitucional peruano existe tanto la llamada "reserva de ley ordinaria" como la llamada "reserva de ley orgánica". Esta última significa la exigencia que determinadas materias solo podrán ser reguladas por el parlamento a través del procedimiento agravado previsto en el segundo párrafo del artículo 106 de la Constitución¹⁴²⁴. Como afirma el Tribunal Constitucional, en referencia a las leyes orgánicas "la Norma Fundamental impone al legislador ordinario ciertos límites, no solo de carácter procedimental o material,

¹⁴²⁴ Agravado por el número de votos exigidos para la aprobación de una ley orgánica: "se necesita el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso"; porque el trámite es el mismo que el previsto para una ley ordinaria

sino incluso de orden competencial. Así, por ejemplo, que determinadas fuentes, como la ley orgánica, solo son capaces de regular determinadas materias"¹⁴²⁵. Esas materias son, en general, "las referidas a la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución" (primer párrafo del artículo 106). Dentro de esas otras materias se encuentra la referida a las garantías constitucionales.

El desarrollo de las garantías previstas a lo largo del artículo 200 de la Norma Suprema solo puede ser efectuado legislativamente a través de una ley orgánica; no -por tanto- a través de una ley ordinaria ni a través de un decreto legislativo, ni mucho menos a través de una norma administrativa. Esta reserva de ley no significa que quede vedado el ingreso del ejecutivo a la regulación de las garantías constitucionales. Significa que el Parlamento es quien tendrá la iniciativa de desarrollo legislativo, "limitándose el Ejecutivo únicamente a complementarlas con posterioridad y según lo establecido en la ley [orgánica] que desarrolla el precepto constitucional"¹⁴²⁶.

2. Vigencia de las garantías constitucionales durante los estados de excepción

Una de las consecuencias de la instauración de un estado de sitio o de un estado de emergencia es la suspensión o restricción de determinados derechos constitucionales (artículo 137 de la Constitución). Las garantías constitucionales de amparo y hábeas data, para lo que ahora corresponde comentar, tienen vigencia plena durante un régimen de excepción. La justificación de esta afirmación está en la constatación de que solo se suspenden o restringen algunos derechos constitucionales. De esta manera, se requiere de la vigencia de las garantías constitucionales para proteger los derechos constitucionales no suspendidos.

Por orden de la Convención Americana de Derechos Humanos, existen derechos de las personas que por muy delicada o peligrosa que resulte una situación, no pueden ser suspendidos. Se ha establecido en el artículo 27.2 del mencionado dispositivo internacional vinculan te para el Perú, que no está autorizada "la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos [de la Convención]: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos"¹⁴²⁷.

Sin embargo, esta no es la única justificación. El amparo y el hábeas corpus no se suspenden durante la vigencia de un régimen de excepción porque se hace necesario que a través de ellos se evalúe la razonabilidad o proporcionalidad

¹⁴²⁵ Exp. N° 0014-2002-AI/TC, de 21 de enero de 2002, f. j. 7.

¹⁴²⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Elementos de una teoría general de /os derechos constitucionales. Universidad de Piura - Ara Editores, Lima 2003, p. 250.

¹⁴²⁷ Una disposición semejante y complementaria se encuentra en el artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

de las medidas concretas que afectan los derechos constitucionales suspendido¹⁴²⁸, pues los derechos constitucionales no se suspenden en absoluto¹⁴²⁹.

Por lo tanto, el amparo y el hábeas corpus mantienen su vigencia durante los regímenes de excepción tanto para proteger los derechos constitucionales suspendidos como los que no lo están¹⁴³⁰. En uno u otro caso, ni el amparo ni el hábeas corpus pueden ser empleados para conseguir que el juez declare la nulidad de la declaración del estado de excepción o de emergencia. El juez solo deberá proteger los derechos constitucionales evaluando la constitucionalidad de las concretas medidas que con base en el régimen de excepción se hayan llevado a cabo.

3. ¿Se suspenden realmente los derechos fundamentales?

El hecho que el amparo y el hábeas data procedan en defensa de los derechos constitucionales suspendidos, plantea la cuestión de hasta que punto efectivamente se pueden suspender los derechos constitucionales. O, en todo caso, qué significa que un derecho constitucional quede suspendido dentro de un régimen de excepción.

Si los derechos de las personas reconocidos constitucionalmente se definen como la traducción jurídica de las exigencias y necesidades de la naturaleza y dignidad humanas, y se reconoce que la persona humana es el fin a cuyo logro existe el Estado y el poder político (artículo 1 de la Constitución); no queda más que afirmar que los derechos -cada derecho- de las personas tiene un valor especialmente importante, tanto para la existencia digna de la persona misma como para la existencia del Estado.

Desde una óptica esencialmente constitucional, cada derecho reconocido por la norma suprema vale y significa su contenido. Proteger, respetar y promover los derechos de la persona significa proteger, respetar y promover el contenido constitucional de esos derechos. Ningún derecho es ilimitado, sino que todo derecho constitucional cuenta con unas fronteras internas o inmanentes que definen sus contornos jurídicos. Ese contenido constitucional limitado de cada derecho es indisponible por parte de los destinatarios de la Constitución: el poder político (el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial), y los particulares. La Constitución vincula a sus destinatarios y, por tanto, al respeto irrestricto del contenido constitucional de los derechos.

Esto significa que el contenido de los derechos es ilimitable. Si los derechos vinculan de modo fuerte e irrestricto a sus destinatarios, y los derechos son realidades limitadas, la consecuencia necesaria es que la actuación de esos destinatarios no podrá -válidamente- limitar el contenido constitucional de los derechos. Es decir, los derechos constitucionales -mejor dicho, su contenido-

¹⁴²⁸ Cfr. SAGÜÉS, Néstor. Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo. Vol. 3. 4ª edición. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 292

¹⁴²⁹ Cfr. BOREA ODRÍA, Alberto. Evolución de las garantías constitucionales. 2ª edición. Fe de Erratas, Lima, 2003, p. 439.

¹⁴³⁰ Cfr. EGUIGUREN, Francisco. Los retos de una democracia insuficiente. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990, p. 115

son limitados e ilimitables. La labor que respecto de ellos debe realizar en particular el poder político -por ejemplo el legislador- es delimitar las fronteras internas, los contornos inmanentes de ese contenido constitucional.

Con base en estas premisas, lo que debe afirmarse es que los derechos no se suspenden realmente en un estado de excepción. Así lo viene a confirmar la disposición constitucional que ha ordenado la procedencia del amparo y del hábeas corpus frente a derechos constitucionales suspendidos en un régimen de excepción. Y es que, "La propia significación y naturaleza de la suspensión exige no poder hablar de gradaciones en los efectos suspensivos. Es decir, lo que está suspendido no tiene otra forma de estarlo más que totalmente suspendido. El contenido de un derecho fundamental no puede estar parcialmente suspendido. Estar (totalmente) suspendido el derecho significa que ese derecho no está vigente y, por ello, no es exigible. Pero ¿cómo se puede estar (totalmente) suspendido y a la vez disponer que hay que examinar la proporcionalidad y razonabilidad de la restricción del derecho? Si está suspendido el derecho no tiene vigencia y, consecuentemente, no se puede hablar de restricción porque no se puede restringir aquello que jurídicamente no tiene vigencia"¹⁴³¹.

Esto no quiere significar -se debe afirmar una vez más- que en el ordenamiento jurídico peruano los derechos constitucionales son derechos ilimitados. Los derechos constitucionales, como bien ha afirmado el Tribunal Constitucional, son esencialmente limitados¹⁴³². Lo que quiere significar es que el contenido limitado de todo derecho constitucional es exigible incluso en los estados de excepción. Con un ejemplo se clarificará.

Supongamos que en un área geográfica determinada se decreta el estado de emergencia porque ha sido azotada por un terremoto. Entre otros derechos constitucionales se ha suspendido el derecho de inviolabilidad de domicilio. Ocurre que una de las pocas casas con ambientes habitables que han quedado en pie es la mía. Supongamos que la autoridad civil de la localidad ha dispuesto que la sala de la casa sea destinada para colocar a los heridos del desastre porque no hay otro lugar seguro y disponible. Yo no podré oponerme -invocando el derecho a la inviolabilidad del domicilio- a que el personal médico o de socorro ingrese a mi sala y disponga de ella para la atención de los heridos. ¿Significa que la autoridad local puede hacer esto porque mi derecho está suspendido? No, la autoridad puede hacer lo que ha hecho porque no forma parte del contenido constitucional de mi derecho a la inviolabilidad de domicilio la facultad de impedir el ingreso a mi domicilio para ser dispuestos sus ambientes y destinados al socorro de las personas en riesgo de muerte por la catástrofe natural¹⁴³³. Esto significa que en el caso presentado como ejemplo,

¹⁴³¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Hábeas corpus, amparo y hábeas data en regímenes de excepción. En: "Derecho Procesal Constitucional". Susana Castañeda Otsu (coord.). Tomo n. 2" edición, Jurista Editores, Lima 2004, pp. 1012-1013.

¹⁴³² En este sentido debe ser interpretada la declaración del Tribunal Constitucional cuando ha afirmado que "ningún derecho fundamental es absoluto y, por ello, en determinadas circunstancias son susceptibles de ser limitados o restringidos". Exp. N° 0010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003, f.j. 161.

¹⁴³³ Lo que normalmente se conoce como la prohibición del ejercicio antisocial del derecho

no se ha agredido el derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio y, por tanto, no procederá interponer un amparo. Así, el amparo no procede no porque el derecho esté suspendido, sino porque mi concreta pretensión no forma parte del contenido constitucional del derecho invocado. El derecho sigue vigente, aunque con un contenido constitucional adaptado a las circunstancias concretas¹⁴³⁴, y prueba de ello es que rige el principio de proporcionalidad para definir la constitucionalidad de las medidas que le afectan.

I 4. El principio de proporcionalidad o razonabilidad

El constituyente ha previsto que la procedencia del amparo o del hábeas corpus dentro de un régimen de excepción solo será posible para examinar la razonabilidad y la proporcionalidad de la concreta medida restrictiva de un derecho constitucional suspendido. Este mandato servía para argumentar que incluso dentro de un estado de excepción los derechos constitucionales realmente no quedan suspendidos.

No es este el momento de estudiar con profundidad el significado constitucional del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano¹⁴³⁵. Simplemente se dirá que se habla de lo mismo cuando se habla del principio de proporcionalidad y del de razonabilidad: se habla del juicio de idoneidad, del juicio de necesidad y del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. De modo que una medida concreta es proporcionada o razonable cuando supera estos tres juicios¹⁴³⁶.

Expresamente se ha dispuesto en el texto constitucional la exigencia del principio de proporcionalidad respecto de derechos suspendidos en un régimen de excepción. En esta misma línea -y de algún modo desarrollando los tres juicios mencionados anteriormente- en el Código Procesal Constitucional se ha dispuesto la procedencia de los procesos constitucionales en estados de excepción "2) Si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; o, 3) Si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez" (artículo 23 del CpC)¹⁴³⁷.

Si los derechos suspendidos significasen una realidad esencialmente distinta a los derechos no suspendidos, entonces el examen de proporcionalidad que por

¹⁴³⁴ Como se sabe, el contenido constitucional de los derechos empieza a definirse en la Constitución, pero termina de ser determinado con base en las circunstancias de los casos concretos

¹⁴³⁵ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal En: "Tendencias modernas del Derecho". Johnny Mállap (editor). Normas Legales, Trujillo 2004, pp. 155-182.

¹⁴³⁶ Cfr. CIANCIARDO, Juan. El principio de razonabilidad. Del debito proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Universidad Austral- Editorial Ábaco. Buenos Aires, 2004, pp. 61-110.

¹⁴³⁷ Un comentario a este artículo 23 del CPC en CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Universidad de Piura-Ara Editores, pp. 295-311

mandato del último párrafo del artículo 200 de la Norma Fundamental se debe hacer de las concretas medidas que afecten cualquier derecho suspendido, debería solo ser predicada de ellos. Pero tan no es así (es decir, no existen derechos suspendidos), que el ajustamiento al principio de proporcionalidad debe exigirse también de los derechos no suspendidos dentro de un régimen de excepción, e incluso, respecto de los derechos constitucionales en una situación ordinaria y no excepcional.

En efecto, el Tribunal Constitucional peruano ha afirmado que el principio de proporcionalidad no está circunscrito a los regímenes de excepción, sino que pertenece al entero ordenamiento constitucional y es aplicable siempre y en todos los ámbitos. Así dijo el Máximo intérprete de la Constitución: "[e]l principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no"¹⁴³⁸.

Y pertenece al entero sistema jurídico porque hablar del principio de proporcionalidad supone necesariamente hablar de exigencias de justicia material. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, "[e]n la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material"¹⁴³⁹.

DOCTRINA

BOREA ODRÍA, Alberto. Evolución de las garantías constitucionales. 2ª edición.

Fe de Erratas, Lima, 2003; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Universidad de Piura-Ara Editores; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales.

Universidad de Piura - Ara Editores, Lima 2003; CASTILLO CÓRDOVA, Luis.

El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal. En: "Tendencias modernas del Derecho". Johnny Mállap (editor). Normas Legales, Trujillo 2004; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Hábeas corpus, amparo y hábeas data en regímenes de excepción. En: "Derecho Procesal Constitucional". Susana Castañeda Otsu (coord.). Tomo II. 2ª edición, Jurista Editores, Lima 2004; CIANCIARDO, Juan. El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Universidad Austral- Editorial Ábaco. Buenos Aires, 2004; EGUIGUREN, Francisco. Los retos de una democracia insuficiente. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990; SAGÜÉS, Néstor.

¹⁴³⁸ Exp. W 0010-2000-AI/TC, citado, f. j. 138

¹⁴³⁹ Idem, f. j. 140

Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo. Vol. 3. 4ª edición. Astrea, Buenos Aires, 1995.

Artículo 201

Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 39, 91 inc. 2),93,99, 147,202 Y 204;
C.C.: arts. 1366, 1368;
C.P.P.: arto 148;
T.D.O.Rgrnto.Congreso: arts. 6, 64 inc. e), 76 inc. 4);
Ley 26435: arts. 1 y ss.;
L.O.P.J.: arto 80 inc. 5);
L.O.M.P.: arts. 11, 66 inc. 1),90,94 inc. 2);
L.O.T.C.: arts. 1, 8,9,11,12,13,14,15,16;
Ley 26486: arto 6;
L.O.E.: arts. 36, 113 inc. b);
Ley 26954;
C.A.D.H.: arto 23. Le;
D.D.D.H.: arto 21.2;
P.I.D.C.P.: arto 25.e

Javier Alva Orlandini

1. El Tribunal Constitucional como órgano de control de la constitucionalidad

Durante los debates constituyentes no hubo consenso en mantener el Tribunal Constitucional. En sesión del 12 de agosto de 1993, el Congreso Constituyente Democrático debatió y aprobó, con algunas modificaciones, el dictamen de su Comisión de Constitución respecto a los artículos 219 a 225 del Título V (Garantías Constitucionales). Tales preceptos corresponden a los artículos 200 a 205 del texto final de la Constitución de 1993. Se infieren del debate dos posiciones respecto al tema del control constitucional: una, que proponía la autonomía del Tribunal; y otra que planteaba que la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y resolver los procesos constitucionales de la libertad estuviere confiada al Poder Judicial. Prevaleció la tesis de establecer, con autonomía e independencia, el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de que,

además, el Poder Judicial ejerciera el control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

El artículo 201 empieza señalando que "el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución". En realidad, es el órgano de control, pero de la "constitucionalidad", como se ha encargado de precisar el artículo 1 de su Ley Orgánica.

Detrás de esta calificación, la Constitución ha puesto de relieve, por un lado, que es el Tribunal Constitucional la máxima instancia especializada en la justicia constitucional en el país. Y en ese sentido, puede decirse que goza de una supremacía de carácter funcional, lo que no debe confundirse con la supremacía de carácter institucional.

En segundo lugar, una consecuencia derivada del hecho de haberse atribuido al Tribunal la condición de "órgano de control" de la constitucionalidad es que este es, por la propia tarea que se le ha confiado, el "supremo intérprete de la Constitución", aunque expresamente no lo declare así la Constitución. Que sea el intérprete supremo de la Constitución no quiere decir que sea el único órgano autorizado para interpretar la Constitución. Simplemente denota que es vinculante erga omnes la interpretación de la Norma Suprema que realice el Tribunal.

En tercer lugar, si el Tribunal ha sido calificado como "órgano de control de la Constitución", es porque a él se le ha confiado la tarea propia de un "Poder Corrector", en la medida que este puede dejar sin efecto o anular decisiones de los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como la de los demás órganos constitucionales, como son el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones.

2. El Tribunal Constitucional como órgano autónomo e independiente

El Tribunal Constitucional es un órgano autónomo e independiente, pues no se encuentra sometido ni vinculado a ningún otro órgano del Estado. Pero autonomía o independencia del órgano no quiere decir autarquía. El Tribunal Constitucional es un poder constituido, creado por la Constitución, y por tanto, solo sometido a ella y a su ley orgánica. La autonomía con la que cuenta es administrativa, jurisdiccional y reglamentaria, dentro de los límites que la Constitución ha establecido. .

3. Composición del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional está compuesto de 7 magistrados, a diferencia de su predecesor, el Tribunal de Garantías Constitucionales, que estaba integrado por 9 magistrados. El periodo de su mandato es de 5 años, estando prohibida la reelección inmediata.

En otros ordenamientos, el periodo de duración en el cargo no suele coincidir con el de quienes eligen a los magistrados. Con una fórmula semejante se busca analizar la independencia de los magistrados respecto de la composición

del órgano que los elige. Y es que si el periodo para el cual es elegido el magistrado coincide con el plazo del mandato que tienen quienes los eligen, entonces se corre el riesgo de que al ejercer sus atribuciones constitucionales los magistrados del Tribunal no efectúen un control efectivo.

Asimismo, la prohibición de reelección inmediata en el cargo de magistrado del Tribunal es una garantía que coadyuva a la preservación de la necesaria independencia que se exige de los miembros de tan alto tribunal de justicia.

El artículo 201 de la Constitución señala que son requisitos para acceder al cargo de magistrado del Tribunal Constitucional los mismos que se exigen para ser vocal de la Corte Suprema; esto es, ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, ser mayor de 45 años y haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años. Asimismo, el último párrafo del artículo 201 establece que no pueden ser elegidos magistrados del Tribunal los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

Tales requisitos, probablemente justificados para el cargo de vocales de la Corte Suprema del Poder Judicial, pecan de deficiencia e insuficiencia para un órgano de la naturaleza del Tribunal Constitucional. En primer lugar, se exige una edad, 45 años, que parece excesiva, si es que se tiene en cuenta que con ello se cierra las puertas de acceso al Tribunal de gente joven altamente especializada en las diversas ramas del Derecho. Y es que si para el cargo de magistrado del Tribunal no solo se requiere scientia, sino también prudentia, esto es, dotes de estadista, no se explica por qué no se ha exigido una edad igual que para acceder al más alto cargo, como el de Presidente de la República, es decir, 35 años.

Por otro lado, si bien es justificado, en sus términos generales, que una exigencia para acceder al cargo de vocal de la Corte Suprema sea la experiencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, ya sea en calidad de magistrado de la Corte Superior o como Fiscal Superior, aquellas no son las más acordes con la naturaleza del Tribunal Constitucional. Tal vez lo más apropiado hubiera sido establecer como requisito para acceder al cargo que se establezca una prioridad a la experiencia en la docencia universitaria o, en el peor de los casos, que se prevea en diez años la experiencia en el ejercicio profesional [sea en la condición de profesor universitario, juez, fiscal o abogado independiente] del postulante.

Es de lamentar, así mismo, que entre los requisitos para acceder al cargo de magistrado del Tribunal se haya suprimido aquella exigencia de tener probada ejecutoria democrática. Y es que no deberían formar parte de un Tribunal destinado a defender los principios del Estado constitucional y democrático de Derecho quienes hubieran formado parte de gobiernos de facto.

4. Inmunidad y prerrogativas de los magistrados del Tribunal Constitucional

Los magistrados del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Es decir, no responden por sus votos y opiniones realizadas en el ejercicio de sus funciones, y no pueden ser juzgados, en la jurisdicción ordinaria, sin que se cuente con la autorización del Pleno del Tribunal Constitucional.

Están sujetos a las mismas incompatibilidades.

5. Elección de los magistrados del Tribunal Constitucional

A diferencia de lo que sucedía con la Constitución de 1979, en la que la elección de los 9 miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales estaba dividido proporcionalmente entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en la Constitución de 1993 se ha previsto que su elección quede in toto en manos del Poder Legislativo.

Normalmente, la fórmula adoptada por la Constitución de 1993 suele justificarse en la necesidad de dotar, indirectamente, de legitimidad democrática al Tribunal Constitucional que, como se sabe, no es elegido directamente por el pueblo y tampoco es responsable ante él; y, no obstante ello, es capaz de anular la obra ley y normas con rango de ley) de poderes elegidos directamente por el pueblo y responsables ante él.

A nuestro juicio, la tesis es errada. La legitimidad democrática del Tribunal Constitucional no se deriva de que esta provenga indirectamente a través de la elección de sus miembros por el Congreso de la República, pues ella proviene, directamente, de la misma Constitución. Además, la legitimidad democrática de un Tribunal Constitucional, como a su turno del Poder Judicial, se deriva del respeto de las garantías naturales de todo proceso jurisdiccional, de la que el Tribunal Constitucional, por cierto, no se escapa.

No obstante ello, tampoco pensamos que el órgano más apropiado para elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional sea el mismo que elige y nombra a los jueces del Poder Judicial. Como antes se ha dicho, un requisito natural para el acceso al cargo de magistrado, el intérprete supremo de la Constitución, no debe ser solo la versación jurídica de sus integrantes, sino las dotes de estadística, pues como machaconamente se afirma, la Constitución siendo una norma jurídica, es una norma muy peculiar.

De manera que creemos que siendo polémico que al principal acusado ante el Tribunal Constitucional se le haya confiado la elección de sus magistrados, se trata de un opción de política constitucional que solo corresponde adoptar al Poder Constituyente.

El último párrafo del artículo 201 establece que los miembros del Tribunal son elegidos por el Congreso con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. Dicha fórmula, que exige un amplio consenso en el Congreso para la elección de los magistrados del Tribunal, esto es, que exista acuerdo entre mayoría y minoría parlamentaria, constituye un importante elemento que afianza la independencia de los magistrados.

DOCTRINA

AA.W. Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes.

Lecturas Constitucionales Andinas 4. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1995; DANOS ORDOÑEZ, Jorge. Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional. En: "La Constitución de 1993. Análisis y comentarios". Comisión Andina de Juristas. Lima, 1994; GARCIA BELAUNDE, Domingo. Los Tribunales Constitucionales en América Latina. En: GARCIA BELAUNDE, Domingo (coordinador) "La Constitución y su defensa. Algunos problemas contemporáneos". Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional- Grijley. Lima, 2003; LANDA ARROYO, César. Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano.

En: "Pensamiento Constitucional" N° 2, Lima, 1995.

Competencia del Tribunal Constitucional

Artículo 202

Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

CONCORDANCIAS:

C.C.: arto X;
C.P.Ct.: arto I;
L.O.P.J.: arto 80 inc. 2);
L.O.T.C.: arts. 2, 3, 41, 42, 46;
Ley 26435: arto 12;
L.O.E.: arto 15;
C.A.D.H.: arto 25;
D.U.D.H.: arto 8;
P.I.D.C.P.: arto 2.3

Javier Alva Orlandini

1. El Tribunal Constitucional como órgano constitucional

En el Derecho Constitucional comparado se distingue entre órganos constitucionales y órganos de relevancia constitucional. Mediante esta teoría se pretende dar cuenta de la superación de la clásica división de poderes formulada en los inicios del constitucionalismo moderno, que atribuía la condición de "poderes" solo al Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

En la actualidad, como es obvio, la división de funciones estatales ya no se atribuye a esos tres órganos estatales. La casi totalidad de constituciones modernas, en efecto, insertan en el organigrama estatal a una serie de órganos, realizando sobre ellos una diversa intensidad en su tratamiento.

Precisamente, basándose en esa diversa intensidad de su tratamiento es que en la doctrina se ha reservado la denominación de "órganos constitucionales" para aquellos que, además de ser creados directamente por la Constitución, reciben de ella el elenco detallado de sus competencias y atribuciones. En tanto que con el nomen "órganos de relevancia constitucional" se alude a los órganos estatales establecidos en la Constitución, cuyas competencias y atribuciones debe establecerse por ley orgánica.

La constitucionalización de estas competencias y atribuciones de los órganos constitucionales tiene el propósito de impedir que ellas puedan quedar a la disponibilidad del legislador orgánico. Ese es el propósito que cumple el

artículo 202 de la Constitución, al establecer cuáles son las competencias del Tribunal Constitucional.

2. Competencias del Tribunal Constitucional

Como órgano jurisdiccional que es, el Tribunal Constitucional ejerce sus atribuciones de defensa de la Constitución y protección de los derechos fundamentales en el seno de procesos constitucionales.

En función de la materia que en cada proceso constitucional se dilucida, esas competencias pueden clasificarse en las siguientes:

Procesos de control normativo.

Procesos de tutela de los derechos fundamentales.

Procesos de conflictos competenciales.

a) Los procesos de control normativo

En nuestro ordenamiento existen dos procesos de control normativo. El proceso de inconstitucionalidad de la ley y la denominada acción popular. Este último procede frente a normas de carácter general, de rango inferior a la ley, y es de competencia exclusiva del Poder Judicial.

De acuerdo con el inciso 1 del artículo 202 de la Constitución, el Tribunal Constitucional es competente para conocer del proceso de inconstitucionalidad de las leyes. Se trata de un proceso de control abstracto entre dos normas: la Constitución, que actúa como parámetro, y la ley o normas con rango de ley, que constituyen el objeto del control. En la medida de que en su seno las partes legitimadas para actuar no defienden intereses subjetivos, sino persiguen que el ordenamiento no admita la vigencia de normas contrarias a la Constitución, se trata de un proceso objetivo. En su seno, en efecto, el Tribunal Constitucional depura las leyes y normas con rango de ley que sean incompatibles con la norma suprema del Estado.

Este proceso representa, por decirlo así el "núcleo esencial" del modelo de jurisdicción constitucional concentrada que, al lado de la judicial review (artículo 58), existe en nuestro país, y que ha llevado a García Belaunde a catalogar a nuestro modelo de justicia constitucional como uno "dual" o "concurrente".

El Tribunal Constitucional es competente para conocer dicho proceso en instancia única.

b) Los procesos de tutela de los derechos fundamentales

No obstante obedecer la existencia del Tribunal Constitucional al esquema propio del modelo kelseniano de justicia constitucional en nuestro país también se ha confiado al Supremo Intérprete de la Constitución el conocimiento de los procesos de tutela de los derechos fundamentales.

Sin embargo, el conocimiento de estos procesos no es necesario, sino sujeto a una condición. Y es que para que el Tribunal pueda conocer de un amparo, hábeas corpus o hábeas data es preciso que en las instancias judiciales precedentes se haya denegado la reclamación.

De este modo, indirectamente la Constitución hace de los jueces ordinarios los jueces "naturales" de los derechos fundamentales, reservando la condición de "guardián último" de los mismos derechos al Tribunal Constitucional.

También el Tribunal conoce de las resoluciones denegatorias expedidas en el proceso de cumplimiento. Este, en realidad, no es un proceso constitucional, sino uno destinado a efectuar el control de las omisiones en las que incurren los diversos órganos de la administración, ya se trate por infracción de la ley o de un acto administrativo.

c) Procesos competenciales

Uno de los nuevos procesos constitucionales, no mencionados en el artículo 200 es el conflicto entre órganos constitucionales. Se trata de un proceso que tiene por objeto preservar la regularidad jurídica en el ejercicio de las competencias y atribuciones asignadas por la Constitución de los diversos órganos del Estado previstos en la Constitución.

Los conflictos pueden clasificarse en "positivos" y "negativos". El primero se presenta cada vez que dos órganos pugnan por ejercer una misma atribución o competencia, que solo se ha establecido a favor de uno de ellos. Es negativo cuando ninguno de los órganos tiene la intención de ejercer la: competencia o atribución constitucionalmente asignada. .

A diferencia de lo que sucede con la acción de inconstitucionalidad o, a su turno, con los procesos de tutela de los derechos fundamentales, la Constitución no establece si estos procesos deben ser resueltos por el Tribunal Constitucional en instancia única o con respeto del principio de pluralidad de instancias. El inciso 3 del artículo 202, in fine, por su parte, ha establecido una reserva de ley (orgánica) que, entre otros aspectos, precisamente tiene el propósito de dejar a la decisión del legislador orgánico el establecimiento de las instancias competentes para su conocimiento.

En ese sentido, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se ha establecido que este sea de conocimiento exclusivo del Tribunal, lo que se justifica, pues sucede que es el Tribunal Constitucional a quien se ha confiado la tarea de ser el órgano de control de la constitucionalidad.

DOCTRINA

AA.W. Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes.

Lecturas Constitucionales Andinas 4. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1995; DANOS ORDOÑEZ, Jorge. Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional. En:

"La Constitución de 1993. Análisis Y comentarios". Comisión Andina de Juristas. Lima, 1994; GARCIA BELAUNDE, Domingo. Los Tribunales Constitucionales en América Latina. En: GARCIA BELAUNDE, Domingo (coordinador) "La Constitución y su defensa. Algunos problemas contemporáneos". Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional- Grijley. Lima, 2003; LANDA ARROYO, César. Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano. En: "Pensamiento Constitucional" N° 2, Lima, 1995.

Artículo 203

Titularidad de la acción de inconstitucionalidad

Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República;
2. El Fiscal de la Nación;
3. El Defensor del Pueblo;
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas;
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado;
6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.
7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 17), 20, 35, 53, 90, 110, 161,191 Y 194;

C.C.: arto III;

C.p.et.: 77,98, 99, 102 inc..3), 107;

L.O.P.J.: art. 15K;

L.O.M.P.: arto 66 mc. 1);

L.O.T.e.: arto 25;

Ley 26435: arts. 25 al 28;

C.A.D.H.: arto 25;

D.U.D.H.: arto 8;

P.I.D.e.p.: arto 2.3

Javier Alva Orlandini

1. Sujetos legitimados activamente para promover el proceso de inconstitucionalidad de las leyes

La trascendencia que tiene el proceso de inconstitucionalidad de las leyes para el fortalecimiento y defensa del Estado constitucional de Derecho ha supuesto que, antes de establecerse una reserva de ley orgánica en la regulación de los sujetos legitimados activamente para promoverlo, haya sido la misma Constitución la que establezca quiénes pueden iniciarlo.

Al efectuado se ha cuidado mucho en acentuar el carácter objetivo que tiene el proceso en la defensa abstracta de la Constitución. Y es que si en el seno de la acción de inconstitucionalidad solo se busca proteger la condición de norma suprema que tiene la Constitución, con independencia de dónde se vayan aplicar las leyes enjuiciadas, es obvio entonces que los sujetos legitimados para activar el proceso deban estar restringidos a determinados órganos del Estado.

Lo anterior, sin embargo, no ha supuesto una absoluta exclusión de la defensa de los derechos fundamentales en el seno de este proceso. Como habrá ocasión de apuntar más adelante, el otorgamiento de legitimación activa al Defensor del Pueblo, al Fiscal de la Nación y, sobre todo, a cinco mil ciudadanos, ha abierto las puertas para que la defensa objetiva de la Constitución no solo quede en manos de ciertos órganos estatales (o fracciones de ellos), sino también en órganos y entes de la sociedad o que la representan, además de grupos colectivos de individuos.

En ese sentido, y analizando el tema en perspectiva comparativa, se puede decir que la legitimación activa en este proceso, no perdiendo su carácter de restringido, es uno de los más permisivos que existen en el Derecho comparado, donde lo habitual es que tal legitimación solo se reserve a determinados órganos estatales.

Para ello, del artículo 203 de la Constitución es posible inferir una serie de criterios que el constituyente ha tenido en cuenta. A saber:

a) Legitimación territorial

Los incisos 1 y 6 del artículo 203 de la Constitución facultan para interponer la acción de inconstitucionalidad, de un lado, al Presidente de la República; y de otro, a los presidentes de Región, con el acuerdo de Consejo de Coordinación Regional, así como a los alcaldes provinciales, que deben contar con el acuerdo del Concejo Municipal, en materias de su competencia.

La legitimación del Presidente de la República responde a la necesidad de permitir que este pueda velar por la defensa constitucional de los intereses generales; mientras que en el caso de los presidentes de Región y los alcaldes provinciales para la defensa de los intereses correspondientes a su ámbito territorial.

En este último supuesto, el proceso de inconstitucionalidad de las leyes adquiere una clara connotación de proceso destinado a controlar el reparto constitucional de competencias en un modelo horizontal de distribución del poder.

b) Legitimación de las minorías políticas

Consustancial a una democracia constitucional es que la decisión sobre los intereses generales sea adoptada por la mayoría, pero con respecto de las minorías. Una instancia y un mecanismo donde se puedan hacer valer los derechos de las minorías lo constituye precisamente el Tribunal Constitucional y el proceso de inconstitucionalidad de las leyes. De ahí que el constituyente de 1993, como a su turno se plasmara en la Carta de 1979, haya conferido legitimación a las minorías parlamentarias y, en concreto, al 25% del número legal de miembros del Congreso.

Ciertamente que tras este criterio de legitimación procesal no han faltado quienes hayan reparado que, en muchas ocasiones, ello puede servir para trasladar a la sede del Tribunal Constitucional asuntos que por su naturaleza

deberían de resolverse en el seno del Congreso, conspirando de esta forma con la naturaleza jurisdiccional de intérprete supremo de la Constitución.

Este problema, que en alguna que otra ocasión ya se ha podido reflejar en la jurisprudencia constitucional, sin embargo, no debe servir para anular la legítima aspiración de las minorías parlamentarias para promover el proceso de inconstitucionalidad, si es que se tiene en cuenta que, en ocasiones, suele ser irreflexiva la actuación de las mayorías parlamentarias. Por ello, y a fin de evitar el peligro, siempre latente, de que el Tribunal se convierta en una segunda cámara, en algunos modelos de justicia constitucional se ha previsto un plazo extremadamente reducido para que las minorías parlamentarias puedan interponer una demanda de inconstitucionalidad (v.gr. En España).

c) Legitimación en tutela de los derechos fundamentales

Los incisos 2, 3, 5 Y 6 del artículo 203 de la Constitución otorgan legitimación al Fiscal de la Nación, al Defensor del Pueblo y a cinco mil ciudadanos para interponer la acción de inconstitucionalidad.

El propósito perseguido con esta dotación de legitimación activa, tal vez con excepción del Ministerio Público, es la de permitir que mediante este proceso de inconstitucionalidad de las leyes pueda protegerse también los derechos fundamentales, ya sea a través de los propios afectados directamente, ya sea por interposita personae, esto es, mediante el Defensor del Pueblo.

Ha de repararse, sin embargo, que esta legitimación activa para la tutela de los derechos fundamentales no debe entenderse en su dimensión subjetiva, esto es, que se concede para la protección de los derechos de quienes puedan resultar directamente afectados por las leyes inconstitucionales que se pudieran expedir; sino en defensa de los derechos en su dimensión objetiva, esto es, como defensa abstracta de las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales.

d) Legitimación gremial

Finalmente, el inciso 7 del artículo 203 de la Constitución ha establecido una legitimación, por así decirlo, "gremial", al conceder capacidad para interponer una demanda de inconstitucionalidad a los colegios profesionales.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no ha establecido qué debe entenderse por "materias de su especialidad" -y tal vez no podría hacerla con carácter general, habida cuenta de la diversidad de colegios profesionales existentes-. Por ello, en defecto de la ley de desarrollo constitucional, el Tribunal Constitucional, en cada caso concreto, debe resolver cuáles son las materias de especialidad de cada uno de los colegios profesionales.

DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Sª edición. Instituto Constitución y Sociedad. Lima, 1999; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

Jurisprudencia constitucional y efectos de las sentencias de inconstitucionalidad

Artículo 204

La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 103,200 inc. 4),202, 203 Y 205;

C.C.: art. III;

C.P.Ct.: arts. VI, VII, 121;

L.O.T.C.: arts. 35, 36, 40;

Ley 26435: arts. 35 y ss.

Víctor García Toma

1. Aspectos generales

La jurisprudencia constitucional alude al conjunto de fallos emanados de los órganos jurisdiccionales con competencia para ejercer el control de la constitucionalidad.

La jurisprudencia constitucional es aquella pléyade de principios, criterios y doctrinas que se encuentran insertos en las sentencias o fallos de los tribunales constitucionales, jueces, salas o tribunales jurisdiccionales con facultades para defender la vigencia plena de la superlegalidad, jerarquía, alcance, contenido y cabal cumplimiento de la Constitución.

En ese sentido, dicha jurisprudencia complementa el ordenamiento constitucional de un país y contribuye a clarificar y delimitar los principios que configuran la unidad política, por lo cual forja la normativa de los valores en que se sustenta la organización política, amén de promover la fijación de límites y directrices para la acción estatal. También contribuye a la determinación precisa y específica de las competencias de los órganos constitucionales y del sistema de relación existente entre ellos, y coadyuva a la regulación cabal de la estructura y funciones políticas del Estado.

La creación jurisdiccional del Derecho Constitucional -vía la expedición de las sentencias que conforman la jurisprudencia constitucional- perfecciona, matiza e incluso hace flexible el orden jurídico en su conjunto¹⁴⁴⁰. La jurisprudencia constitucional es el instrumento por el cual los órganos jurisdiccionales encargados de la defensa de la constitucionalidad dejan testimonio de su labor de "serenazgo y guardianía".

¹⁴⁴⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dogmática de /os derechos humanos. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994

Esta fuente formal del Derecho Constitucional cumple las cuatro funciones siguientes:

Garantiza la superlegalidad de la Constitución, evitando su modificación por vías irregulares, o su violación por obra del legislador.

Coadyuva a la formación y aplicación correcta y concreta de los valores, principios, prácticas y normas constitucionales.

Interpreta y declara el sentido de lo constitucional, de conformidad con los retos del tiempo. Como es evidente, la Constitución no se reduce a la suma de palabras, frases o artículos; ella expresa un te/os, un espíritu y una finalidad.

Mediante la jurisprudencia constitucional, este plexo de valores y principios alcanza su verdadera magnitud y recto sentido.

Como afirma J. W Garner¹⁴⁴¹ -al referirse al papel de la jurisprudencia en la sociedad norteamericana-, dicha labor a cargo de la Corte Suprema no solo se ha manifestado como una obra de desenvolvimiento, ampliación e interpretación, sino que ha convertido a la Constitución en un instrumento diferente del que había sido aprobado por los constituyentes de 1787.

Así el entonces gobernador del Estado de Nueva York, Charles Evans Hughes¹⁴⁴² señalaría: «Vivimos bajo una Constitución; mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es».

El expresidente Woodrow Wilson (1913-1920)¹⁴⁴³ diría: "La Constitución [...] no es un mero documento de juristas: es un vehículo de vida, y su espíritu es siempre el espíritu del tiempo".

Habría que agregar que todo ello se hace patente gracias al papel que cumple la jurisprudencia constitucional, al contribuir en la defensa de las bases fundamentales del orden jurídico y las relaciones entre el Estado y su población.

Crea normas político-jurídicas en sentido estricto, al momento de resolver conflictos carentes de regulación constitucional (lagunas constitucionales).

Se denominan lagunas constitucionales a las hipótesis no previstas por el legislador constituyente, es decir, aquellos espacios vacíos que este ha dejado en el Texto Fundamental por olvido, imprecisión o la imposibilidad de imaginarios. Las lagunas son el resultado de la existencia de deficiencias y defectos en la legislación.

Las deficiencias implican los vacíos propiamente dichos; expresan la inexistencia de una norma para resolver un caso en la vía judicial o administrativa.

Los defectos implican la presencia de contradicciones normativas.

¹⁴⁴¹ GARNER, J.W Citado por GONZALES, Tadeo. Estado y nación. Editorial Roa, 1989

¹⁴⁴² HUGHES, Charles Evans. Citado por GONZALES, Tadeo. Ob. cit

¹⁴⁴³ WILSON, Woodrow. Citado por PIRENNE, Jacques. Historia universal. Océano, Barcelona, 1987

Estas lagunas se originan por alguna de las cuatro razones siguientes: cambio en los patrones culturales de una sociedad; falta de previsibilidad por parte del legislador constituyente; abrupto adelanto científico o tecnológico que desborda o transforma la sociedad; u ocio intencional del legislador constituyente.

A efectos de cubrir las lagunas constitucionales, el operador de la Constitución debe "elaborar" la norma faltante, expidiendo una jurisprudencia de principio. Para ello existen dos posibilidades: la autointegración y la heterointegración.

La auto integración implica hacer uso de la analogía y los principios constitucionales; es decir, la laguna constitucional queda cubierta con elementos de la propia Constitución.

La heterointegración implica hacer uso de la justicia natural y de los aportes del Derecho comparado.

Señálese además que la existencia de la jurisprudencia constitucional promueve los cuatro aspectos siguientes¹⁴⁴⁴:

- a) Igualdad.- Consiste en aplicar la misma regla político-jurídica en todos los casos semejantes que surjan en el futuro.
- b) Previsibilidad.- Consiste en predeterminar las consecuencias político-jurídicas en caso de vulneración de la normativa constitucional.
- e) Economía.- Consiste en que la fijación de criterios interpretativos permite que las decisiones políticas se efectúen con menor dispendio de tiempo y energía.
- d) Respeto.- Consiste en el aseguramiento del cabal imperio de los principios, valores, prácticas y normativa constitucional.

La jurisprudencia constitucional genera el denominado precedente vinculatorio. Este carácter vinculan te obliga, a gobernantes y gobernados, a interpretar, aplicar o integrar la normativa constitucional de conformidad con lo dispuesto por el órgano jurisdiccional, con competencia en materia constitucional.

El precedente vinculatorio de la jurisprudencia constitucional goza de una eficacia mayor a la existente en relación con otras disciplinas jurídicas, hasta el extremo que Aldo Sandili¹⁴⁴⁵ ha afirmando que la jurisprudencia constitucional es verdadera y propiamente una norma con fuerza de ley. El papel de esta jurisprudencia es tan relevante que algunas de las sentencias que la conforman han brindado un aporte vital para el desarrollo del Derecho Constitucional.

2. La tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional

La doctrina ha establecido una doble clasificación: la primera distingue entre sentencias de especies o de principio y la segunda diferencia entre sentencias estimativas o desestimativas.

Al respecto, veamos lo siguiente:

¹⁴⁴⁴ ÁLVAREZ, Mario I. Introducción al Derecho. (Serie Jurídica) McGraw-Hill, 1995

¹⁴⁴⁵ SANDILI, Aldo. Citado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Ob. cit.

Las sentencias de especie son las que constituyen la aplicación simple de la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En este caso, la labor del juez constitucional es meramente "declarativa" porque se limita a expresar la norma contenida en la Constitución o demás preceptos directamente conectados con ella.

Las sentencias de principio son las que constituyen la jurisprudencia propiamente dicha, porque interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y forjan verdaderos precedentes vinculantes.

Las sentencias estimativas son aquellas que declaran fundada una acción de garantía (hábeas corpus, amparo, etc.), y en consecuencia, aseguran la defensa y goce pleno de un derecho fundamental; o resuelven a favor de una acción de inconstitucionalidad, y por consiguiente, además de anular la norma o actos impugnados, tiene efectos abrogativos y erga omnes hacia el futuro, pues como bien afirma Rubén Hernández Valle¹⁴⁴⁶ "la norma o actos declarados inconstitucionales desaparecen (...) tal como si hubieren sido derogados".

Ahora bien, la praxis jurisdiccional reconoce una pluralidad de formas y contenidos de una sentencia estimativa, a saber:

La estimación con simple anulación. En este caso el Órgano de Control Constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de una norma.

La estimación con declaración de incompatibilidad y exhortación a que se dicte una norma sustitutoria. Por la norma no es expulsada del ordenamiento jurídico, empero, queda sujeta al principio de inaplicabilidad.

La estimación con declaración de sustitución.

La estimación con declaración de adición.

La estimación con declaración de reducción.

Las sentencias desestimativas son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley);

amén que el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo.

Ahora bien, la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia desestimativa, a saber:

¹⁴⁴⁶ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, Fundamentos y límites de la justicia constitucional En: "Ius et Praxis", Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, junio, 1998.

a) La desestimación por rechazo simple. En este caso el Órgano de Control de la Constitucionalidad resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley.

b) La desestimación por sentido interpretativo (interpretación *strictus sensu* y estipulación). En este caso el Órgano de Control de la Constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada, a efectos de "salvar" su presencia en el orden jurídico, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la estabilidad política.

3. El caso de las sentencias de estimación o desestimación compleja

Como hemos descrito anteriormente, en ciertas circunstancias el juez constitucional no se limita a expedir una sentencia de simple anulación de una ley cuestionada de inconstitucionalidad o a emitir una sentencia de simple rechazo de una acción de inconstitucionalidad contra una ley equívocamente tildada de inconstitucional.

Dichas circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constitucional, a saber: el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) El principio de conservación de la ley Mediante este axioma se exige al juez "salvar" hasta donde sea razonablemente posible la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado.

Por ende, se plantea que la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional debe ser la *última ratio* a la que debe apelarse. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada en tanto no sea imprescindible e inevitable el hacerlo.

b) El principio de interpretación desde la Constitución Mediante este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.

Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución, cabiendo para tal efecto que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos.

En función de lo expuesto han surgido en los tribunales constitucionales europeos (particularmente Italia, España y Alemania) un tipo de sentencia que denominamos complejas, las cuales tienen alcances y efectos particulares, y que tratan de responder adecuadamente a la necesidad de evitar los problemas que se derivan de los vacíos legales subsecuentes a la expulsión de una ley o de la interpretación clásica y ortodoxa.

Dichas sentencias de estimación o desestimación compleja pueden ser clasificadas de la manera siguiente:

- a) Sentencias interpretativas con selección del sentido de una ley.
- b) Sentencias interpretativas manipulativas.

3.1. Las sentencias interpretativas con selección del sentido de una ley

Son aquellas en donde el Órgano de Control de la Constitucionalidad declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida de que se le interpreta en el sentido de que este considera adecuado, armónico y coherente con el Texto Fundamental

En ese entendido, se desestima la acción presentada contra una ley, previo rechazo de algún o algunos sentidos interpretativos considerados como infraccionantes del Texto Supra.

Las sentencias interpretativas dejan inalterado el texto de la norma cuestionada, y hasta mantienen la vigencia de esta; empero, proscriben por inconstitucionales alguna o algunas de las determinaciones o asignaciones de sentido que se le habían venido dando. Por ende, se establece la obligatoriedad de interpretar dicha norma de "acuerdo" con la Constitución; vale decir, de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente lícita.

Las sentencias interpretativas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

Declarase que la leyes constitucional "si se interpreta en el sentido siguiente: [...]"

Declarase que la leyes constitucional "siempre que se le interprete en el siguiente sentido [...]"

Declarase que la ley no es inconstitucional "en cuanto se interprete en el sentido [...]"

En el caso de las sentencias interpretativas, la Magistratura Constitucional parte del supuesto que una norma legal puede tener más de una forma de interpretación deducible de su enunciado lingüístico. En ese contexto, la declaración de inconstitucionalidad consiste en proscribir la utilización de algún o algunos de los sentidos de' la ley cuestionada, en razón de ser no conforme(s) con los principios, valores o normas constitucionales.

3.2. Las sentencias interpretativas manipulativas

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley cuestionada. En ese contexto procede a la transformación del significado de la parte "infecta", a efectos de evitar su eliminación del ordenamiento jurídico.

En ese sentido F. Javier Díaz Revorio¹⁴⁴⁷ señala que mediante la utilización de este tipo de sentencias, las leyes impugnadas de inconstitucionalidad "salen" del proceso constitucional con un alcance y un contenido normativo diferente al que tenían originalmente. Así la modificación del contenido normativo, dejándose inalterable la vigencia y validez del texto cuestionado, puede producirse en función de algunas de estas modalidades: sentencias reductoras, sentencias aditivas, sentencias sustitutivas, sentencias exhortativas y sentencias estipulativas.

La existencia de las denominadas "sentencias manipulativas" se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que pueden presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la "expulsión" de una norma del ordenamiento jurídico.

La experiencia acredita que residualmente la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa -desde un punto de vista político, jurídico, económico o social- que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional.

Así pues, los efectos de dicha declaración pueden llevar a que durante un "tiempo" se produzca un vacío legislativo que dañe de alguna manera la vida coexistencial en el campo político.

A raíz de lo expuesto aparecen las denominadas sentencias manipulativas, lo que supone llevar a cabo líneas de interpretación y adaptación de una ley "acusada" de violatoria de la Constitución, a efectos de hacerla "compatible" con aquella. Es a través de dicho esfuerzo que se "salva" la vigencia de la ley, empero, subordinándola a los cánones de la Constitución.

En este caso se restablece la "soberanía de la Constitución" a través de la transformación del significado de la ley.

La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa o acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva.

La operación ablativa o de exégesis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada, "eliminando" del proceso interpretativo alguna palabra o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto se declara la nulidad de las "expresiones impertinentes", lo que genera un cambio radical del contenido preceptivo de la ley.

La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada "agregándosele" un contenido y un sentido de interpretación que no aparece del texto por sí mismo. En este caso el Órgano de Control de la Constitucionalidad aparece residualmente llevando a cabo una actividad paralegislativa.

¹⁴⁴⁷ DÍAZ REVORIO, F. Javier. La interpretación constitucional de la Iry. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional Palestra, Lima, 2003.

A continuación procedemos a describir las modalidades que presentan las sentencias interpretativas manipulativas:

3.2.1. Las sentencias reductoras

Son aquellas que señalan que una parte del texto cuestionado en efecto es contrario a la Constitución, la misma que ha generado un vicio de inconstitucionalidad en razón de una redacción excesiva y desmesurada.

En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la "extensión" del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.

Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada en relación con algunos de los supuestos en él contemplados genéricamente, o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas. Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primordialmente previstos.

En consecuencia la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.

Las sentencias reductoras suelen utilizar algunas de las siguientes fórmulas:

- Declarase la inconstitucionalidad de la ley "en cuanto incluye".
- Declarase la inconstitucionalidad de la ley "en la parte que prevé".
- Declarase la inconstitucionalidad de la ley "en la parte que no excluye".

3.2.2. Las sentencias aditivas

Son aquellas en donde el Órgano de Control de la Constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa. En ese contexto, procede a añadir algo al texto incompleto, a efecto de transformarlo en plenamente constitucional.

En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción presenta un contenido normativo "menor" del exigible constitucionalmente.

En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que el Órgano de Control considera necesario "ampliar" o "extender" su contenido normativo, permitiendo su; aplicación a supuestos inicialmente no contemplados o ensanchar sus consecuencias jurídicas.

La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, que a través del acto de adición evita que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada.

El contenido de lo "adicionado" surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica.

Las sentencias aditivas suelen utilizar alguna de las fórmulas siguientes:

Declarase la inconstitucionalidad de la ley "en cuanto no prevé".

Declarase la inconstitucionalidad de la ley "en la parte que no prevé".

3.2.3. Las sentencias sustitutivas

Son aquellas en donde el Órgano de Control de la Constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley, y simultáneamente, incorpora en cambio, un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico;

vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley.

Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.

La actividad paralegislativa se canaliza en el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador hacia la parte de la ley cuestionada -y en concreto afectada de inconstitucional-, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial.

Las sentencias sustitutivas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

Declarase la inconstitucionalidad de la ley" en la parte que" y "dispone (...) en lugar de".

Declarase la inconstitucionalidad de la ley "en cuanto dispone que" y "establece en sustitución que".

3.2.4. Las sentencias exhortativas

Son aquellas en donde el Órgano de Control de la Constitucionalidad declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley, más sin

embargo no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que incita al Parlamento para que dentro de un plazo razonable se sirva expedir una ley sustitutoria con un contenido más acorde al Texto Fundamental.

En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *vacatio setentiate*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir, se modula los efectos de la decisión en el tiempo. Dicha expresión deviene en el equivalente jurisprudencial de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada.

3.2.5. Las sentencias estipulativas

Son aquellas en donde el Órgano de Control de la Constitucionalidad establece en la parte considerativa de una sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. En ese contexto, se describirá y definirá en qué consisten determinados conceptos.

Las sentencias estipulativas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

Debe concluirse que la expresión (...) quiere decir (. . .).

Declarase estipulativamente que la expresión (. . .), se define como (. . .)'

DOCTRINA

ÁL V AREZ, Mario 1. Introducción al Derecho. (Serie Jurídica) McGraw-Hill, 1995;

DÍAZ REVORIO, F. Javier. La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Palestra, Lima, 2003;

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dogmática de los derechos humanos. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994; GONZALES, Tadeo. Estado y nación. Editorial Roa, 1989;

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Fundamentos y límites de la justicia constitucional.

En: "Ius et Praxis", Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, junio, 1998; PIRENNE, Jacques. Historia universal. Océano, Barcelona, 1987.

Jurisdicción supranacional

Artículo 205

Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 32,37,55 a 57,102.3,118 inc. 1), 11), 140,143,200 Y 4" D.ET.;

C.P.Ct.: arts. 24, 114, 115;

L.O.P.J.: arts. 80, 151, 154;

Ley 23405: arts. 39 al 41;

Ley 23506: arts. 39 al 41;

C.A.D.H.: arts. 44 al 47

Víctor García Toma

1. Aspectos generales

La jurisdicción constitucional se orienta, entre otros fines, a la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona. En aras de alcanzar la plenitud de dicha defensa, los Estados vienen reconociendo -en ejercicio de su cabal soberanía- la competencia de organismos internacionales para la protección de tales derechos, en lo que se denomina jurisdicción supranacional de los derechos fundamentales de la persona. En ese sentido, Mauro Cappelletti¹⁴⁴⁸ plantea se le designe como "jurisdicción internacional de las libertades".

Esta jurisdicción alude a las facilidades que se brindan a las personas a efectos de que puedan alcanzar remedio -a través de específicos mecanismos supraestatales para la vulneración de sus derechos básicos o esenciales.

Como bien señala Susana Castañeda Otsu¹⁴⁴⁹:

"Un paso importante significó el que se haya otorgado legitimación a la persona o grupo de personas, para recurrir ante los órganos supranacionales jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales, demandando la efectiva protección del derecho que se considere ha sido lesionado en el ordenamiento interno".

A través de dicha jurisdicción se fortalece el sistema de garantías para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Añádase a ello la aparición de una competencia supranacional para declarar la responsabilidad internacional del Estado por violación de los referidos derechos.

¹⁴⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Lo jurisdicción constitucional de la libertad. Universidad Autónoma de México, I México, 1961.

¹⁴⁴⁹ CASTAÑEDA OTSU, Susana. Lojurisdicción supranacional. Lima, 2003

La jurisdicción supranacional implica la transnacionalización de las prerrogativas humanas, esto es, la facultad del justiciable -no atendido adecuadamente a nivel intraestatal en sus reclamos de defensa de sus derechos básicos- de poder alcanzar tutela a través de la acción ante organismos internacionales.

Como refiere Néstor Pedro Sagüés¹⁴⁵⁰, estos organismos se convierten en "sujetos de control (último) del derecho o garantía constitucional". En esa misma idea, Francisco Fernández Segado¹⁴⁵¹ refiere que dicha jurisdicción "viene a operar como una suerte de segunda instancia correctora del deficiente funcionamiento del régimen de garantías de los derechos a nivel estatal y en supuestos individualizados [...]".

Para recurrir a ella el justiciable debe acreditar haber hecho uso de todos los recursos internos, salvo que -como se estableció en el caso Velásquez Rodríguez, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de junio de 1987- dichos recursos fuesen cabalmente ineficaces, o inexistentes las garantías del debido procesal legal.

Este interesantísimo proceso se genera, a criterio de Juan Carlos Hitters¹⁴⁵², a partir de la segunda mitad del siglo XX, con la "evidente" intención de que el resguardo de los derechos humanos logre un nivel supranacional a través de tribunales y organismos internacionales ("Jex universali!"). Asimismo señala que, "como consecuencia de esta evolución, el clásico control de la constitucionalidad [...] es aún mucho más fascinante y abarcador, ya que se lleva a cabo por cuerpos transnacionales [...]".

La adhesión estatal al proceso de transnacionalización de la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana se plasma por las dos siguientes vías¹⁴⁵³:

a) Celebración de tratados internacionales -de conformidad con las reglas establecidas en la Constitución- que permitan el acceso personal a la jurisdicción supranacional (ONU, Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, 1969; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales o Tratado de Roma, 1950; etc.).

b) Establecimiento de cláusulas constitucionales expresas en donde se reconozca que, agotada la jurisdicción interna, se permite a la persona recurrir a los organismos internacionales vinculados con la defensa de los derechos humanos, en los que el Estado tenga compromisos de promoción y defensa de

¹⁴⁵⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Derecho Procesal Constitucional Recurso extraordinario. Astrea, Buenos Aires, 1992.

¹⁴⁵¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dogmática de los derechos humanos. Ediciones jurídicas, Lima, 1994.

¹⁴⁵² HITTERS, Juan Carlos. Derecho procesal transnacional y control judicial supranacional En: "El Jurista, Revista Peruana de Derecho", N° 11 Y 12. Lima, 1995

¹⁴⁵³ HITTERS, Juan Carlos. Ob. cito

estos (constituciones peruanas de 1979 y 1993, reforma costarricense de 1968, etc.).

Entre los antecedentes más destacables que abonaron en pro de este proceso paulatino de supranacionalización pueden citarse los siguientes:

a) La Corte Internacional de Justicia Centroamericana, creada en 1907, que tenía facultades para conocer las reclamaciones ciudadanas en conflictos con sus respectivos gobiernos. Este organismo ejerció competencia sobre asuntos originados en la relación persona-Estado, en Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador. Dicho organismo tiene el mérito de ser el primer ente de justicia supranacional de carácter permanente y obligatorio, en el que los particulares podían plantear demandas contra los Estados miembros. Tuvo una existencia de diez años, durante los cuales se resolvieron seis reclamos de particulares contra un Estado y tres entre gobiernos.

b) Los Tribunales Arbitrales Mixtos Internacionales, creados en el Tratado de Versalles de 1919, que permitió a los ciudadanos la posibilidad de comparecer para la protección de sus libertades fundamentales.

Ahora bien, las atrocidades cometidas por los Estados nazifascistas en el periodo de entre guerras del siglo XX motivaron la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, como ente responsable de asegurar la paz internacional y la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona.

En ese contexto, es indudable que la Carta de Naciones Unidas inició el proceso de protección de los derechos humanos a un nivel supranacional.

Así, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial suscrita el 21 de diciembre de 1965, generó la creación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el mismo que se encuentra dotado de competencias para recibir comunicaciones interestatales e individuales contra los Estados celebrantes de dicho compromiso, por la comisión de actos infractorios a los derechos protegidos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado el 16 de diciembre de 1966, concordante con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en 1976, estableció el Comité de Derechos Humanos. El referido órgano tiene competencias para recibir y examinar comunicaciones interestatales e individuales sobre la materia (en funciones a partir de 1979).'

La Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Civiles, Inhumanas o Degradantes suscrita el 10 de diciembre de 1984, estableció el Comité Contra la Tortura. El referido órgano tiene competencias para recibir y examinar comunicaciones interestatales e individuales sobre la materia (en función a partir de 1987).

La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer suscrita el 18 de diciembre de 1979, estableció el Comité para la Eliminación de la

Discriminación contra la Mujer. El referido órgano tiene competencia para recibir y examinar comunicaciones interestatales e individuales sobre la materia (en funciones desde 1981).

2. La jurisdicción supranacional de alcance regional

La Carta de Naciones Unidas y el propio interés de los Estados adscritos a una región determinada han posibilitado el surgimiento de organismos supranacionales en Europa, América y África.

Al respecto veamos lo siguiente:

En 1950 se suscribe en Roma el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. En dicho instrumento internacional se crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo (Francia), el mismo que inició sus actividades en 1960. Al respecto, Francisco Fernández Segado¹⁴⁵⁴ expone que con este órgano "se cierra el arco de bóveda del sistema [...] de protección de estos derechos [...] para los estados que han ratificado el Tratado de Roma [...]."

En 1969 se suscribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En dicho instrumento internacional se crean la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en Washington y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, las cuales iniciaron sus actividades en 1979.

En 1981 se suscribe dentro de la Organización para la Unificación Africana -actualmente Unión Africana-la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos. En dicho instrumento internacional se crea la Comisión para los Derechos Humanos con sede en Banjul (Gambia), la cual inició sus actividades en 1987.

Debe añadirse que se encuentra en proceso de constitución la Corte Africana de Derechos Humanos.

Por otro lado, también existe un control supranacional de la supremacía normativa integracionista o comunitaria. Esta acción contralora ha surgido como consecuencia de la relación de integración comunitaria en el continente europeo.

En este tipo de control, los Estados vinculados a un proceso de integración han decidido, en ejercicio de su soberanía, que el Derecho Comunitario, cual "lex superior", prevalezca sobre sus respectivos derechos internos. Fundado en ello, entonces, los organismos de control supranacional ejercen facultades inaplicativas sobre la normatividad interna que devenga incoherente o contradictoria con el Derecho Comunitario. Al respecto Mauro Cappelletti¹⁴⁵⁵ alude al control de legitimidad o validez comunitaria de las leyes nacionales.

¹⁴⁵⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Ob. cit.

¹⁴⁵⁵ CAPELLETII, Mauro. Ob. cito

Así, desde el histórico caso Costa vs. E.N.E.L., en 1969, se estableció en la Comunidad Europea el criterio de que la legislación comunitaria tenía preeminencia sobre la legislación interna.

Actualmente, el control supranacional en favor de la supremacía normativa integracionista o comunitaria europea se encuentra a cargo de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea (ente que es resultado del Tratado de Roma de 1950 y del Convenio de Bruselas de 1968). Este organismo tiene su sede en Luxemburgo.

En lo relativo al control supranacional de la normatividad comunitaria de la Comunidad Andina -que comprende a Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela- esta se encuentra a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con sede en Ecuador.

En lo relativo al control supranacional de la normatividad comunitaria de la Unión Africana, se encuentra a cargo de una Corte de Justicia, la misma cuya organización y funcionamiento está sujeto a un Protocolo de la Declaración de Lome (2000).

Cabe señalar que el ejercicio de la supremacía normativa integracionista se encuentra avalada en razón de alguna de las tres consideraciones siguientes:

Existencia de una norma constitucional expresa.

Existencia de un tratado celebrado de conformidad con la Constitución.

Aplicación de un modo de integración encargado de cubrir una laguna constitucional.

3. La jurisdicción supranacional y la Constitución

Nuestro país la constitucionaliza por primera vez en 1979, merced al talento e influjo personal del jurista Javier Valle Riestra.

Actualmente, el artículo 205 de la Constitución señala:

"Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte".

A la fecha, dichos organismos son los siguientes:

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos.

En puridad, estas vías se han establecido para poder hacer valer los derechos fundamentales de la persona ante tribunales con competencia internacional cuando, agotada la vía interna o nacional, el afectado considera que sus facultades, prerrogativas o derechos básicos objeto de una reclamación no han obtenido reparo o restablecimiento.

Es evidente que la superlegalidad de la Constitución es uno de los fundamentos y sostén del llamado Estado de Derecho.

Es por ello valioso el estudio del control de la constitucionalidad, a efectos de velar porque la Constitución sea la égida de la organización del Estado, de las facultades político-administrativas de los gobernantes, y de los deberes y derechos de los ciudadanos.

DOCTRINA

CAPPELLETTI, Mauro. La jurisdicción constitucional de la libertad. Universidad Autónoma de México, México, 1961; CASTAÑEDA OTSU, Susana. La jurisdicción supranacional. Lima, 2003; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dogmática de los derechos humanos. Ediciones jurídicas, Lima, 1994; HITTERS, Juan Carlos.

Derecho procesal transnacional y control judicial supranacional. En: "El Jurista, Revista Peruana de Derecho", N° 11 Y 12. Lima, 1995; SAGÜÉS, Néstor Pedro.

Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario. Astrea, Buenos Aires, 1992.

TÍTULO VI

DE LA REFORMA

DE LA CONSTITUCION

TÍTULO VI

DE LA REFORMA

DE LA CONSTITUCION

Artículo 206

Reforma constitucional

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 ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

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.

Erika García-Cobián Castro

1. La reforma constitucional como institución de garantía

Qué duda cabe de que la institución de la reforma de la Constitución constituye una garantía básica para su propia conservación, considerando las exigencias que impone la vigencia de un Estado de Derecho, así como los requerimientos de adaptación jurídica que demanda una realidad en permanente cambio¹⁴⁵⁶.

Sin la previsión de un mecanismo de esta naturaleza probablemente se irían agravando las brechas entre la sociedad y una Constitución incapaz de ofrecer soluciones a los problemas y necesidades actuales que tal sociedad plantea. La posibilidad de que los poderes constituidos puedan revisar la Constitución de acuerdo al surgimiento de situaciones novedosas o a la propia maduración democrática del pueblo, constituye una vía intermedia entre la inmutabilidad de las disposiciones constitucionales y un proceso revolucionario constitucional ejercido por el Poder Constituyente.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que no solo la adaptación de la norma jurídica a la realidad justifica la previsión del mecanismo de reforma constitucional, sino también el principio de supremacía constitucional vinculado a la exigencia del "paralelismo de las formas", en cuya virtud, las normas solo pueden ser modificadas de la misma manera en que han sido producidas¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵⁶ VEGA, Pedro de. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Tecnos, Madrid, 1988, p. 67

¹⁴⁵⁷ PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. 7ª edición. Marcial Pans, 2002, p. 173.

Así, la reforma se configura también como una garantía de primacía de la Constitución, que condiciona su revisión al cumplimiento de un procedimiento agravado así como al respeto de determinados límites materiales, no exigibles para la modificación de las leyes ordinarias. Con ello se pretende preservar la norma fundamental de modificaciones no consensuadas o contrarias a los principios básicos de la organización política, económica y social del ordenamiento jurídico del Estado.

En este orden de consideraciones, el acto de reforma o de revisión se concibe en términos teóricos como un acto limitado, reglado y ordenado por el poder constituyente en la Constitución que en su momento definió un procedimiento, así como determinados límites de naturaleza material para modificar, suprimir o enmendar una o más disposiciones constitucionales (Fundamento jurídico N° 67 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 014-2002-AljTC publicada el 25 de enero 2003 en el diario oficial El Peruano).

2. La reforma constitucional en la Carta de 1993

La Carta vigente en el artículo 206 describe el procedimiento que debe seguir una reforma constitucional para ser considerada válida. Así, establece que deberá ser aprobada por el Congreso por la mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. De este modo, frente al procedimiento que regula la aprobación o modificación de leyes ordinarias u orgánicas añade un requisito adicional consistente en la ratificación de la reforma mediante referéndum. Sin embargo, se establece la salvedad de que 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. En este supuesto, el plus de exigencia viene dado por una votación cualificada en dos legislaturas ordinarias sucesivas.

La disposición comentada se limita a regular el procedimiento para la aprobación de una reforma constitucional, lo que equivale al establecimiento de límites meramente formales al respecto. Ello ha puesto en evidencia algunos vacíos e imprecisiones que contiene nuestra Carta cuando regula la posibilidad de ser reformada.

Así, podemos señalar la ausencia de criterios de distinción entre la reforma total y parcial de la Constitución, la omisión de límites materiales explícitos a la reforma, y la regulación de un procedimiento que no requiere de referéndum (si se alcanza una votación superior a los dos tercios del número legal de congresistas en dos legislaturas ordinarias sucesivas) sin vinculado a los supuestos de reforma total o parcial.

Esto último, a nuestro criterio configura una garantía debilitada de los valores y principios fundamentales que constituyen el núcleo esencial de una Carta democrática, como son la soberanía del pueblo, la división de poderes, el respeto a los derechos y libertades fundamentales, entre otros.

Además, nos parece pertinente observar la falta de toda referencia a la posibilidad de elaborar una nueva Constitución a través de una asamblea constituyente, omisión cuyas consecuencias y problemas fueron puestas de

manifiesto en el año 2003, al objetarse, por parte de un grupo de ciudadanos, que la reforma total de la Constitución se estuviera realizando por el Congreso de la República y no por una asamblea constituyente¹⁴⁵⁸.

No puede descuidarse en el análisis sobre reforma constitucional, la regulación prevista en el artículo 32 inciso 1) de la misma Carta, que señala que pueden ser sometidas a referéndum la reforma total o parcial de la Constitución. Agrega que no pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestales, ni los tratados internacionales en vigor. Esta disposición, lejos de subsanar los vacíos señalados complejiza el análisis al respecto.

Así, introduce el supuesto de "reforma total", respecto del cual, ha señalado un sector de la doctrina, que constituye un verdadero contrasentido para el Estado constitucional, el mismo que no admite otra configuración posible del poder de revisión, que su condición de poder constituido y limitado, y por tanto siempre parcial. Según esta postura los principios y valores legitimadores del ordenamiento constitucional constituyen verdaderos límites materiales a la acción del poder de reforma que no pueden ser destruidos por ella, sino que requieren de la actuación del poder constituyente¹⁴⁵⁹.

La cuestionada figura de la reforma total también se encuentra recogida en algunos otros ordenamientos constitucionales como el español¹⁴⁶⁰, vinculada a la modificación de determinadas materias que constituyen los fundamentos del sistema democrático así la forma política del Estado, y que en otros sistemas, cubren las denominadas cláusulas de intangibilidad¹⁴⁶¹.

En tal sentido, aunque la constitucionalización de la figura de "reforma total" haya sido objeto de severos cuestionamientos por la equiparación que ella realiza entre el poder de revisión y el poder constituyente, resultaría menos problemática si se determinara expresamente en el propio texto constitucional, las materias que constituyen el núcleo esencial de la Carta, y cuya modificación daría lugar a la denominada reforma total.

En tal sentido, el artículo 168 de la Constitución española realiza un esfuerzo de precisión mayor que la nuestra, al establecer que "cuando se propusiere la

¹⁴⁵⁸ Conviene recordar que después de que la Oficina Nacional de Procesos Electorales vendiera el Kit electoral y planillones de firmas adherentes, para someter a referéndum la convocatoria a una asamblea constituyente que elaborara una nueva Constitución, este organismo resolvió declarar la nulidad de dicho acto administrativo a través de la Resolución Jefatura N° 073-2003-J/ONPE fundamentando su decisión en que el artículo 206 de la Constitución, que establece los mecanismos específicos mediante los cuales la Norma Fundamental puede ser reformada, no contempla la convocatoria a una asamblea constituyente. Se sustentó que en virtud del principio de supremacía de la Constitución no podía implementarse un mecanismo diferente para la referida reforma. La decisión fue apelada por los solicitantes ante el Jurando Nacional de Elecciones, el mismo que a través de la Resolución N° 1 09-2003-JNE declaró nula la referida Resolución Jefatura de la ONPE y válida la compra venta del kit electoral bajo la consideración de que el derecho de participación política prevalece en el caso concreto frente a las limitaciones formales o instrumentales.

¹⁴⁵⁹ VEGA, Pedro de. Ob. cit., p. 221

¹⁴⁶⁰ Artículo 168 de la Constitución española de 1978

¹⁴⁶¹ PÉREZ ROYO, Javier. Ob. cit., p. 197

revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo segundo, sección primera del Título 1 o al Título n, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes". Esta norma cristaliza el interés del constituyente español de proteger las decisiones políticas fundamentales y las libertades públicas. Nuestra Constitución en cambio no alude a las materias que modificadas surtirían una reforma total de la Constitución, y menos aún prevé un procedimiento superagravado para tal supuesto.

En conexión con ello, se advierte la ausencia de límites materiales explícitos, cláusulas pétreas o de intangibilidad, contemplándose más bien la posibilidad de una revisión total de la Constitución. Apoyándonos en las consideraciones expuestas por Pedro de Vega, hubiera sido preferible que se previeran límites materiales en la Constitución porque ellos suponen una clara diferenciación entre el Poder de Reforma y el Poder Constituyente, además de su configuración como parámetros indiscutibles de referencia para el control de la reforma y de su papel permanente como criterios orientadores de interpretación constitucional¹⁴⁶².

A los problemas ya señalados resta mencionar que, vinculada a la reforma, una interpretación literal del último párrafo del artículo 32, que prohíbe someter a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, podría derivar en una solución contradictoria y de efectos prácticos nulos. ¿Cómo es que si se autoriza una reforma de carácter total, la misma que en principio podría sujetarse a un procedimiento que contemple el referéndum, quedan prohibidas de someterse a este mecanismo materias como la supresión o disminución de derechos fundamentales? ¿Cómo debe entenderse una reforma total que no puede comprender aspectos como la supresión o disminución de derechos fundamentales? ¿O debe interpretarse, por el contrario, que sí prosperaría una reforma sobre tales materias pero bajo el procedimiento de aprobación en dos legislaturas ordinarias sucesivas con la votación correspondiente? Esta última interpretación agudizaría más el problema de la debilitada garantía que nuestra Constitución contempla respecto de sus supuestos elementos esenciales.

Los límites y deficiencias que ofrece nuestra regulación al respecto -señalados en los acápites precedentes- fueron abordados por el Tribunal Constitucional (TC) en la sentencia recaída en el Expediente 014-2002-AI/TC. En dicha sentencia, el TC ~ través de un valioso esfuerzo interpretativo definió diversos conceptos vinculados al mecanismo de la reforma constitucional, estableció el procedimiento exigido según cada tipo de revisión, y determinó los límites formales y materiales implícitos que se desprenden de nuestra Constitución para cada supuesto.

3. La Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 014-2002-AI/TC: los alcances de la reforma constitucional

La Ley 27600, que regula un procedimiento de reforma total de la Constitución a cargo del Congreso, fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad ante

¹⁴⁶² VEGA, Pedro de. Ob. cit. pp. 261-262

el TC interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco. Dicha institución cuestionaba, entre otros aspectos, que el procedimiento de "reforma total" de la Constitución no fuera obra de una asamblea constituyente sino de un poder constituido, como es el Congreso de la República. La sentencia del TC declaró infundada la demanda, introduciendo una serie de criterios y límites a la institución de la reforma constitucional que no habían sido explicitados por los artículos 32 inciso 1) Y 206 de la Carta de 1993 y que subsanan las deficiencias anotadas en el acápite anterior.

En la sentencia comentada, el TC realiza un esfuerzo interpretativo a partir de los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica, con la finalidad de definir el sentido de las disposiciones involucradas en coincidencia con las exigencias del Estado constitucional. En este orden de ideas reconoce que la reforma puede ser total o parcial, distinguiendo ambas en función de que se modifique o no el contenido esencial de la Constitución, es decir, el conjunto de principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social que sirven de fundamento a la Carta Magna.

Por otro lado, frente a los cuestionamientos planteados a la legitimidad de una "reforma total" de la Constitución, el TC asimila esta figura al concepto de "constitucionalización de la función constituyente" interpretando que se trata de una verdadera acción constituyente y revolucionaria, prevista y reglada por la norma constitucional. En coherencia con este razonamiento interpreta que un proyecto de reforma total de la Constitución debe someterse a la voluntad del poder soberano detentado por el pueblo, a través de un referéndum, dejando sentado que el Congreso como poder constituido no está autorizado para aprobar una reforma total o revolucionaria.

Con relación al proceso establecido por la Ley 27600 deja expresamente constancia de su postura en el sentido de que "la elaboración del proyecto de la nueva Constitución en sede parlamentaria, necesaria e inexorablemente debe concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso". Añade que "de continuarse como se está haciendo el proceso de cambio de Constitución, la aprobación de la nueva Norma Fundamental tenga que realizarse a través de referéndum, la única forma como puede expresarse directamente el Poder Constituyente" (Fundamento jurídico N° 115).

Dado que la Ley 27600 utilizó indistintamente las expresiones "reforma total" y "nueva Constitución" el TC se vio precisado a definir el contenido de cada una de ellas indicando que la "reforma total" será "aquella que modifica los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social, que sirven de fundamento o núcleo duro a la Constitución de 1993" (Fundamento jurídico N° 123). En cambio, una "nueva Constitución" será "una Constitución posterior en el tiempo, algo distinta, pero basada en la anterior" (Fundamento jurídico N° 124).

Tomando en cuenta que la Ley 27600 estipula que la nueva Constitución deberá considerar la Constitución histórica y la Constitución de 1979, concluye el supremo intérprete que el proceso de reforma sometido a su apreciación en realidad es un proceso de reforma parcial, pero que deberá ratificarse

inexorablemente a través del referéndum (Fundamentos jurídicos N°s. 127, 128 Y 131). De esta reflexión podemos deducir que tanto la reforma total de la Constitución, como una reforma parcial que concluya con una nueva Constitución deberán someterse al veredicto del pueblo, el que a través de su ratificación en un referéndum, participará en calidad de Poder Constituyente de la misma elaboración de la Constitución.

La sentencia tiene el valor adicional de explicitar los límites materiales al poder de reforma, cuando esta es parcial, los cuales vienen dados por los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social, haciendo expresa mención a las cláusulas que reconocen los derechos fundamentales. Entiende el TC que la cláusula del artículo 32, último párrafo, revela que los derechos fundamentales son materias que no pueden ser decididas por el pueblo en cuanto poder constituido, y por tanto se verifican como verdaderos límites materiales sobre la reforma parcial de la Constitución. Además resuelve la aparente contradicción o incongruencia entre la reforma total y la imposibilidad de someter a referéndum determinadas materias asumiendo que tal prohibición está formulada para las leyes y los proyectos de reforma parcial. Siguiendo a Espinoza-Saldaña¹⁴⁶³ podemos sostener que la última parte del artículo en mención solo sería aplicable a todos aquellos otros supuestos normativos, distintos a los de la reforma total, para los cuales se ha previsto la utilización del referéndum.

4. Propuesta de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional: un procedimiento distinto de reforma

Resulta interesante traer a colación la propuesta que en su oportunidad esgrimiera la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú creada mediante Decreto Supremo N° 018-2001-JUS de 26 de mayo de 2001. El Informe Final de dicha Comisión consideró la necesidad de establecer un procedimiento de reforma similar al que se establece en la Constitución actual. Sin embargo, la novedad radicaba en que al regular la reforma integral introducía la posibilidad de convocar a una asamblea que debía llevara a cabo.

y es que como señala Biscaretti di Ruffia la reforma constitucional puede desarrollarse a través de dos modelos distintos: por órganos especiales diferentes a los legislativos ordinarios, como una asamblea constituyente, o por los congresos ordinarios con un procedimiento agravado¹⁴⁶⁴.

Así, por ejemplo, la Carta colombiana en su artículo 374 señala que la Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referéndum.

¹⁴⁶³ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Análisis crítico de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley de reforma total de la Constitución. En: "Revista Peruana de Jurisprudencia", N° 25, marzo 2003, pp. 3-18.

¹⁴⁶⁴ BISCAREITI DI RUFFIA, Paolo. Derecho Constitucional 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1987, p. 264.

Consideramos que la constitucionalización del Poder Constituyente vía una asamblea constituyente podría ser una alternativa interesante a estudiar en el marco de una eventual reforma constitucional. Sin embargo, esta propuesta no fue acogida por el Proyecto de Reforma Constitucional elaborado por la Comisión de Constitución del Congreso de la República¹⁴⁶⁵.

5. Reflexión final

El artículo 206 de la Constitución se limita a regular el procedimiento para la aprobación de una reforma constitucional con evidentes vacíos e imprecisiones. De ahí que resulte necesario valorar la sentencia del TC en la medida que constituye un aporte importante para la definición de criterios garantistas que permitan llevar a cabo una reforma constitucional más próxima y fiel a la voluntad del pueblo peruano.

Durante los más de diez años de vigencia de la Carta de 1993 esta ha sido reformada de forma parcial en ocho oportunidades¹⁴⁶⁶. Por lo demás, es lamentable que la reforma de mayor trascendencia, concebida para establecer una nueva Constitución, que se distinguiera de la Carta de 1993 por los cuestionamientos a su origen y que subsanara sus límites y deficiencias, se haya paralizado. Creemos que los entrapamientos suscitados entre el proceso de reforma y el proceso legislativo ordinario, los condicionamientos políticos para la aprobación de los artículos del proyecto, los desmesurados intereses de protagonismo, y la consecuente dilación que todo ello genera, ha lesionado casi de muerte el apoyo favorable que la población podía concederle al proceso desarrollado en el Congreso y, por tanto, al proyecto final de reforma constitucional. Actualmente, se ha optado más bien por el camino de las reformas parciales, encontrándose en proceso de definición, las referidas a la conformación bicameral del Congreso de la República, el voto voluntario, el

¹⁴⁶⁵ En efecto, el artículo 254 del Proyecto de Reforma Constitucional elaborado por la Comisión de Constitución del Congreso de la República señala que: "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 dos tercios del número legal de congresistas. La ley de Reforma Constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

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 cerdo punto tres por ciento (0.3%) de la población electoml, con firmas comprobadas por la autoridad electoral"

¹⁴⁶⁶ Ley 26472 publicada el 13-6-95 sobre el canon reformó el artículo 77.

Ley 27365 publicada el 5-11-2000 sobre reelección presidencial reformó el artículo 112.

Ley 27680 publicada el 7-3-2002 sobre descentralización modificó los artículos 188 al 199.

Ley 26470 publicada el 12-6-95 sobre amparo y hábeas data, reformó el artículo 200 incisos 2 y 3.

Ley 27365, publicada el 5-11-2000 que modificó las Disposiciones Transitorias Especiales primera y segunda para adelantar las elecciones el 200t.

Leyes 28389, publicada el 17-11-2004 que modificó los artículos 11, 103 Y Primera Disposición Final y Transitoria sobre régimen pensionario y aplicación de la ley en el tiempo. .

Ley 28390 publicada el 17-11-2004 que modificó los artículos 74 y 107 para atribuir potestad tributaria e iniciativa legislativa a los gobiernos regionales.

Ley 28480 publicada el 30-03-2005 que modificó los artículos 31 y 34 para reconocer el derecho al voto a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

voto de militares, modificaciones en el sistema de administración de justicia y las que corresponden al sistema electoral.

La experiencia peruana pone de manifiesto la importancia de que el debate y formulación de un proceso de reforma constitucional se realice de cara a la ciudadanía y en diálogo con ella, como una garantía de que dicho proceso tenga éxito, el mismo que deberá ser evaluado tanto en términos de la eficacia concreta de las disposiciones reformadas como en función del fortalecimiento del sentimiento constitucional del pueblo identificado con su Norma Fundamental.

DOCTRINA

BISCARETII DI RUFFIA, Paolo. Derecho Constitucional. Tercera edición, Tecnos, Madrid, 1987; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Análisis crítico de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley de reforma total de la Constitución. En:

"Revista Peruana de Jurisprudencia", N° 25, marzo, 2003; PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. 7ma edición, Marcial Pons, 2002; VEGA, Pedro de. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Tecnos, Madrid, 1988.

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

y

DISPOSICIONES TRANSITORIAS ESPECIALES

Primera

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

Nuevas reglas en materia de pensiones estatales

Declárase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley 17020530. En consecuencia a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional:

1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley 17020530.
2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria.

La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria.

El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley.

Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.

Autorízase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito. (*)

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 3 de la Ley N° 28389, publicada el 17 de noviembre de 2004

César Abanto Revilla

1. Antecedente nacional

Se trata de una norma que, al menos en cuanto respecta al campo de la seguridad social, no tiene ningún antecedente en la Constitución Política de 1979.

Como hemos mencionado al comentar el artículo 11°, mediante Ley N° 28389 se aprobó la reforma de tres artículos de la Carta Magna de 1993, entre los cuales se dispuso sustituir el texto original de la ira. Disposición Final y Transitoria, que señalaba:

"Primera.- Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 Y sus modificatorias".

Considerando la trascendencia legal y jurisprudencial que tal precepto tuvo en el desarrollo de los principios en materia previsional que rigieron en nuestro país, analizaremos de modo previo dicho texto original para luego examinar los fundamentos de su modificación.

Como veremos en el punto III, este dispositivo trató de los derechos legalmente obtenidos por los trabajadores públicos (solo pensionistas, no los que estaban en actividad) de los regímenes previsionales de los Decretos Leyes N° 19990 Y N° 20530, no alcanzando a las prestaciones de salud (estaba limitado a las pensiones), ni a los pensionistas de la Caja de Pensiones Militar Policial, Sistema Privado de Pensiones, o a los asegurados del Decreto Ley N° 19990 que no tuvieran la calidad de trabajadores públicos.

II. Fundamentos básicos

Si bien se discutía en la doctrina¹⁴⁶⁷ si esta norma se refería a los derechos adquiridos en la medida que no hacía referencia expresa a aquellos sino a los "legalmente obtenidos", en tanto el Tribunal Constitucional señaló expresamente que la correcta interpretación de este dispositivo no podía ser otra que la de consagrar a nivel constitucional los derechos adquiridos en materia pensionaria de los pensionistas que estaban sujetos a los regímenes de los Decretos Leyes N° 19990 Y N° 20530¹⁴⁶⁸, asumiremos que es este concepto (derechos adquiridos) el que debe ser analizado al comentar el texto original de esta disposición.

En un escenario de flexibilización de las normas de seguridad social producto de la difícil situación económica que atraviesa el país desde hace algunas décadas, la determinación de qué personas y qué tipo de derechos serían afectados por los alcances de las leyes que fijen la disminución de sus beneficios (normas peyorativas) se convierte en un tema recurrente.

Dentro de este contexto, se prevé la teoría de los derechos adquiridos como un medio por el cual obtener la irreversibilidad de los beneficios obtenidos, de manera tal que no puedan ser materia de revisión posterior para establecer modificaciones que los afecten.

¹⁴⁶⁷ HERRERA V ÁSQUEZ, Ricardo. Los "derechos adquiridos" en el proceso de flexibilización de la legislación laboral y previsional. En: FERRO DELGADO, Víctor (coordinador). "Balance de la reforma laboral peruana". Sociedad Peruana de Derecho de! Trabajo. Lima, 2001, p. 108.

¹⁴⁶⁸ Fundamentos 15 Y 17 de la sentencia recaída en el Expediente N° 008-96-I/TC (publicada el 26 de abril de 1997) sobre la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 817 - Ley del Régimen Previsional del Estado. En sentido similar: los fundamentos 10,11 Y 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 007-96-I/TC (publicada el mismo día) sobre la inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 25967, norma que introdujo diversas modificaciones al texto del Decreto Ley N° 19990.

La discusión respecto de la teoría de los derechos adquiridos está relacionada con las que, a su vez, se deben considerar para determinar la aplicación de la norma' en el tiempo.

La Constitución Política de 1993 no establecía el principio que debía ser aplicado, pues se limitaba a señalar la irretroactividad de la ley (salvo en materia penal cuando era benigna)¹⁴⁶⁹, razón por la cual se recurría supletoriamente -como regla general- a la teoría de los hechos cumplidos contemplada en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil¹⁴⁷⁰.

Esta teoría basada en el principio de innovación (las leyes posteriores se presumen mejores que las anteriores, por lo que deben tener vigencia inmediata) establece que los efectos o consecuencias de las relaciones jurídicas existentes (hechos ocurridos) se regirán por la norma vigente en el momento que aquellos se cumplan.

En contraposición a esa teoría existe la de los derechos adquiridos, según la cual la norma bajo la cual nació un derecho (o hecho) continuará rigiéndolo mientras este surta efectos (o consecuencias) pese a que en el transcurso del tiempo la norma sea derogada o modificada, por cuanto el derecho se adquirió desde el momento de su generación, incorporándose en nuestro patrimonio y no pudiendo ser afectado por ninguna norma posterior¹⁴⁷¹.

Como hemos referido, el Tribunal Constitucional estableció en materia de pensiones¹⁴⁷² que la teoría de los derechos adquiridos se aplicaría como excepción cuando el asegurado o servidor cumpla con el supuesto de hecho determinado en la norma respectiva para acceder a una pensión de jubilación (Decreto Ley N° 19990)¹⁴⁷³ o cesantía (Decreto Ley N° 20530)¹⁴⁷⁴.

Lamentablemente, sentencias posteriores del mismo Tribunal-como la recaída en la acción de inconstitucionalidad de la Ley N° 27617¹⁴⁷⁵ extendieron el concepto de los derechos adquiridos a situaciones inverosímiles para los casos de pensiones de sobrevivientes, en la medida que crearon un derecho expectatio en condición suspensiva desde el momento que el servidor cumplía los años de servicio establecidos por ley a favor de su esposa e hijos,

¹⁴⁶⁹ La reforma constitucional, aprobada por la Ley N° 28389, también contempló -con relación al régimen del Decreto Ley N° 20530-la modificación del artículo 103 de la Carta Magna de 1993, para establecer con rango constitucional la teoría de los hechos cumplidos. Código Civil de 1984.

¹⁴⁷⁰ Artículo III.- La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes;

No tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

¹⁴⁷¹ RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar. En: "Para Leer el Código Civil". Volumen III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Lima, 1986, p. 61.

¹⁴⁷² En los citados Expedientes N°s. 007 y 008-96-I/TC

¹⁴⁷³ La edad y los años de aportación establecidos según la modalidad jubilatoria reclamada

¹⁴⁷⁴ Los 15 o 12 y medio años de servicios exigidos por su artículo 4, según se trate de hombre o mujer

¹⁴⁷⁵ Expediente N° 005-2002-AI/TC (acumulados), publicado el 24 de abril de 2003.

lo cual implicaba reconocer un derecho latente aún para quienes no se habían casado.

Finalmente, debemos precisar que en materia de pensiones es necesario diferenciar entre la expectativa (aspiración de obtener un derecho) y el derecho¹⁴⁷⁶, que se otorgará únicamente en la medida que el asegurado cumpla los requisitos predeterminados por la ley¹⁴⁷⁷.

III. Análisis exegético

Con relación a esta disposición, únicamente formularemos tres acotaciones, con el fin de proceder al análisis de los fundamentos de la reforma constitucional mencionada.

Solo alcanzaba a los trabajadores públicos

En efecto, contrariamente a la posición asumida de manera genérica (sin fundamentación de carácter fáctico o jurídico que la respalde) por el Tribunal Constitucional en los fallos recaídos en los Expedientes N° 007 Y 008-96-I/TC, la 1ra. Disposición Final Y Transitoria de la Carta Magna de 1993 únicamente estaba dirigida a tutelar los derechos adquiridos por los trabajadores públicos que gozaban (al momento de su entrada en vigencia) de una pensión en los regímenes de los Decretos Leyes N° 19990 Y N° 20503¹⁴⁷⁸.

El Decreto Ley N° 20530 es una norma que regula las pensiones de los funcionarios y los servidores públicos, sin embargo, el Decreto Ley N° 19990 comprende en su ámbito tanto a los trabajadores públicos como a los particulares, por lo cual podemos afirmar que -pese a presentar un trato discriminatorio injustificado- no estaban comprendidos en el campo de protección legal otorgado por la disposición comentada aquellos que habían laborado para un empleador particular o que aportaron de manera independiente (facultativos)<14).

Bajo esta premisa, el Tribunal Constitucional no debió objetar la disminución de derechos operada en el Sistema Nacional de Pensiones en virtud al Decreto Ley N° 25967 (en el Expediente N° 007-96-I/TC) aplicando la 1ra. Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna de 1993, salvo en lo que refería a los pensionistas que fueron trabajadores públicos.

ii) Solo se aplicaba a los pensionistas

Este es un punto que no fue desarrollado por el Tribunal Constitucional en las sentencias antes referidas, pero lo cierto es que la norma solo estaba dirigida a

¹⁴⁷⁶ HERRERA V ÁSQUEZ, Ricardo. Los derechos adquiridos en la jurisprudencia constitucional En: "Asesoría Laboral", N° 71, Lima, noviembre 1996, p. 21.

¹⁴⁷⁷ GASTIABURÚ JASHIMOTO, Carlos. Los derechos legalmente obtenidos y el Decreto Legislativo N° 817. En: "Asesoría Laboral", N° 70, Lima, octubre 1996, p. 27

¹⁴⁷⁸ Comparten esta opinión: NEVES MUJICA, Javier. La vigencia de /as normas en el tiempo tras las sentencias del Tribunal Constitucional sobre seguridad social En: "Ius et Veritas". N° 15, Lima, 1997, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 321; HERRERA V ÁSQUEZ, Ricardo. Ob. cit., p. 108.

proteger de eventuales y futuras modificaciones peyorativas el grupo de normas sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, de los regímenes de los Decretos Leyes N° 19990 Y N° 20530.

La norma constitucional no hacía referencia a la preservación de los derechos que sobre el particular pudieran tener los trabajadores públicos en actividad, pues éstos sólo tenían una expectativa al derecho pensionario hasta que cesen, mas no un derecho obtenido¹⁴⁷⁹.

iii) No se aplicaba a las prestaciones de salud

Como anticipamos en el punto 1 del presente comentario, esta disposición únicamente se refería a los derechos legalmente obtenidos en materia de pensiones, incluso precisa que su ámbito objetivo se centra en los regímenes de los Decretos Leyes N° 19990 Y N° 20530.

En tal sentido, no se podía pretender la defensa ante una norma peyorativa vinculada con las prestaciones de salud o las correspondientes a los regímenes de pensiones de la Caja de Pensiones Militar Policial o del Sistema Privado de Pensiones, amparándose en la 1ra. Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993, puesto que estaba claramente restringida a los regímenes pensionarios mencionados y dentro de ellos, sólo a la tutela de los derechos vinculados a los trabajadores públicos en calidad de pensionistas.

I. Fundamentos de la reforma constitucional

Como hemos mencionado, por Ley N° 28389 se aprobó la reforma constitucional a través de la cual se permitirá la reestructuración del Decreto Ley N° 20530, siendo una de sus principales modificaciones la supresión de los derechos adquiridos pensionarios.

Debe recordarse que desde su inclusión en la Carta Magna de 1993 los derechos adquiridos fueron la barrera que obstaculizó todo intento de modificación en materia de pensiones la fijación de topes, la limitación a la nivelación, el incremento de años de aportes, etcétera), por lo que, alentados por la recomendación formulada por el Tribunal Constitucional¹⁴⁸⁰, e inclusive bajo las pautas aceptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴⁸¹, se formuló una propuesta de reforma que sustrajera de la

¹⁴⁷⁹ Durante la discusión de esta disposición transitoria en el CCD la mayoría parlamentaria que propuso su inclusión señaló expresamente que la norma solo protegería a los trabajadores públicos que ya teman la condición de pensionistas, como se ha referido. Ver: CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Debate Constitucional. Tomo 1, Lima, 1994, p. 452. ' (15) En ese sentido, ver: HERRERA V ÁSQUEZ, Ricardo. Ob. cit., p. 108

¹⁴⁸⁰ Expediente N°002-2003-AI/TC (segunda sentencia sobre la inconstitucionalidad de la Ley N° 27617 publicada el 21 de setiembre de 2003), cuando precisa en el último párrafo de su fundamento 14: "Si el emplazado considera que el régimen constitucional de los Decretos Leyes N°s 19990 y 20530 no es el que más se adecue a esos imperativos o a los que la economía nacional pueda mantener, siempre queda como última posibilidad, que dicho régimen constitucional sea modificado o suprimido. Al fin Y al cabo, con el objeto de evitar que una generación pueda condicionar el futuro de las sucesivas, la Constitución ha instituido la función de la reforma constitucional (.. ..)".

constitución ese dispositivo, con el fin de habilitar una reestructuración integral de un sistema inviable financieramente.

Dentro de la propuesta de reforma se planteaba la sustitución de la 1ra. Disposición Final y Transitoria por el texto que encabeza el presente comentario, el mismo que puede dividirse en los siguientes puntos:

i) El cierre definitivo del Decreto Ley N° 20530

El Decreto Ley N° 20530 es un régimen previsional que nació cerrado, en la medida que -si bien fue promulgado el 26 de Febrero de 1974- tenía por finalidad regular las pensiones de los servidores y funcionarios públicos ingresados al Estado antes del 12 de Julio de 1962, puesto que los ingresados con posterioridad a esta fecha cotizarían para la Caja del Seguro Social del Empleado (absorbida en 1973 por el Decreto Ley N° 19990).

Lamentablemente, como es de conocimiento público, a partir de los ochenta el régimen fue abierto de manera excepcional (principalmente con fines políticos) para permitir el ingreso de trabajadores que no estaban comprendidos en su ámbito originario, lo cual generó que del cálculo inicial de unos 30,000 beneficiados en total, tengamos en la actualidad más de 300,000 pensionistas que representan un gasto anual de casi U\$ 1,500 millones de dólares.

En la propuesta de reforma se aprecia que existieron hasta nueve leyes de excepción, a lo cual se suma los beneficiados con los pronunciamientos del Tribunal Nacional del Servicio Civil y aquellos incorporados en virtud a las cuestionables interpretaciones que se dieron a las diversas instituciones del Decreto Ley N° 20530 antes de 1996, fecha en la cual la ONP asumió la competencia exclusiva en la calificación de sus derechos pensionarios¹⁴⁸².

En tal sentido, resultaba necesario establecer a nivel constitucional su cierre definitivo para de esta manera evitar que en un futuro se proyecten nuevas normas de excepción por las cuales se pretenda abrir nuevamente su ámbito subjetivo.

Como consecuencia de esta medida, se señala expresamente que de existir a la fecha algún servidor o funcionario que pertenezca a dicho régimen pero no cuente aún con los años de servicio exigidos para tener derecho a pensión de cesantía¹⁴⁸³, no podrá ser incorporado en el mismo (en aplicación de la teoría

¹⁴⁸¹ En el fallo recaído en el caso denominado "Cinco pensionistas versus Perú" señaló (punto 116): "Si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido (...) los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública e interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados (...)."

¹⁴⁸² En mérito al artículo 4 de! Decreto Legislativo N° 817, ratificado por la Ley N° 26835, facultad que fuera eliminada con la sentencia de! Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00198-I/TC. En la actualidad, la competencia recae en la entidad donde laboró el servidor (IAy W 27719).

¹⁴⁸³ Según el artículo 4 del Decreto Ley N° 20530: 15 años los hombres y 12 Y medio las mujeres.

de los hechos cumplidos, aprobada por el artículo 103°), debiendo elegir entre el Sistema Privado (AFP) o el Sistema Nacional de Pensiones.

Contrariamente a lo expuesto en los debates políticos previos a su discusión en el pleno del Congreso, esta medida no originó que los pensionistas del Decreto Ley N° 20530 tuvieran que elegir entre los citados regímenes previsionales, pues ellos ya gozan de una pensión en el sistema comentado. En ese punto la reforma alcanza a los servidores activos, que son los que tendrán que elegir entre los regímenes alternativos de pensiones referidos.

ii) La aplicación inmediata y la no nivelación

El segundo párrafo de esta disposición establece que, como consecuencia de la aprobación de la reforma constitucional, se emitirían las leyes de desarrollo constitucional por las cuales se proceda a la reestructuración integral del régimen del Decreto Ley N° 20530, lo que sustentando en razones de interés social¹⁴⁸⁴ justifica su aplicación inmediata. El 30 de Diciembre del 2004 se dictó, en este sentido, la Ley N° 28449.

La reforma constitucional cuida de establecer expresamente que las nuevas normas no contemplarán aspectos relativos a la nivelación de las pensiones con las remuneraciones.

Como hemos referido en un trabajo anterior¹⁴⁸⁵, el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 era conocido como el de cédula viva, pues permitía al pensionista cesante con más de 20 años de servicios nivelar el monto de su pensión con la remuneración que percibía el servidor público en actividad que ocupaba el mismo cargo ejercido por el cesante en el momento de abandonar la administración pública (efecto espejo), beneficiándose de igual manera con los incrementos posteriores que aquel percibiese; sin embargo, tal precepto no estaba contemplado en el texto original de dicha norma¹⁴⁸⁶.

En efecto, la nivelación es un concepto introducido por la 8va. Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979, siendo desarrollado

¹⁴⁸⁴ Como consta en el Proyecto de Reforma presentado por el Poder Ejecutivo, las diferencias entre los principales regímenes administrados por el Estado (Decretos Leyes N° 19990 Y N° 20530) son tan abismales, que justifican largamente un ajuste. De igual manera, la magnitud del gasto público en la atención del régimen previsional estatal impide que se destinen estos recursos a otras áreas de la actividad nacional tanto o más necesitadas (educación, salud, agricultura, empleo, etc.).

¹⁴⁸⁵ ABANTO REVILLA, César. Comentarios a los recientes fallos (y fallas) del Tribunal Constitucional sobre el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En: "Diálogo con la Jurisprudencia" N° 58, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2003, p. 39. También en Crónica de una muerte anunciada. Comentarios sobre la reforma del Decreto Ley N° 20530. En: "Actualidad Jurídica", Tomo 126, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2004, p. 28.

¹⁴⁸⁶ La referencia a una pensión renovable en los artículos 49 y siguientes hace alusión a un supuesto de incremento de pensión por contar con más de 35 años de servicio, más 80 años de edad, entre otros casos, situación que no implica el efecto espejo establecido por la nivelación pensionaria, sin embargo, la renovación es utilizada erróneamente por muchos como sinónimo de nivelación

posteriormente por la Ley N° 23495 Y su Reglamento (aprobado por el Decreto Supremo N° 015-83-PCM).

El problema se suscitó por los reclamos judiciales presentados por los pensionistas a fin de que se nivele su prestación con la remuneración que percibían los trabajadores de las entidades en que ellos laboraron, que ahora estaban sujetos al régimen laboral privado, lo cual generó que existan pensionistas que reciben S/, 20,000 Y hasta S/, 30,000 nuevos soles, lo cual no era congruente con la verdadera finalidad de la velación: que la pensión sea equiparada con el haber de un funcionario o servidor público, en estricto sentido¹⁴⁸⁷.

Cabe destacar, que el quinto párrafo formula una precisión (y recomendación) para que las modificaciones actuales y futuras de los regímenes pensionarios -tanto los públicos como los privados- sean regidas por criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación, lo que resulta de gran importancia pues establece la obligación que las reformas pensionarias ya no se efectúen sin una previa evaluación económica, acorde a las posibilidades del país.

La nivelación era un mecanismo de reajuste de la pensión, por tanto su supresión no debía ser considerada como una afectación a este derecho. En efecto, en reemplazo de aquel el artículo 4° de la Ley N° 28449 prevé que el reajuste de pensiones se efectúe:

a) Para los pensionistas con 65 o más años de edad y cuya pensión no exceda las dos Unidades Impositivas Tributarias (VII), al inicio de cada año teniendo en cuenta la variación en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado.

b) Para los pensionistas menores de 65 años de edad, de manera periódica, teniendo en cuenta las previsiones presupuestarias y las posibilidades de la economía nacional.

Finalmente, el segundo párrafo de la disposición comentada señala la prohibición implícita de reducir el monto de las pensiones inferiores a una UIT, con lo cual queda resguardada la masa principal de beneficiarios de este régimen.

iii) Aplicación progresiva de topes y destino del ahorro

La pensión máxima o tope es la suma mayor que se otorga por concepto de una prestación (pensión de cesantía, invalidez, jubilación, etcétera) en un régimen previsional.

El Decreto Ley N° 20530 establecía en su artículo 57° que la pensión máxima sería fijada por la Ley de Presupuesto del Sector Público Nacional dispositivo

¹⁴⁸⁷ Debe destacarse que en los fundamentos 15 y 16 de la sentencia en la que el Tribunal Constitucional rectificó sus interpretaciones erróneas en materia de pensiones del Decreto Ley N° 20530 (caso Maldonado Duarte, Expediente N° 189-2002-AA/TC) se precisa que la nivelación no procederá -en lo sucesivo- tomando como referencia la remuneración de los trabajadores sujetos al régimen privado.

que recién fue utilizado en el año 1991, con el artículo 292° de la Ley N° 25303 (precepto prorrogado en los años 1992, 1993 Y 1994). Cabe destacar, que el citado artículo 292° fue sometido a una acción de inconstitucionalidad ante el ex Tribunal de Garantías Constitucionales, el que reconoció la legalidad de dicha medida en la sentencia recaída en el Expediente N° 002-003-91-TGC al precisar en el literal lo siguiente:

". . . no sería legal ni justo, que el beneficiario de una pensión, cualquiera sea la causa de su determinación, llegara a alcanzar un nivel igualo superior a la remuneración que percibe el funcionario del más alto nivel administrativo del Sector al que pertenece la institución o la empresa.

En el año 1996, la 6ta. Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817 varió la fórmula del tope, al señalar que este quedaba fijado en el sueldo de un congresista. El mencionado decreto también fue sometido a una acción de inconstitucionalidad, proceso en el cual el Tribunal Constitucional señaló (fundamento 18 de la sentencia recaída en el Expediente N° 008-96-I/TC) que la nivelación establecida por la 8va. Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979 había derogado el artículo 57° del Decreto Ley N° 20530, conclusión que resulta errónea en la medida que condiciona la aplicación de una institución previsional (tope) a la existencia de otra (nivelación), pues son distintas, aunque puedan utilizarse de manera complementaria.

Si bien es cierto el artículo 2° de la Ley N° 28047 (publicada el 31 de julio de 2003) señaló que el monto máximo de las pensiones del régimen del Decreto Ley N° 20530 generadas a partir del 1° de agosto de 2003 no podrían exceder de una UIT, partiendo de la primacía de la Teoría de los Derechos Adquiridos en materia previsional (impuesta por el Tribunal Constitucional), dicho precepto no pudo ser aplicado a las pensiones ya otorgadas, razón por la cual fue necesario elevar esta medida (el tope) a un rango constitucional.

De esta manera, para frenar la percepción de pensiones superiores a los S/. 10,000 nuevos soles de un grupo reducido de beneficiarios de este régimen, la reforma constitucional estableció en el tercer párrafo de la disposición comentada que por ley se aplicará de modo progresivo (gradual) topes a las pensiones que excedan de una UIT. Con relación al tema, el artículo 3° de la Ley N° 28449 señala que la pensión máxima mensual (tope) será igual a dos UIT, efectuándose (según su 3ra. Disposición Transitoria) una reducción progresiva de 15 ó 20% anual a las pensiones superiores a dicho monto, según la edad del beneficiario.

Finalmente, cabe destacar que el cuarto párrafo de la disposición comentada señala que el ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias estará destinado a incrementar las pensiones más bajas. Sobre este punto, la 4ta. Disposición Transitoria de la Ley N° 28449 indica que los recursos ahorrados por la aplicación del tope serán transferidos al Fondo de Asistencia Previsional para la estandarización de la pensión mínima (S/. 415 nuevos soles) y para efectuar un incremento en favor de los pensionistas con

ingresos menores a S/. 750 nuevos soles (pero mayores al monto mínimo indicado). .

iv) Las acciones de nulidad (cosa juzgada y prescripción)

El sexto párrafo de la disposición comentada autoriza a la entidad competente acciones legales a fin de obtener la declaración de nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo en los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada¹⁴⁸⁸ (pronunciadas expresamente sobre el fondo del asunto), o que las respectivas acciones hubieran prescrito.

Esta norma pretende retomar el proceso especial de nulidad de incorporación contemplado en la Ley N° 26835, sin embargo, partiendo de la premisa que la mayoría de actos de incorporación irregular se produjeron entre los años 1980 y 1990, Y que el plazo que en la actualidad se aplica para computar la prescripción de la acción de nulidad es de 10 años¹⁴⁸⁹, de acuerdo al artículo 2001° del Código Civil, consideramos que la posibilidad de incoar con resultados favorables demandas de nulidad de esta naturaleza resulta remota, pese a lo cual deberá efectuarse una revisión de cada uno de los casos más importantes (aquellos en los cuales el monto de pensión supere el tope) para determinar su viabilidad.

En la medida que el artículo 56° del Decreto Ley N° 20530 establece que el derecho para solicitar una pensión en este régimen es imprescriptible, consideramos que por equidad se debería dar un tratamiento legal especial (plazo prescriptorio distinto al establecido por el Código Civil) para las acciones de nulidad de los actos de incorporación indebida en dicho régimen¹⁴⁹⁰, de manera similar al proceso ad hoc contemplado en la Ley N° 26835, aspecto que debería ser evaluado seriamente de lege ferenda.

Jurisprudencia

Con relación a la reforma constitucional, sin duda ha marcado un hito trascendental el fallo del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N°

¹⁴⁸⁸ Código Procesal Civil Artículo 123.- Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o, 2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularios.

La cosa juzgada solo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros de cuyos derechos dependen las partes, si hubieran sido citados con la demanda. La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 178 y 407.

¹⁴⁸⁹ Expediente N° 001-98-I/TC, sobre la inconstitucionalidad de la Ley N° 26835. En igual sentido, la Casación N° 40-99 emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en el proceso seguido por la ONP contra Lourdes Gonzales Vargas sobre nulidad de incorporación.

¹⁴⁹⁰ En ese sentido nos hemos pronunciado antes: ABANTO REVILLA, César. Decreto Ley N° 20530: La nulidad administrativa y las incorporaciones indebidas. En: "Diálogo con la Jurisprudencia" N° 43, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2002, p. 106. También en: Decreto Ley N° 20530: Los procesos de nulidad de incorporación. En: Diario Oficial "El Peruano", 18 de diciembre de 2001, p. 28.

050-2004-AIJTC Y otros (acumulados), publicada el 12 de Junio del 2005, que declaró infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, Y fundadas en parte las demandas contra la Ley N° 28449, que establece -respecto de la disposición comentada-lo siguiente:

1. La nivelación pensionaria no era una condición intrínseca al Decreto Ley N° 20530, pues fue agregada con posterioridad a su creación, siendo el elemento fundamental que ensanchó las diferencias entre las pensiones de este régimen, implicando una condición externa, ventajosa e inequitativa (fundamentos 63 y 64). Por tanto, que la reforma prohíba la nivelación con las remuneraciones no implica la afectación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión (fundamento 99).

2. El establecimiento de topes pensionarios obedece a dos razones: la disponibilidad económica y el principio de solidaridad. Por ello, mientras el Estado garantice el pago de las pensiones y el monto de éstas cubra el mínimo de subsistencia, el tope no puede ser tachado de inconstitucional, siendo razonable la disminución de modo progresivo de las pensiones más elevadas (fundamento 100).

3. La aplicación inmediata de las (nuevas) normas es trascendente para que puedan ser revertidas las desigualdades que atentan contra la equidad pensionaria, siendo por tanto correcto constitucionalmente el inicio de acciones legales para declarar la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente (fundamento 93).

La sentencia no se agota en estos tres puntos en cuanto a la disposición comentada y menos en cuanto a la incidencia que tendrá en nuestra concepción del campo previsional, empero, son estos aspectos los que a grandes rasgos dan validez a las nuevas reglas pensionarias en relación a la nivelación, los topes, la aplicación inmediata de las normas nacidas de esta reforma e, inclusive, la habilitación del inicio de acciones correctivas.

Para finalizar, es importante resaltar que el Tribunal Constitucional ha definido en ese fallo (fundamento 107) los tres elementos que conformarían -a su criterio- el contenido esencial del derecho fundamental a pensión:

- El derecho de acceso a una pensión;
- El derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y, - El derecho a una pensión mínima vital.

DOCTRINA

ABANTO REVILLA, César. Comentarios a los recientes fallos (y fallas) del Tribunal Constitucional sobre el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En: "Diálogo con la Jurisprudencia" N° 58, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2003; ABANTO REVILLA, César. Crónica de una muerte anunciada. Comentarios sobre la reforma del Decreto Ley N° 20530. En: " Actualidad Jurídica", Tomo 126, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2004; ABANTO REVILLA, César. Decreto

Ley N° 20530: La nulidad administrativa y las incorporaciones indebidas. En: "Diálogo con la Jurisprudencia" N° 43, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2002; ABANTO REVILLA, César. Decreto Ley NO 20530: Los procesos de nulidad de incorporación. En: Diario Oficial "El Peruano", 18 de diciembre de 2001; CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Debate Constitucional. Tomo 1, Lima, 1994; GASTIABURÚ JASHIMOTO, Carlos. Los derechos legalmente obtenidos y el Decreto Legislativo N° 817. En: "Asesoría Laboral", N° 70, Lima, octubre 1996; HERRERA V ÁSQUEZ, Ricardo. Los "derechos adquiridos" en el proceso de flexibilización de la legislación laboral y previsional. En: FERRO DELGADO, Víctor (coordinador). "Balance de la Reforma laboral peruana". Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo. Lima, 2001; HERRERA V ÁSQUEZ, Ricardo. Los derechos adquiridos en la jurisprudencia constitucional. En: "Asesoría Laboral", N° 71, Lima, noviembre 1996; NEVES MUJICA, Javier. La vigencia de las normas en el tiempo tras las sentencias del Tribunal Constitucional sobre seguridad social. En: "Ius et Veritas". N° 15, Lima, 1997, Pontificia Universidad Católica del Perú; RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar. En: "Para Leer el Código Civil". Volumen III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1986.

Segunda

Pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones

El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que este destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional.

César Abanto Revilla

I. Antecedente nacional

El antecedente legislativo inmediato de esta norma lo encontramos en el artículo 20 de la Constitución Política del Perú de 1979, que establecía lo siguiente:

"Artículo 20.- Las pensiones de los trabajadores públicos y privados que cesan temporal o definitivamente en el trabajo son reajustadas periódicamente teniendo en cuenta el costo de vida y las posibilidades de la economía nacional, de acuerdo a ley".

Este dispositivo tiene por fin establecer la obligación del Estado de pagar oportunamente las pensiones que administra y a reajustadas periódicamente, pero en ambos casos, estas medidas estarán condicionadas a la previsión presupuestaria y a las posibilidades reales de la economía del país para su otorgamiento en el momento respectivo.

Una revisión preliminar de la norma, que será desarrollada en el punto 3, nos muestra que solo está referida a las pensiones de la seguridad social (no a las prestaciones de salud), e inclusive dentro de ellas, restringida a aquellas administradas por el Estado (Decreto Ley N° 20530, Sistema Nacional de Pensiones y Caja de Pensiones Militar Policial).

II. Fundamentos básicos

La seguridad social puede ser analizada desde un punto de vista económico, por cuanto su naturaleza está directamente implicada en la búsqueda y administración de los recursos disponibles con que paliar las necesidades sociales¹⁴⁹¹.

Partiendo de esa premisa debemos señalar que el pago de las pensiones y su reajuste deben estar supeditados a los factores de política económica, sujetos a cambios coyunturales que son difíciles de predecir, donde situaciones con un elevado índice de desocupación y bajas tasas de crecimiento -como la realidad actual- agudizan los conflictos distributivos¹⁴⁹².

¹⁴⁹¹ En ese sentido opinan: ALMANSA PASTOR, José. Derecho de /o Seguridad Social Tecnos, Madrid, 1991, p. 65; TESCH, Walter. Política social del Estado: /o seguridad social en el Perú. Celats. Lima, 1978, p.22.

¹⁴⁹² HENKE, Klaus. Ob. cit., p. 280

Sin embargo, considerando que la obligación del Estado de atender oportunamente el pago de las pensiones y su eventual modificación periódica (reajuste) no puede justificar que se incrementen los impuestos o se apliquen medidas económicas por las cuales se afecte a la colectividad para atender los reclamos (aunque entendibles) de una parte de la población -que a penas alcanza el 2.5%-, debe considerarse su previsión en el presupuesto anual, pero teniendo siempre en consideración la real situación económica y financiera del país.

Una economía tan voluble como la de los países del tercer mundo, siempre expuesta a los cambios bruscos tendientes a la inflación descontrolada, genera que el valor nominal de las pensiones disminuya, y con él la capacidad adquisitiva de estas, lo cual justifica (en teoría) que se programe incrementos (reajustes) de carácter periódico, en algunos casos vinculado a la variación en los costos de vida o los índices de precios al consumidor (indexación).

En sede nacional, un ejemplo de ello se verifica en el Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N° 19990, que en su artículo 79 (concordado con los artículos 60 al 64 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 011-74-TR) establecía que los reajustes de pensiones se otorgarían previo estudio actuarial que tenga en cuenta las variaciones en el costo de vida y analice su efecto en el equilibrio financiero del sistema.

Esto demuestra que en la práctica siempre se debe considerar los factores económicos de la seguridad social como condicionante para el otorgamiento de un incremento (reajuste), en la medida de que tratándose los regímenes previsionales estatales de fondos de reparto en los que los aportes comunes proveen el otorgamiento de las prestaciones (bajo el principio de la solidaridad) una medida asumida sin la determinación previa de su viabilidad pondría en riesgo la atención (temporal o definitiva) de las pensiones futuras.

III. Análisis exegético

Como se ha referido este dispositivo únicamente está destinado a garantizar el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra el Estado, por tanto no es aplicable a las prestaciones de salud, ni al Sistema Privado de Pensiones (AFP).

Dentro de su estructura, debemos diferenciar dos aspectos para analizar que se encuentran vinculados en relación de condicionan te, que son los siguientes:

i) El pago oportuno y el reajuste periódico

El Estado asume la obligación teórica de garantizar el pago de las pensiones y los reajustes periódicos, en la medida de que si bien el verbo utilizado (garantizar) implica un compromiso o garantía de cumplimiento, al condicionar dicha obligación a la previsión presupuestaria y a las posibilidades de la economía nacional se habilitaría su eventual incumplimiento.

El pago de las pensiones administradas por el Estado se efectúa por lo general por periodos mensuales¹⁴⁹³, de acuerdo con los cronogramas establecidos por las entidades responsables.

En cuanto a los reajustes de pensiones, el Tribunal Constitucional ha efectuado su particular interpretación de esta disposición¹⁴⁹⁴, al señalar que la referencia al reajuste periódico no se puede entender como una autorización para disminuir las pensiones de quienes tienen ya el derecho adquirido, sino por el contrario para incrementarlas¹⁴⁹⁵, a fin de garantizar el derecho a una vida digna del pensionista y sus familiares. Precisa el Tribunal que esa interpretación es concordante con la Décimo primera. Disposición Final y Transitoria de la misma Carta Magna de 1993, que establece la aplicación progresiva de las disposiciones constitucionales -como la materia de comentario- que requieren nuevos o mayores gastos; agregando, que el término progresividad en materia de pensiones no puede nunca interpretarse como sinónimo de regresividad, ni siquiera como mantenimiento del status quo. En todo caso, a manera de salvedad se precisa que esto no impone al Estado la obligación de incrementar o reajustar el monto de las pensiones "en este momento", puesto que ello debe realizarse con arreglo a las previsiones presupuestarias y, fundamentalmente, a las posibilidades de la economía.

Si bien no compartimos la tesis del reajuste de pensiones como un necesario incremento, en la medida de que atendiendo a los resultados (negativos) de un estudio actuarial podría ser eventualmente disminuido el monto de las prestaciones dentro de parámetros que permitan la satisfacción de las necesidades básicas, lo destacable de este pronunciamiento es que se ratifica el condicionamiento del reajuste (como incremento, según su interpretación) a los factores económicos establecidos por la Segunda Disposición Final y Transitoria, por lo que la exigibilidad de su otorgamiento debe pasar por el tamiz financiero correspondiente).

ii) Previsión presupuestaria y posibilidades económicas

Según lo dispuesto por el artículo 77 de la Constitución Política de 1993, la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso de la República (proyecto remitido por el Poder Ejecutivo). En este, se asignan equitativamente los recursos públicos, programándolos y ejecutándolos a partir de los criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización.

En tal sentido, se entiende por previsión presupuestaria a la programación de los gastos que se deberá efectuar en materia de pensiones (en este caso, solo las administradas por el Estado) por cada periodo fiscal, lo que a partir de la vigencia de la Ley N° 27719 será de inclusión en los proyectos elaborados por cada entidad estatal que tenga a su cargo el pago de pensionistas del Decreto

¹⁴⁹³ Como ejemplo: el artículo 66 (segundo párrafo) del Reglamento del Decreto Ley N° 19990.

¹⁴⁹⁴ Expediente N° 002-2003-AI/TC (segunda sentencia sobre la inconstitucionalidad de la Ley N° 27617 publicada el 21 de setiembre de 2003), en el tercer párrafo de su fundamento 14.

¹⁴⁹⁵ En el mismo sentido opina: BACACORZO, Gustavo. Derecho de pensiones del Perú. Editorial de la Universidad San Agustín, Arequipa, 1969, p. 36.

Ley N° 20530, Y los organismos respectivos para los casos del Decreto Ley N° 19990 (ONP) Y la Caja de Pensiones :Militar Policial.

Sin embargo, la previsión presupuestaria no es el único condicionante en el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones administradas por el Estado, pues el dispositivo que se analiza señala como requisito adicional concurrente a este la existencia de posibilidades económicas en la Nación para atender dichos requerimientos.

En efecto, para proceder a un reajuste periódico (inclusive al pago oportuno de las mismas pensiones) se requiere de un análisis previo de la situación económica y financiera del país en el cual se determine la posibilidad real de proceder con dichos pagos.

Bajo dichas pautas, y teniendo en consideración que solo en el año 2003 el pago de las pensiones de los regímenes de los Decretos Ley N° 19990 Y N° 20530 representaron un monto superior a los US\$ 2,000 millones, que contó con un subsidio estatal que significó el 16% del total del gasto público, podemos afirmar que estos sistemas en la actualidad resultan inviables financieramente y rebasan nuestras posibilidades económicas.

Corroborando lo expuesto, tenemos que para el año 2004 el 43.6% del gasto público que se consideró en la Ley del Presupuesto del Sector Público estuvo destinado para al pago de remuneraciones, obligaciones sociales y pensiones, porcentaje dentro del cual. el pago de las pensiones representó el 59%¹⁴⁹⁶.

Estos valores se incrementarán con los años, atendiendo al ingreso de nuevos pensionistas con sus respectivos derecho habientes, y los incorporados por mandato judicial lo cual nos muestra que de no proseguir con la reforma del sistema pensionario estatal peligraría la atención de otros sectores tanto o más necesitados de la sociedad, así como la proyección de medidas para el desarrollo económico de la Nación (educación, agricultura o salud).

~ Aplicación jurisprudencia!

Cabe destacar que, como consecuencia de las críticas recibidas a mediados del año 2003, principalmente por el caso Medina Pantoja (Expediente N° 156-2001AA/TC), el Tribunal Constitucional ha venido revisando sus criterios de aplicación de las instituciones de los regímenes administrados por el Estado, valiéndose en no pocos casos¹⁴⁹⁷ de las pautas establecidas en la Segunda

¹⁴⁹⁶ Por ejemplo, producto de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 703-2002-AC/TC, se calculó que unos 300,000 pensionistas del Sistema Nacional de Pensiones pudieron haber reclamado el otorgamiento del reajuste con periodicidad trimestral establecido en el artículo 4 de la Ley N° 23908, lo que hubieron generado el incremento de las contingencias judiciales (parte de la reserva actuarial) del citado régimen en US\$ 3,000 millones por devengados.

En fallos posteriores (por todos: Expediente N° 198-2003-AA/TC) el Tribunal ha revisado este tema, fijando nuevos parámetros temporales y legales para la interpretación y aplicación de la citada ley.

¹⁴⁹⁷ Cálculo que no incluye a las municipalidades, al FONAFE, ni a los organismos autónomos, que también cuentan con pensionistas del Decreto Ley N° 20530 a su cargo.

Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna de 1993 (bajo comentario), en cuanto al condicionamiento de esos derechos pensionarios a las posibilidades de la economía nacional, para rechazar diversos tipos de reclamos antes acogidos.

DOCTRINA

ALMANSA PASTOR, José. Derecho de la Seguridad Social. Tecnos, Madrid, 1991; BACACORZO, Gustavo. Derecho de pensiones del Perú. Editorial de la Universidad San Agustín, Arequipa, 1969; TESCH, Walter. Política social del Estado: la seguridad social en el Perú. Celats. Lima, 1978.

Ver como ejemplo el fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1163-2001AA/TC Y otros (acumulados), publicada el 27 de enero de 2003, sobre la aplicación de la pensión máxima o tope en el Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N° 19990.

Prohibición de acumular regímenes de trabajo diferenciados

Tercera

En tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, en ningún caso y por ningún concepto pueden acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes. Es nulo todo acto o resolución en contrario.

César Abanto Revilla

1. Antecedente nacional

Se trata de una norma que, en materia de seguridad social, no tiene antecedente en la Constitución Política de 1979.

En la medida que la norma materia de análisis prohíbe la acumulación de los servicios que se presten para regímenes laborales distintos (privado y público), limitaremos nuestros comentarios a lo concerniente al ámbito de la seguridad social en pensiones públicas, en particular del Decreto Ley N° 20530.

II. Fundamentos básicos

Hacia finales de la década de los setenta, el Estado inició un proceso de estatización caracterizado por la creación de empresas públicas a partir de organismos estatales que se constituían en los diversos sectores, las mismas que eran sometidas en su mayoría a la Ley de Sociedades Mercantiles, pasando sus trabajadores del Régimen Laboral Público de la Ley N° 11377 al Régimen Laboral Privado de la Ley N° 4916¹⁴⁹⁸.

El problema que se pretendía controlar con la disposición materia de comentario era el ingreso indebido de trabajadores que acumulan los servicios prestados en ambos regímenes laborales (público y privado) al ámbito pensionario del Decreto Ley N° 20530.

En efecto, como se reconoció al interior del Congreso Constituyente Democrático (CCD) al debatirse esta disposición¹⁴⁹⁹, su finalidad principal era evitar que los trabajadores de las empresas estatales sujetos al régimen laboral de la actividad privada (Ley N° 4916, actualmente el Decreto Legislativo N° 728(3) pudieran acumular dichos años de servicio con los prestados -también para el Estado- bajo el régimen laboral de la actividad pública (Ley N° 11377, actualmente el Decreto Legislativo N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa), para de esta manera ser incorporados en el régimen de

¹⁴⁹⁸ El Estado expandió sus funciones a una serie de actividades comerciales e industriales utilizando formas societarias del Derecho Privado, comenzando a diferenciarse el concepto de "administración pública" con el de "actividad empresarial del Estado". Como precisa: PATRÓN FAURA, Pedro. Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú. Editorial Grijley, Lima, 1996, (citado por: GASTIABURÚ JASHIMOTO, Carlos. La nulidad administrativa de los actos de incorporación y el Registro 20530. En: "Asesoría Laboral". Lima, marzo 1997, pp. 7-8).

¹⁴⁹⁹ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Debate Constitucional. Tomo III, Congreso de la República, Lima, 1994, pp. 2071 Y 2074.

pensiones del Decreto Ley N° 20530, contraviniendo la prohibición expresa contenida en el inciso b) del artículo 14 de la citada norma, que establece lo siguiente:

"Artículo 14.- No son acumulables los servicios prestados:

(.. .)

b) Al Sector Público, bajo el régimen laboral de la actividad pública, con los prestados al mismo sector, bajo el régimen laboral de la actividad privada (.. .)".

Como se aprecia, la norma pensionaria contenía una prohibición expresa que impedía la acumulación de los años prestados al Sector Público bajo regímenes laborales distintos, a pesar de lo cual, en aplicación de las leyes de excepción dictadas a partir de los ochenta¹⁵⁰⁰, se abrió el régimen indebidamente para permitir el ingreso de miles de trabajadores de las empresas estatales (Enapu, Petroperú, Enace, etc.) sujetos al régimen laboral de la actividad privada¹⁵⁰¹, generando un engrosamiento descontrolado de los beneficiarios (y sus derecho habientes¹⁵⁰² del régimen previsional mencionado, afectando seriamente los recursos estatales que tuvieron que destinarse para su atención.

Ante esta situación el Estado se vio forzado a promulgar el Decreto Legislativo N° 763 (15 de noviembre de 1991) que sancionó con nulidad de pleno derecho toda incorporación efectuada al régimen del Decreto Ley N° 20530 con violación de su artículo 14, con excepción de las dispuestas por las Leyes N°s. 25146, 25219 Y 25273.

En mérito a esta norma, la mayoría de empresas estatales efectuaron una revisión de los expedientes administrativos y legajos personales de los pensionistas a su cargo, emitiendo las resoluciones administrativas que formalizaban dicha nulidad, actos impugnados ante el Poder Judicial (principalmente en la vía constitucional de la acción de amparo) por cientos de pensionistas, que en su mayoría fueron acogidas a su favor(7).

Como hemos referido al comentar el artículo 11 (punto IV), en dicho escenario el Estado dictó el Decreto Legislativo N° 817, que confirió la competencia exclusiva a la ONP para la calificación de los derechos pensionarios del régimen del Decreto Ley N° 20530, Y la facultó -a su vez- a revisar las incorporaciones indebidas, pudiendo declarar la nulidad de las resoluciones

¹⁵⁰⁰ Mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR del 21 de marzo de 1997 se aprobó el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

¹⁵⁰¹ Las más cuestionadas, sin duda, fueron las Leyes N°s. 23329, 24366 Y 25066

¹⁵⁰² Ley N° 24948 - Ley de la Actividad Empresarial del Estado.

Artículo 53.- Los trabajadores de las empresas del Estado, sean estas de derecho público o de derecho privado, se rigen por el régimen común de la actividad privada (.. .).

Debe recordarse que en el Decreto Ley N° 20530 tenían derecho a pensión de orfandad inclusive las hijas solteras mayores de edad [artículo 34, inciso c)], y que las pensiones de sobrevivientes se abonaban hasta por el 100% del monto de la pensión del causante (Ley N° 25008).

respectivas sin sujeción a plazo prescriptorio alguno. Esta norma pasó por un proceso de inconstitucionalidad, resuelto en el Expediente N° 008-96-ljTC.

Ante la derogación parcial de la norma comentada en el párrafo precedente, se promulgó la Ley N° 26835, que contempló un proceso especial de nulidad de incorporación indebida al mencionado régimen previsional, lo cual permitió anular cientos de casos de percepción ilegal de pensión y ahorrar millones de nuevos soles al Estado, sin embargo, esta norma también fue sometida a un proceso de inconstitucionalidad (Expediente N° 001-98-l/TC), en el cual se suprimió la facultad administrativa y judicial de la ONP en esta materia¹⁵⁰³.

Como se aprecia, la declaración de prohibición de acumulación de servicios en regímenes laborales distintos (público y privado) está debidamente justificada, puesto que se trata de supuestos fácticos y jurídicos marcadamente diferentes.

El régimen de los servidores y funcionarios públicos es de naturaleza estatutaria, regido por el Derecho Administrativo, donde se les sujeta a una normativa que regula todas las facetas de la prestación (ingreso, nombramiento y cese por resolución, promociones, ascensos, régimen disciplinario, remuneraciones que no se sujetan a negociación, etcétera), mientras que el de los trabajadores del régimen privado es de naturaleza contractual, regido por el Derecho Laboral, donde puede discutirse y negociarse las condiciones de trabajo en forma autónoma (al menos en teoría).

En tal sentido, no se puede justificar que quien ha gozado de los beneficios de un régimen laboral más beneficioso también pueda acceder a un sistema pensionario (el del Decreto Ley N° 20530) más ventajoso con relación al Sistema Nacional de Pensiones (incluso al Sistema Privado de las AFP), concebido para regular las prestaciones de los servidores y funcionarios públicos que soportaron condiciones menos favorables.

III. Análisis exegético

De acuerdo a lo expuesto en los puntos precedentes, podemos establecer para fines del análisis de la presente norma hasta dos aspectos fundamentales: la incompatibilidad de regímenes laborales privados y públicos, y la sanción de nulidad de su acumulación.

Para efectos del presente dispositivo, recordemos que está ceñido al régimen de pensiones establecido por el Decreto Ley N° 20530, como hemos explicado anteriormente.

i) Prohibición de acumular regímenes laborales distintos

¹⁵⁰³ En estos fallos se alegaba que las entidades no podían declarar la nulidad administrativamente, sino que se debía recurrir a la vía judicial. ' La reforma constitucional aprobada por la Ley N° 28389 plantea la posibilidad que las acciones de nulidad de incorporación nuevamente puedan ser incoadas, lamentablemente, en la mayoría, de casos la acción habría prescrito al haber transcurrido los 10 años establecidos por el Código Civil (artículo 2001), norma aplicable de acuerdo a lo indicado por el Tribunal Constitucional,

Como se ha referido en el punto n, producto del proceso de estatización de los años setenta los organismos públicos fueron transformados en empresas sometidas en su mayoría a la Ley de Sociedades Mercantiles, pasando sus trabajadores del régimen laboral público de la Ley N° 11377 al régimen laboral correspondiente a la actividad privada, regulado en ese entonces por la Ley N° 4916 (hoy Decreto Legislativo N° 728).

En la medida que el Decreto Ley N° 20530 expresamente prohíbe en el inciso b) de su artículo 14, la acumulación de los servicios para el Sector Público prestado bajo regímenes laborales distintos (público y privado), ante los supuestos de incorporaciones indebidas -en especial de los trabajadores de empresas estatales- se contempla a nivel constitucional esta imposibilidad de acumulación, para evitar que prosigan los ingresos irregulares.

El fundamento de esta medida se encuentra en las marcadas diferencias existentes entre el régimen laboral público (estatutario y rígido) y el privado (contractual y libre), por lo que no se justifica que quien gozó de los beneficios del segundo pueda acceder al régimen de pensiones ventajoso que se ofrecía al servidor o funcionario público.

ii) Sanción de nulidad por su acumulación

La nulidad es una sanción de naturaleza civil que consiste en privar de efectos jurídicos al acto inadecuadamente conformado¹⁵⁰⁴.

En este caso la Carta Magna de 1993 establece que el acto o resolución (administrativos) que autoricen o dispongan la acumulación de los servicios prestados bajo los regímenes privado y público son nulos.

Cabe resaltar, que en la medida que el inciso b) del artículo 14 del Decreto Ley N° 20530 era una norma imperativa de orden público, no era necesario establecer una sanción de orden expreso contra su vulneración, pues ante estas situaciones la doctrina entiende que se está ante la denominada nulidad virtual¹⁵⁰⁵, pero en la medida que se había producido una serie de ingresos irregulares al régimen del Decreto Ley N° 20530, plasmadas en actos y resoluciones que -a decir del Poder Judicial- no podían anularse en sede administrativa, el legislador consideró necesario elevar esta sanción a nivel constitucional.

IV. Aplicación jurisprudencial

Si bien el Tribunal Constitucional¹⁵⁰⁶ y el Poder Judicial¹⁵⁰⁷ establecieron que no procedía la acumulación de servicios en el Sector Público, prestados bajo los

¹⁵⁰⁴ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El negocio jurídico. Editorial Grijley, Lima, 1997, p. 526.

¹⁵⁰⁵ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Ob. cit., pp. 542-544. Quien precisa que las nulidades virtuales, también llamadas tácitas, son aquellas que se inducen de los principios generales de la nulidad y de las causales previstas para dar origen a la sanción, y reposan en el principio recogido en la misma ley de que no se puede pactar contra normas imperativas o que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

regímenes públicos y privados para acceder a una pensión del Decreto Ley N° 20530, en la actualidad existen algunos fallos (por todos: Expedientes N°s. 192-98 y 144-99-AA/ TC) que acogen dichos reclamos, alegando el vencimiento del plazo legal para declarar nulas las resoluciones en sede administrativa y la prevalencia de los (hoy derogados) derechos adquiridos.

Finalmente, destacar que la 5a Disposición Transitoria de la Ley N° 28449 contempla un programa de fiscalización pensionaria a través del cual se revisarán las incorporaciones indebidas para el inicio de los procesos judiciales de nulidad correspondiente, salvo en los casos en que exista cosa juzgada (sobre el fondo) o haya operado el plazo de prescripción.

DOCTRINA

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Debate Constitucional. Tomo III, Lima, 1994; GASTIABURÚ JASHIMOTO, Carlos. La nulidad administrativa de los actos de incorporación y el Registro 20530. En: "Asesoría Laboral", Lima, marzo, 1997; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El negado jurídico. Editorial Grijley, Lima, 1997; PATRÓN FAURA, Pedro. Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú. Editorial Grijley, Lima, 1996.

¹⁵⁰⁶ Como ejemplo: Expediente N° 770.99-AA/TC, seguido por Pedro Sotomayor contra Enace sobre incorporación al Decreto Ley N° 20530 (sentencia publicada el 7 de noviembre de 2000).

¹⁵⁰⁷ Sentencia de vista de fecha 15 de octubre de 1998 emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema recaída en el Expediente N° 480.97, seguido por Ramiro Angulo contra el Ministerio de Agricultura sobre incorporación al Decreto Ley N° 20530

Interpretación de las normas relativas a los derechos y a las libertades

Cuarta

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Francisco Morales Saravia

Siguiendo la concepción normativa de la Constitución el Tribunal Constitucional Peruano ha establecido, con relación a las disposiciones finales y transitorias, que estas constituyen auténticas "disposiciones constitucionales, que tienen fuerza vinculante y, por ello, integran el parámetro de control en cualesquiera de los procesos constitucionales"¹⁵⁰⁸. En consecuencia, la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución es una regla de interpretación de los derechos fundamentales de rango constitucional y de carácter obligatoria para todos los que aplican e interpretan las normas relativas a los derechos y libertades que reconoce la Constitución.

La norma en comentario fue incorporada a la Constitución como una disposición final y transitoria, a pesar de su importancia para la interpretación de los derechos y libertades que la Constitución reconoce. Tiene su antecedente inmediato en el artículo 10.2 del Título I, sobre derechos y deberes fundamentales, de la Constitución Española de 1978¹⁵⁰⁹. Al tratarse de normas similares, casi idénticas, consideramos válido tener en cuenta lo que han establecido la doctrina y la jurisprudencia constitucional española con relación a esta regla de interpretación constitucional de los derechos"

Al respecto, comentando el artículo 10.2 de la Constitución Española, Teresa Freixes Sanjuán¹⁵¹⁰ cita dos criterios interpretativos del Tribunal Constitucional español que establecen que "(...) los textos internacionales ratificados por España pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de

¹⁵⁰⁸ Caso setenta y cuatro Congresistas de la República, contra los artículos 1, 2, 3 Y la primera y segunda disposición final y transitoria de la Ley N° 26281, Exp. N.o 005-2003-AI/TC. Fundamento N° 21.

¹⁵⁰⁹ Constitución Española Artículo 10

(...)

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

¹⁵¹⁰ FREIXES SANJUÁN , Teresa. La Constitución y el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas. ' En: "Administración Pública y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978". Instituto Nacional de Administración Pública, 1998, p. 146

los derechos recogidos en la Constitución, como hemos mantenido, en virtud del artículo 10.2¹⁵¹¹ y para interpretar el perfil exacto del contenido de los derechos y libertades¹⁵¹².

Ahora bien, si esta regla de interpretación de rango constitucional impone la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos para configurar un canon o parámetro de constitucionalidad con relación a los derechos y libertades para, por vía interpretativa, "configurar el sentido, alcance y el perfil exacto del contenido de los derechos recogidos en la Constitución", no debe considerarse que por ello dichos tratados adquieren jerarquía constitucional.

En efecto, la declaración de inconstitucionalidad o la constatación de la violación de algún derecho constitucional siempre se harán con relación a una norma constitucional específica. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional español, refiriéndose al artículo 10.2 de la Constitución Española, ha establecido lo siguiente: "(...) tampoco en un supuesto de esta naturaleza se convertiría per se el tratado en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional"¹⁵¹³. El tratado no adquiere la jerarquía de Constitución porque sencillamente sirve, en este caso, para "interpretar" una norma constitucional que reconoce un derecho, al margen de la jerarquía y el carácter vinculante que la Constitución reconoce a los tratados¹⁵¹⁴.

Caso distinto es el que planteaba el artículo 105 de la Constitución de 1979. Esta norma disponía: "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional." La disposición era clara, por mandato de ella, los tratados de derechos humanos adquirirían jerarquía constitucional, situación diferente a la Constitución de 1993. Bajo la vigencia del artículo 105 de la Constitución de 1979 el catálogo de derechos fundamentales establecido en la Constitución se ampliaba a los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos(8).

Así por ejemplo, la Constitución de 1979 no regulaba el derecho al non bis in idem, pero el artículo 14.7. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

¹⁵¹¹ Caso Olaverri Zaspé contra el Gobernador Civil de Guipúzcoa. STC 254/1993, de 20 de julio de 1993 al Recurso de amparo 1827/1990. Boletín Oficial del Estado de 18 de agosto de 1993.

Fundamento jurídico N° 6.

¹⁵¹² Recurso de Inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley Orgánica 1/1987 regulando las elecciones del Parlamento Europeo. STC 28/1991, de 14 de febrero al Recurso de Inconstitucionalidad 825/1987. Boletín Oficial del Estado de 15 de marzo de 1991.

Fundamento jurídico N° 5

¹⁵¹³ Recurso de Inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley Orgánica 1/1987 regulando las elecciones del Parlamento Europeo. STC 28/1991, de 14 de febrero al Recurso de Inconstitucionalidad 825/1987. Boletín Oficial del Estado de 15 de marzo de 1991.

Fundamento jurídico N°S

¹⁵¹⁴ Al respecto véanse los artículos 55 y 200 inciso 4 de la Constitución Política del Perú.

Políticos¹⁵¹⁵ y el artículo 8.4. de la Convención Americana de Derechos Humanos sí¹⁵¹⁶. En este supuesto, el derecho al non bis in idem regulado en los términos de tales tratados tenía jerarquía constitucional por mandato de la propia Constitución. Sin duda, este modelo es superior al adoptado por la Constitución de 1993 y constituye uno de los más avanzados en el constitucionalismo comparado. Asimismo, cabe precisar que el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución de 1993 plantea el retorno al modelo diseñado por el artículo 105 de la Constitución de 1979, ya que el artículo 82 del proyecto dispone que los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos, tienen jerarquía constitucional y no pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución¹⁵¹⁷.

Hecha esta distinción y siguiendo con el comentario de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución es conveniente, para una mejor comprensión de sus alcances, referirnos a la regulación constitucional relativa a la integración de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, Teresa Freixes Sanjuán¹⁵¹⁸ distingue, en relación con el diseño de la Constitución Española de 1978,

Sin embargo, a pesar de la claridad del artículo 105 de la Constitución su aplicación por los jueces fue casi nula. Incluso; durante su vigencia, el artículo 15 de la Ley N° 25398, de 1991, Ley Complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, tuvo que disponer como complemento de la norma constitucional mencionada que los derechos protegidos por las acciones de garantía debían entenderse e interpretarse dentro del contexto general de la Constitución Política del Perú, los Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la República y los principios generales del derecho y preferentemente, los que inspiran el Derecho peruano. Esta norma legal también fue poco aplicada por los jueces.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Artículo 14 (m) 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país entre integración normativa de los tratados internacionales, regulada en el artículo 96.1¹⁵¹⁹, Y la integración interpretativa,

¹⁵¹⁵ (...) 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

¹⁵¹⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos Artículo 8

¹⁵¹⁷ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTO Y ACUSACIONES CONSTITUCIONALES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley de reforma de la Constitución. Fondo Editorial del Congreso, Lima, 2002, p. 48.

¹⁵¹⁸ FREIXES SANJUÁN, Teresa: En: "La integración de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias del Tribunal Constitucional". Asignatura del Programa de Doctorado y Máster en Justicia Constitucional, Tutela Judicial y Derechos Fundamentales", ESADE, Facultad de Derecho, Universidad Ramón Llull, sesión del 2 de marzo del Curso 2001, Barcelona, España

¹⁵¹⁹ Constitución Española de 1978.

Artículo 96:

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.

regulada en el artículo 10.2.¹⁵²⁰. Esta clasificación es válida para nuestra Constitución porque aquella contiene disposiciones similares a los artículos 55 y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución¹⁵²¹.

Así el artículo 55 de nuestra Constitución dispone que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Esta norma consagra la integración normativa de todos los tratados internacionales, ratificados por el Perú, en nuestro ordenamiento jurídico nacional. La importancia de esta norma radica en que nuestro análisis jurídico no solo se debe circunscribir al de las leyes internas sino que debe incorporar a los tratados internacionales en general. Por su parte, la cuarta disposición final y transitoria establece la integración interpretativa de los tratados relativos a los Derechos Humanos, incluso otorga a la Declaración Universal de Derechos Humanos, que no es un tratado, un estatus especial para la interpretación de los derechos y libertades que la Constitución reconoce.

Esta distinción es muy importante porque mientras la integración normativa se refiere a todos los tratados, incluidos los de derechos humanos, la integración interpretativa solo se refiere a los tratados internacionales en materia de derechos humanos y además, a diferencia de la primera, establece, por mandato de la propia Constitución, que los tratados internacionales de derechos humanos se deben aplicar para, por vía interpretativa, configurar el sentido, alcance y el perfil exacto del contenido de los derechos y libertades que la Constitución reconoce. De este modo, solo los tratados de derechos humanos forman parte del parámetro de constitucionalidad en materia de interpretación de los derechos y libertades.

Pero no solo los tratados de derechos humanos forman parte del parámetro de constitucionalidad en materia de interpretación de los derechos y libertades. Siguiendo la tesis de los profesores Teresa Freixes Sanjuán y José Carlos Remotti Carbonell si el tratado de derechos humanos tiene un órgano de garantía de carácter jurisdiccional que interpreta dicho tratado, entonces, la interpretación que efectúe el órgano de garantía de determinado derecho, regulado en el tratado ya su vez en la Constitución, también formará parte del parámetro de constitucionalidad en materia de interpretación de derechos.

En el caso del Perú, la Convención Americana de Derechos Humanos establece como uno de sus órganos de garantía a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta Corte cumple con las condiciones de ser un órgano de garantía de carácter jurisdiccional y cuyas decisiones son vinculantes. Dicho tratado dispone en su artículo 62.3 que la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención. En consecuencia, si la Corte interpreta determinado derecho reconocido por la Convención, y también por nuestra Constitución, entonces, los criterios interpretativos de la Corte también

¹⁵²⁰ Vid pie de página 2.

¹⁵²¹ Al respecto, debemos recordar que la Constitución Española de 1978 fue referente importante para la elaboración de nuestra Constitución de 1979, y sobre esta última se elaboró la de 1993, de modo que muchas normas de nuestra Constitución tienen su antecedente en la Constitución Española

formarán parte del parámetro de constitucionalidad en materia de interpretación de los derechos y libertades que la Constitución reconoce.

Además de lo expuesto, para considerar como vinculantes los criterios interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos existe una razón complementaria que deriva del artículo 55 de la Constitución. En efecto, como dice José Carlos Remotti Carbonell¹⁵²² si el tratado, en este caso la Convención Americana de Derechos Humanos, forma parte del ordenamiento jurídico interno, entonces el órgano de garantía del tratado también forma parte del mismo ordenamiento jurídico.

En el caso del Perú el órgano de garantía de la Convención es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo tanto, la Corte será un tribunal nacional; lo que pasa es que su sede está fuera del territorio nacional. El profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma considera que este análisis corresponde a un enfoque a partir del Derecho Constitucional y no de Derecho Internacional, según el cual, en efecto, la Corte también es un tribunal internacional.

Para comprobar la utilidad en el análisis constitucional de los derechos que nos impone la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, que como hemos expuesto, es de carácter obligatorio y sobre todo de carácter jurídico y vinculan te, a modo de ejemplo, la aplicaremos a dos derechos reconocidos por la Constitución.

El debido proceso reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución es regulado conjuntamente con un catálogo de derechos relativos al ejercicio de la función jurisdiccional bastante completo pero no suficiente¹⁵²³. Así, por ejemplo, la Constitución no establece explícitamente otros derechos que bien pueden considerarse como independientes o como parte del debido proceso. Conforme a la regla de interpretación de los derechos que comentamos, la Convención Americana de Derechos Humanos nos permitirá interpretar mejor el debido proceso y podremos comprender dentro de él, en vía interpretativa, algunos de los derechos reconocidos por el artículo 8 de la Convención sobre garantías judiciales como, por ejemplo, el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial¹⁵²⁴.

¹⁵²² REMOTII CARBONELL, José Carlos. En: "Administración Pública y derechos fundamentales 11". Asignatura del Programa de Doctorado y Máster en Justicia Constitucional, Tutela Judicial y Derechos Fundamentales, ESADE, Facultad de Derecho, Universidad Ramón Llull, sesión del 16 de mayo del Curso 2001, Barcelona, España.

¹⁵²³ Constitución Política del Perú.

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

¹⁵²⁴ Convención Americana de Derechos Humanos.

Artículo 8: Garantías Judiciales:

(...) 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con

Pero no solo la Convención nos permitirá configurar con mayor rigor jurídico el sentido, alcance y perfil exacto del contenido del debido proceso, sino que también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a efectos de determinar nuestro parámetro de constitucionalidad en materia de interpretación de derechos. En efecto, con relación al debido proceso la Corte ha establecido: "De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana"¹⁵²⁵ Podemos observar cómo el derecho al debido proceso adquiere un contenido más completo. En este caso el debido proceso debe presidir la actuación de todo órgano del Estado que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales.

El mismo método de interpretación podemos aplicarlo al derecho de defensa. El inciso 14 del artículo 139 de la Constitución lo reconoce estableciendo el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso¹⁵²⁶. Pero cabe preguntarse si ¿con la sola garantía de contar, por ejemplo, con un abogado en todas las etapas de un proceso se cumple con la

anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

¹⁵²⁵ Caso Tribunal Constitucional contra el Perú. Sentencia sobre el fondo, de 31 de enero de 2001. Fundamento Jurídico N° 71

¹⁵²⁶ Constitución Política del Perno Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 14.- El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por un traductor e intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

exigencia constitucional? Para responder a la pregunta acudimos nuevamente a la Convención Americana de Derechos Humanos que en los literales c) y d) del inciso 2 del artículo 8 establece que a toda persona inculpada de un delito se le comunicará previa y detalladamente acerca de la acusación formulada y se le garantizará el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció: "La Corte estima que, la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculcados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y solo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.b y 8.2.c de la Convención"¹⁵²⁷. En definitiva, el contenido del derecho de defensa regulado por la Constitución adquiere su perfil exacto con la Convención y la jurisprudencia de la Corte al establecer que el ejercicio del derecho de defensa por parte de los abogados debe consistir en un adecuado y eficaz desempeño.

Pero incluso la utilidad de la interpretación de un derecho constitucional a través del tratado de derechos humanos y de la jurisprudencia de su órgano de garantía posibilita importantes fórmulas de interpretación en procura de una adecuada defensa de los derechos humanos de los ciudadanos. Así por ejemplo, respecto del artículo 8.2. de la Convención¹⁵²⁸, que regula los derechos de toda persona inculpada de un delito, y entre otros el derecho de defensa, la Corte ha establecido que: "(...) a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes y, por ende, en estos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo"¹⁵²⁹. Como advertimos, una norma que literalmente se refiere a las garantías del proceso penal, por vía interpretativa, se aplicarán también a los procesos civiles, laborales, fiscales o de cualquier otra índole en cuanto sean aplicables.

g) derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable, y h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

¹⁵²⁷ Caso Castillo Petruzi y otros contra el Perú Sentencia sobre el fondo, de 30 de mayo de 2000. Fundamentos 141 y 142

¹⁵²⁸ Convención Americana de Derechos Humanos.

Artículo 8: Garantías Judiciales:

(...)

¹⁵²⁹ Caso Ivcher Bronstein contra el Perú. Sentencia sobre el fondo, de 6 de febrero de 2001. Fundamento 103

Esta técnica de interpretación constitucional de los derechos es aplicada por el Tribunal Constitucional peruano, el que, a través de su jurisprudencia se adscribe a una interpretación como la analizada a lo largo de este comentario. Así, por ejemplo, en el caso Crespo Bragayra¹⁵³⁰, el órgano de control de la Constitución estableció que la interpretación conforme a los tratados de derechos humanos contiene implícita una adhesión a la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región. Del mismo modo en el caso Pestana Uribe¹⁵³¹ el Tribunal Constitucional afirmó que los derechos reconocidos en los Tratados de Derechos Humanos forman parte de la estructura constitucional. Consideramos que por "estructura" debe entenderse "canon" o "parámetro constitucional" para la interpretación de los derechos y libertades que reconoce la Constitución.

En el caso Gonzáles Ríos¹⁵³² a efectos de una interpretación del derecho a un recurso efectivo se emplearon la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el célebre caso Villegas Namuche¹⁵³³ el Tribunal Constitucional, a lo largo de la sentencia, hace referencia a los Tratados de Derechos Humanos y a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para fundamentar la configuración del derecho a la verdad en nuestro ordenamiento constitucional.

De igual manera, en el caso Cansaya Calcina¹⁵³⁴ podemos apreciar la aplicación de los Tratados de Derechos Humanos para establecer algunos límites válidos a la libertad personal. También en el caso Cárdenas de la Torre¹⁵³⁵ el Tribunal aplica los Tratados de Derechos Humanos para configurar el derecho a la libertad de trabajo.

Igualmente, en el caso relativo a la acción de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley N° 28046 el Tribunal Constitucional estableció que los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según los tratados de los que el Perú es parte y particularmente las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son fuente de interpretación ineludible¹⁵³⁶.

¹⁵³⁰ Sentencia del 17 de abril de 2002 dictada en el Exp. N° 217-2002-I-IC/TC, Fundamento N° 2.

¹⁵³¹ Sentencia del 16 de octubre de 2002 dictada en el Exp. N° 256-2002-AC/TC, Fundamento 6.

¹⁵³² Sentencia del 7 de noviembre de 2002 dictada en el Exp. N° 2409-2002-AA/TC, Fundamento 1.b.

¹⁵³³ Sentencia del 18 de marzo de 2004 recaída en el Exp. N° 2488-2002-HC/TC

¹⁵³⁴ Sentencia del 2 de julio de 2004 recaída en el Exp. N° 1164-2003-HC/TC, Fundamento N° 4.

¹⁵³⁵ Sentencia del 16 de agosto de 2004 recaída en el Exp. N° 661-2004-AA/TC, Fundamentos 3, 4 y 5.

¹⁵³⁶ Sentencia del 27 de setiembre de 2004 recaída en los Exps. acumulados N° 001-2004-AI/TC y N° 002-2004-AI/TC, Fundamento N° 10.

Para concluir debemos destacar que el comentario efectuado ha tenido como finalidad hacer un análisis de la norma constitucional al margen de lo que la norma legal establece¹⁵³⁷, porque con o sin ella, la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución constituye una regla de interpretación de aplicación obligada por parte de los operadores jurídicos.

DOCTRINA

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTO Y ACUSACIONES CONSTITUCIONALES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley de reforma de la Constitución. Fondo Editorial del Congreso, Lima, 2002; FREIXES SANJUÁN, Teresa. En: "La integración de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias del Tribunal Constitucional". Asignatura del Programa de Doctorado y Máster en Justicia Constitucional, Tutela Judicial y Derechos Fundamentales", ESADE, Facultad de Derecho, Universidad Ramón Llull, sesión del 2 de marzo del Curso 2001, Barcelona, España; FREIXES SANJUÁN, Teresa. La Constitución y el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas. En: "Administración Pública y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978". Instituto Nacional de Administración Pública, 1998; REMOTTI CARBONELL, José Carlos. En: "Administración Pública y derechos fundamentales 11". Asignatura del Programa de Doctorado y Máster en Justicia Constitucional, Tutela Judicial y Derechos Fundamentales, ESADE, Facultad de Derecho, Universidad Ramón Llull, sesión del 16 de mayo del Curso 2001, Barcelona, España.

¹⁵³⁷ Nos referimos a la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, que establece en su artículo V del Título Preliminar, relativo a la interpretación de los derechos constitucionales lo siguiente: "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte". Como se advierte este artículo sintetiza, con carácter normativo de rango legal, el comentario efectuado sobre la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución.

Quinta

Sexta

Séptima

Octava

Novena

Décima

Elecciones generales y municipales

Las elecciones municipales se alternan con las generales de modo que aquéllas se realizan a mitad del período presidencial, conforme a ley. Para el efecto, el mandato de los alcaldes y regidores que sean elegidos en las dos próximas elecciones municipales durará tres y cuatro años respectivamente.

Alcaldes y regidores elegidos

Los alcaldes y regidores elegidos en el proceso electoral de 1993 y sus elecciones complementarias concluyen su mandato el 31 de diciembre de 1995.

Primer proceso de elecciones generales

El primer proceso de elecciones generales que se realice a partir de la vigencia de la presente Constitución, en tanto se desarrolla el proceso de descentralización, se efectúa por distrito único.

Leyes de desarrollo constitucional

Las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional.

Tienen prioridad:

1. Las normas de descentralización y, entre ellas, las que permitan tener nuevas autoridades elegidas a más tardar en 1995. Y 2. Las relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos.

Renovación de miembros del JNE

La renovación de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, instalado conforme a esta Constitución, se inicia con los elegidos por el Colegio de Abogados de Lima y por las Facultades de Derecho de las universidades públicas.

Integración del RENIEC

La ley establece el modo como las oficinas, los funcionarios y servidores del Registro Civil de los gobiernos locales y los del Registro Electoral se integran al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

Undécima

Duodécima

Décimotercera

Décimocuarta

Décimoquinta

Décimosexta

Gastos para implementación de la Constitución

Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente.

Organización política departamental

La organización política departamental de la República comprende los departamentos siguientes: Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes, Ucayali; y la Provincia Constitucional del Callao.

Consejos Transitorios de Administración Regional

Mientras no se constituyan las Regiones y hasta que se elija a sus presidentes de acuerdo con esta Constitución, el Poder Ejecutivo determina la jurisdicción de los Consejos Transitorios de Administración Regional actualmente en funciones, según el área de cada uno de los departamentos establecidos en el país.

Vigencia de la Constitución de 1993

La presente Constitución, una vez aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, entra en vigencia, conforme al resultado del referéndum regulado mediante ley constitucional.

Disposiciones no aplicables al CCD

Las disposiciones contenidas en la presente Constitución, referidas a número de congresistas, duración del mandato legislativo, y Comisión Permanente, no se aplican para el Congreso Constituyente Democrático.

Sustitución de la Constitución de 1979

Promulgada la presente Constitución, sustituye a la del año 1979.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS ESPECIALES(*)

Primera

Segunda

Régimen para el Presidente, Vicepresidentes y congresistas elegidos en el año 2000

El Presidente y los Vicepresidentes de la República elegidos en las Elecciones Generales de 2000, concluirá, su mandato el 28 de junio de 2001. Los congresistas elegidos en el mismo proceso electoral culminarán su representación el 26 de julio de 2001. No son de aplicación para ellos, por excepción, los plazos establecidos en los artículos 900 y 11 Z' de la Constitución Política.

Proceso electoral del año 2001

Para efectos del proceso electoral que se realice en el 2001, el plazo previsto en el primer párrafo del Artículo 91° de la Constitución será de cuatro meses.

(*) Disposiciones incorporadas por el artículo 2 de la Ley N° 27365, publicada el 05 de noviembre

DECLARACION

EL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRATICO

DECLARA que el Perú, país del hemisferio austral, vinculado a la Antártida por costas que se proyectan hacia ella, así como por factores ecológicos y antecedentes históricos, y conforme con los derechos y obligaciones que tiene como parte consultiva del Tratado Antártico, propicia la conservación de la Antártica como una Zona de Paz dedicada a la investigación científica, y la vigencia de un régimen internacional que, sin desmedro de los derechos que corresponden a la Nación, promueva en beneficio de toda la humanidad la racional y equitativa explotación de los recursos de la Antártida, y asegure la protección y conservación del ecosistema de dicho Continente.

CONSTITUCIÓN

LA CONSTITUCIÓN COMENTADA

Un enfoque multidisciplinario de análisis

Nunca antes 117 juristas de diversas especialidades habían asumido la tarea de analizar la Constitución desde la perspectiva que ofrecen sus respectivas disciplinas, lo que conduce a que el estudio de las disposiciones no se reduzca únicamente a la dogmática constitucional, sino que permite una lectura integral a la luz de todo el ordenamiento jurídico, involucrando en ello a la normativa de carácter infraconstitucional vigente en el país (leyes, decretos supremos, reglamentos, etc.).

Además de este enfoque multidisciplinario, se han incorporado en los comentarios los principales pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por el Tribunal Constitucional, que se refieren a la diversa temática jurídica sometida a su conocimiento y decisión. A esto se suman otros valores agregados en cada uno de los comentarios a los artículos de la Constitución, tales como sumillas, concordancias normativas con más de 50 dispositivos legales e instrumentos internacionales, y referencias bibliográficas.

Se trata, en rigor, de una obra sin precedentes que no solo contribuirá al conocimiento de la Constitución, sino que facilitará su interpretación y aplicación por los operadores jurídicos.

GACETA
JURIDICA

ISBN 9972-208-26-5



9 789972 208263

ISBN 9972-208-28-1



9 789972 208281